

## **A inconstitucionalidade das provas orais**

Rafaela Barbosa de Sousa\*

**Resumo:** O artigo aqui em desenvolvimento tem como objetivo discutir a polêmica da inconstitucionalidade das provas orais. Tendo como norteador os princípios e artigos da Constituição Federal e levando em consideração as correntes a favor e contra a prova oral nos concursos públicos para Magistratura, Ministério Público ou mais recentemente nas serventias notariais e de registro. Trazendo a tona também as origens do concurso público e as consequências dele advindas.

**Palavras-Chaves:** Inconstitucionalidade das provas orais. Concurso Público. Isonomia. Processo seletivo.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A polêmica da prova oral. 3. A origem do concurso público. 4. Processo seletivo. 5. Concurso público para as serventias notariais e de registro. 6. Conclusão.

\* Aluna do 4º ano do curso de Direito da Universidade Salvador – UNIFACS.

## **1. Introdução**

A singularidade do hodierno artigo está em fazer uma análise da inconstitucionalidade da prova oral, não se trata de um estudo divisor de águas sobre o tema, mas sim de uma exposição e explicitação da polêmica em torno do tema.

Delineando o provimento de cargos desde o seu apadrinhamento até as formas mais democráticas e demonstrando, afinal para toda ação a uma reação, quais são as consequências práticas e os questionamentos omissos que muitas vezes permeiam essa fase do processo de seleção.

Não se tem como escopo influenciar uma caça as bruxas em relação à prova oral, pois como se verá no presente artigo ela será aceita em alguns casos, contudo há que se evidenciar os perigos pertinentes na quebra da impessoalidade. Começando com a narração da polêmica em torno da mesma, a qual é o foco do tópico seguinte.

## **2. A polêmica da prova oral**

No circo de egos, julgamentos, preconceitos e sociedade do espetáculo em que estamos atolados na nossa tão confusa realidade, ideais como você é o que você veste, como se porta ou o que têm, ditam a aceitação ou não de um indivíduo em um determinado grupo. Em contraposição a isso, a nossa Constituição sempre exaltou princípios como o da isonomia, impessoalidade e da justiça, assim podendo trazer equilíbrio e fundamentação para o regime democrático defendido pela mesma.

Dessa forma, é natural pensar que o formato de ingresso, seja na magistratura, no Ministério Público ou mais recentemente nas serventias notariais e de registro, deveriam seguir esses mesmos parâmetros de transparência e equidade os quais cercariam diretamente a tão almejada moralidade administrativa. A polêmica e as dúvidas começam quando uma das

fases determinantes para ingresso no concurso público é a prova oral, se para alguns doutrinadores ela deveria ser excomungada da estrutura de avaliação, há uma corrente contrária que a defende baseando-se no julgamento de uma oratória eloquente, a qual estaria intrinsecamente ligada, por exemplo, ao cargo de juiz.

O concurso público surgiu justamente para extirpar do nosso sistema espécies de favorecimento, pessoalidade e subjetivismos irracionais e injustos que pudessem comprometer não só na escolha e classificação como em toda a moralidade por trás desses cargos empregos e funções públicas e até mesmo do Direito como símbolo de igualdade. Na atual busca pelo estabelecimento do Estado Democrático de Direito, um dos genéricos balizadores da isonomia se encontra na Constituição Federal de 1988, art. 5º, *caput* “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,...” partindo desse pressuposto há na nossa organização estatal uma preocupação em assegurar a igualdade de direitos e deveres pretendendo assim minimizar as discrepâncias sociais e permitindo uma possível paridade nas oportunidades.

Como processo seletivo o concurso tem como principais atrativos a falta de exigência de experiência e a sua objetividade de avaliação, trazendo um sistema imparcial diante do qual as pessoas são julgadas pelas suas capacidades cognitivas para assumir o cargo ou emprego público, caso essa pretendida neutralidade fosse colocada de lado por meio de fatores pessoais de “apadrinhamento” ou aversão a um candidato as consequências seriam nefastas.

Acarretando desde o “ostracismo” do mérito no processo seletivo, a integridade dos julgadores e de sua posição respeitável já que estariam sobre o manto da deslealdade na administração, até uma crise da segurança jurídica e dos pilares da democracia bem como da justiça. Os cargos e empregos públicos seriam exemplos de “posições fantasmas” as quais seriam decididas pelo campo de relações sociais e de influência do suposto concurseiro, dessa forma regredindo em nossa história democrática no mínimo uns 73 anos.

É de conhecimento público e notório que a prova oral já deu margem a consumação de preconceitos predominantes em quase todas as épocas, como a aprovação ou não de mulheres sendo permeada pelo machismo quando não mais repugnante ao invés de ser uma escolha de gênero ser uma escolha estética, uma maquiada inclusão social de negros ou um “apartheid” dos mesmos, uma ponderação precipitada da aptidão de um candidato apenas pela sua faixa etária, a inclusão ou não tendo como principal balança a sua opção religiosa ou a sua predisposição ideológica, a opção sexual como requisito implícito de desqualificação entre muitas outras formas de discriminações.

O horror do contexto fica por conta da obscuridade e da possível aplicação velada dessas discriminações. Afinal perante a intolerância do nosso organismo judiciário com esses julgamentos de valor, os seus defensores raramente irão expor suas exatas intenções as quais ficam protegidas pelo grau de subjetividade de uma prova oral, podendo incorrer numa dissimulação tão grande que nem mesmo o “candidato vítima” perceba que foi reprovado “ilicitamente”.

### **A origem do concurso público**

A origem desse processo seletivo tem como predecessores o modelo de “confiança” estabelecido na época do Brasil Império, em presença do qual ficava a cargo do Imperador delegar direta ou indiretamente quem fosse do seu “bel prazer”. Como muitos outros regimes absolutistas havia a presunção de que os anseios do monarca se entrelaçavam com os do Estado e, por conseguinte dos interesses das massas.

Entretanto a Constituição Imperial 1824, já direcionava alguns requisitos para a admissão no cargo público “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte:” inciso XIV: “Todo o Cidadão pode ser admittido aos Cargos

Publicos Civis, Politicos, ou Militares, sem outra diferença, que não seja a dos seus talentos, e virtudes.”

Esse sistema discricionário foi mantido até a Revolução Constitucionalista liderada por Getúlio Vargas, o qual após dissolver o parlamento tratou de invocar uma nova Assembléia Nacional Constituinte para votação e promulgação do que viria a ser a nossa Constituição de 1934, a qual deu a luz ao embrião do nosso atual concurso público, por meio do Art. 170: “O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor: 1º) o quadro dos funcionários públicos compreenderá todos os que exerçam cargos públicos, seja qual for a forma do pagamento; 2º) a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos;”

O concurso público foi criado com o intuito de abarcar os cargos públicos iniciais organizados em carreira, e circunstâncias específicas que estivessem legalmente expressas, ressaltando a promoção como provimento para os demais cargos derivados. Nas Constituições seguintes o instituto foi mantido até se tornar obrigatório para provimento de todos os cargos públicos na Constituição 1967, Art. 95: “Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer. §1º A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. §2º Prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.”

Disposição que não se perdurou por um longo período de tempo, uma vez que Constituição de 1969, perante o seu art. 97: “Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei: §1º. A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei. §2º. Prescindirá de concurso público a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.” Esse artigo trouxe novamente a condição de aplicação do concurso público

somente para a primeira investidura, visto que a reivindicação de concurso público para preenchimento de todo cargo público inviabilizou, a organização indispensável de vários cargos em carreira.

Tendo como parâmetro o retorno do Brasil ao regime democrático, ficou reconhecida a formação de uma relação de hereditariedade (cargo passado de pai para filho) no concurso público, as quais eram “justificadas” por um regime paternalista e patrimonialista que trazia como exceção a dispensa do concurso público para primeira investidura nos casos previstos em lei. Como impedimento a essa prática, foram criadas algumas barreiras e uma nova condição de ingresso as quais estão evidenciadas na Constituição de 1988, art. 37, inciso II, com redação final dada Emenda Constitucional nº 19: “A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

A igualdade na admissão é uma dessas barreiras e está ligada a exigência de um procedimento acessível a todos os interessados, por isso a necessidade de um concurso público, como corrobora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em nota de rodapé da sua 23ª edição do livro, *Direito Administrativo*:

“O STF aprovou duas súmulas que evitam restrições infundadas à participação do candidato a concurso público: pela Súmula nº 684, ‘é inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público’, e pela Súmula nº 686, ‘só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.’”

Através de toda essa escala cronológica do concurso público podemos ver a luta constante para que o provimento de cargos e empregos públicos seja o mais igualitário possível, fazendo um caminho que tenha como fim a redução de algumas desigualdades sociais e um equilíbrio de oportunidades que culmine na seleção do mais apto.

#### 4. Processo seletivo

O serviço público dispõe vagas para o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, estando essas vagas distribuídas em diversas áreas, como a jurídica, de gestão, administrativa, fiscal entre outras. Os concursos públicos podem dispor de cinco fases: a prova objetiva, a prova subjetiva, a prova prática, a prova oral e a prova de títulos.

A fase em discussão nesse presente artigo é a da prova oral, a qual vem sendo atacada ultimamente numerosas vezes tendo como principal argumento a quebra da impessoalidade, visto que há uma identificação tanto nominal quanto física do concorrente, trazendo com isso toda uma interpretação subjetiva do avaliador.

É possível que esse juízo de valor seja diversas vezes inconsciente e por se tratar de uma atividade de ponderação, não vejo impedimentos para que seja incluída em uma comparação com a neutralidade exigida a um juiz, uma neutralidade subjetiva, segundo elucida Rodolfo Pamplona e Charles Barbosa em seu artigo - Reflexões Filosóficas sobre a Neutralidade e Imparcialidade no Ato de Julgar:

“Exigir, por sua vez, a neutralidade em relação aos princípios que decidiu abraçar para a condução de sua vida, bem como das influências que, de forma consciente ou inconsciente, incidem sobre seu modo de pensar e agir, equivale a pedir-lhe que elimine os seus próprios caracteres humanos, a sua própria essência.”

Entretanto é fato que um pré-julgamento é feito, tendo a capacidade de criar resultados tanto benéficos como maléficos ao participante. A uma primeira olhada pode parecer uma teoria da paranóia ou feita para os insatisfeitos, os não aprovados, porem ao aprofundar na matéria vemos como tal instituto pode ser injusto.

As questões propostas a cada participante tem como premissa advirem de diferentes graus de complexidade, sendo feitos múltiplos questionamentos variantes em sua dificuldade, então como garantir que se obtenha o mesmo grau de complexidade em todas as áreas indagadas para todos os participantes. A resposta é simples: não há essa garantia de paridade, ou seja, devemos então contar com a sorte ou talvez com o bom humor de determinado avaliador. Além de todos os problemas concernentes ao apadrinhamento, a instabilidade e a valorações.

Ainda temos os casos de pânico para articular a oratória em publico, principalmente quando submetidos a grande pressão, o qual é o caso de um processo seletivo desse tipo. Dessa forma, estariam essas pessoas propensas a terem avaliações desfavoráveis por causa de um gaguejar ou os famosos “brancos”, seria justo dar privilégios a elas o que desenvolveria mais subjetivismos ou retirar essa fase do processo seletivo.

Concordo que quanto a cargos como o de Juiz, Promotor, Defensor Público os quais utilizam a oratória como ferramenta cotidiana, devendo nessas funções a eloquência consistir em um requisito básico, a prova oral se torna indispensável. Entretanto nos casos em que só é exigida uma atividade eminentemente burocrática e intelectual como para cargo de tabelião, por exemplo, não vejo justificativas suficientes para aferição da oratória.

A perda da objetividade e a conscequente identificação do participante só trazem mazelas, tanto para o prejudicado em si, bem como para o ordenamento jurídico, tendo em vista os seus plausíveis usos servindo de sistema de exclusão, elitista, trazendo de volta o cargo passado de pai para o filho, formando pequenos reinos no judiciário que darão possivelmente contorno aos esquemas de venda de sentença, desaparecimento dos autos, entre outros ilícitos.

## **5. Concurso público para as serventias notariais e de registro**



Em 2009, o Conselho Nacional de Justiça editou a resolução nº 81, a qual disporia prova oral como um dos requisitos sobre para ingresso e nas serventias notariais e de registro. Compreendendo um caráter basicamente administrativo e técnico, a função notarial e de registro depende e muito de uma avaliação idônea, já que trabalharão como agentes movidos pela imparcialidade, pela responsabilidade e pela independência, sendo impraticável a relação dessas condições com um candidato que tenha sido aprovado devido a uma avaliação parcial e protecionista. Os vícios, nesse contexto, são concebidos desde o provimento do cargo ou emprego público e continuam a gerar efeitos até na atividade do servidor, por exemplo, uma influência do antigo avaliador sobre o funcionário de registro.

Além disso, como já foi mencionado no tópico anterior não existem argumentos fortes o bastante para sustentar a aplicação de uma prova oral em um trabalho que será essencialmente burocrático. Por fim, a área notarial e de registro tem como outro elemento problemático, pois a classificação do participante torna-se mais importante muitas vezes do que a aprovação.

Os concursos desta área são concursos *sui generes*, não se versando sobre um cargo público com um pagamento pré-estabelecido e inflexível e sim sobre um em que a sua remuneração está diretamente ligada ao tipo de atividade que será desenvolvida, e não se sabe qual será essa atividade até a classificação dos candidatos ser publicada, por isso a classificação é supervalorizada e grande objeto de corrupção. Diante disso, no artigo de Bruno Becker, temos o exemplo: “Uma diferença de classificação pode representar um abismo entre duas serventias ofertadas no certame, com uma variação de remuneração superior a 150%”. As provas orais nesse sentido, seriam as portas para dissimulação dos resultados e alteração da classificação.

## **7. Conclusão**

O artigo aqui presente foi uma tentativa para elucidação de algumas questões básicas acerca de um assunto tão comentado superficialmente, mas pouco discutido com profundidade. Destacando as situações admissíveis ao ver dessa humilde aluna para a prova oral, e as consequências calamitosas quando está é usada como meio de manipulação.

Com o fim do artigo, convida-se o leitor a refletir sobre o aqui se defendeu, a procurar mais informações seja para concordar com o proposto ou para discordar fundamentando e quem sabe alterando as linhas de pensamento da autora desse artigo. Afinal, como diz um sábio provérbio coloquial: “Errar é humano. Burrice é errar duas vezes”

## Referências

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BECKER, Bruno. Da inconstitucionalidade das provas orais nos concursos para ingresso e remoção na atividade notarial e de registro. Disponível em <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/467172/?noticia=DA+INCONSTITUCIONALIDADE+DAS+PROVAS+ORAIS+NOS+CONCURSOS+PARA+INGRESSO+E+REMOCAO+NA+ATIVIDADE+NOTARIAL+E+DE+REGISTRO> Acesso em 20. mar. 2011

Prefeitura do Rio de Janeiro - Secretaria da Educação. A Constituição de 1824. Disponível em <http://www.independenciaoumorte.com.br/node/1604/> Acesso em 26. mar. 2011

Constituição de 1934 – Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm) Acesso em 26. mar. 2011

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Charles - Reflexões Filosóficas sobre a Neutralidade e Imparcialidade no Ato de Julgar

ROSA, Dêneron Dias. O concurso público como princípio constitucional e a promoção interna para cargos organizados em carreira. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/868/O-concurso-publico-como-principio-constitucional-e-a-promocao-interna-para-cargos-organizados-em-carreira> Acesso em 21.mar.2011