

06/10/2011

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 28.594 DISTRITO FEDERAL

RELATORA	: MIN. CÁRMEN LÚCIA
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. MARCO AURÉLIO
IMPTE.(S)	: ANDRE RICARDO BOTASSO
ADV.(A/S)	: MURILO REZENDE DOS SANTOS E OUTRO(A/S)
IMPTE.(S)	: CARLA DE FÁTIMA BARRETO DE SOUZA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: PEDRO LENZA
IMPDO.(A/S)	: RELATOR DO PCA Nº 00060903920092000000 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
IMPDO.(A/S)	: UNIÃO
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

NULIDADE – MÉRITO – AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO. Consoante dispõe o artigo 249 do Código de Processo Civil, presente a utilidade dos pronunciamentos judiciais, cabe afastar a declaração de nulidade se for possível decidir sobre o mérito a favor da parte a quem aproveitaria.

NULIDADE – ARTIGO 249 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO. O Colegiado pode considerar a disciplina própria à nulidade, prevista no referido preceito, partindo para a concepção primeira da procedência ou improcedência do que pleiteado quanto ao mérito.

CONCURSO PÚBLICO – NOTA DE CORTE – ELEVAÇÃO. Fica longe de implicar ilegalidade a elevação da nota de corte, visando a passagem para outra fase do concurso, quando, observada a primitiva, resta grande número de vagas, concorrendo os candidatos em igualdade de condições. Óptica robustecida pelo aproveitamento imediato daqueles situados no patamar inicialmente formalizado, não sendo viável sequer a

MS 28.594 / DF

alegação de prejuízo indireto ante o critério de classificação.

EXPECTATIVA DE DIREITO – PROTEÇÃO – AUSÊNCIA. A ordem jurídica não protege simples expectativa de direito no que poderiam evocá-lo futuros candidatos a preencherem cargos em novo concurso público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conceder a segurança para validar a participação dos impetrantes até o final do concurso, segundo seu resultado, por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 6 de outubro de 2011.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – REDATOR DO ACÓRDÃO

MANDADO DE SEGURANÇA 28.594 DISTRITO FEDERAL

RELATORA	: MIN. CÁRMEN LÚCIA
IMPTE.(s)	: ANDRÉ RICARDO BOTASSO
ADV.(A/S)	: MURILO REZENDE DOS SANTOS E OUTRO(A/S)
IMPTE.(s)	: CARLA DE FÁTIMA BARRETO DE SOUZA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: PEDRO LENZA
IMPDO.(A/S)	: RELATOR DO PCA Nº 00060903920092000000 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
LIT.PAS.(A/S)	: UNIÃO
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA):

1. Apresento para julgamento conjunto mandados de segurança impetrados contra ato do Conselho Nacional de Justiça, consubstanciado no acórdão proferido no julgamento simultâneo dos Procedimentos de Controle Administrativo ns. 0006090-39.2009.2.00.0000, 0006126-81.2009.2.00.0000, 0006319-96.2009.2.00.0000 e do Pedido de Providências n. 0006552-93.2009.2.00.0000, no qual determinada a desclassificação de todos os candidatos que obtiveram nota inferior a setenta e sete (77) pontos nas provas objetivas do Concurso Público de Provas e Títulos para Provimento de Cargos de Juiz de Direito Substituto do Estado de Minas Gerais, regulamentado pelo Edital n. 1/2009.

2. Ao examinar o pedido de liminar feito no Mandado de Segurança n. 28.603, impetrado pelo Estado de Minas Gerais, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e pela Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (entidade responsável pela seleção de servidores e magistrados naquele Estado), assim resumi os fatos que interessam para o julgamento da causa:

“Dos documentos juntados aos autos e da exposição dos

MS 28.594 / DF

Impetrantes extrai-se que, em 27.4.2009, foi publicado o Edital n. 01/2009, dispondo sobre o Concurso Público de Provas e Títulos para Provimento de Cargos de Juiz de Direito Substituto do Estado de Minas Gerais.

A segunda etapa da primeira fase daquele certame público, referente à prova objetiva de múltipla escolha, de caráter classificatório e eliminatório, foi realizada em 30.8.2009.

Publicado o gabarito em 31.8.2009, vários candidatos interpuuseram recursos contra algumas questões, fundados nos itens 16 e 17 do Edital n. 01/2009.

Em 19.10.2009, a Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes comunicou a fixação da nota de corte para fins de convocação dos candidatos à etapa seguinte do concurso (provas escritas) em setenta e cinco pontos (75), de um total de cem (100) (fls. 117).

Em 20.10.2009, foi publicado o gabarito oficial da prova objetiva, após a análise dos recursos pela Comissão Examinadora, do que resultou a anulação de três (03) das cem (100) questões que compunham aquela prova (ns. 12, 82 e 96) (fls. 124).

Noticiam os Impetrantes que, por erro, a entidade contratada para realizar o concurso (Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa – FUNDEP) não havia computado os pontos decorrentes da anulação das três questões da prova de múltipla escolha para a elaboração da lista dos candidatos aprovados à segunda etapa do concurso (provas escritas).

Daí a publicação, em 23.10.2009, da relação dos candidatos classificados na prova objetiva, considerados os pontos relativos às questões anuladas pela Comissão Examinadora, mantendo-se, contudo, a pontuação mínima anteriormente exigida (75 pontos) pelos seguintes motivos:

‘- primeiro, para não anular o concurso, diante a carência de magistrados, o que causaria prejuízo irreversível aos entes públicos e aos candidatos;

- segundo, atendendo ao objetivo da nota de corte que é viabilizar o concurso e não excluir ou selecionar candidatos;

- terceiro, evitando-se sacrificar candidatos que tomaram

MS 28.594 / DF

conhecimento de sua classificação e por erro material seriam penalizados com a revogação de ato praticado de boa-fé;

- quarto, para que o concurso pudesse seguir sem atropelos, e;

- finalmente, tendo em vista os precedentes em casos análogos...'

(fls. 5).

3. Realizadas as provas escritas nos dias 16.11.2009 a 21.11.2009, sobreveio, em 16.12.2009, decisão do Conselho Nacional de Justiça, o qual, em julgamento de procedimentos de controle administrativo instaurados por provocação de outros candidatos, determinou a '*... imediata desclassificação de todos os candidatos que obtiveram nota inferior a 77 (setenta e sete) pontos nas provas objetivas do Concurso Público para Provedimento de Cargos de Juiz Substituto no Estado de Minas Gerais, ressalvados os direitos dos candidatos deficientes...*' (fls. 30).

Essa a ementa do ato ora impugnado:

“EMENTA: PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA MAGISTRATURA. VINCULAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL. EQUÍVOCO NA DIVULGAÇÃO DA NOTA DE CORTE. INAPTIDÃO PARA GERAR DIREITOS AOS CANDIDATOS CLASSIFICADOS ERRONEAMENTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE E AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO. PROCEDÊNCIA.

1. O princípio da vinculação aos termos do edital aplica-se aos concursos públicos de maneira que as disposições editalícias não têm destinatários determinados pelo seu conteúdo, ou seja, a norma que estabelece o número de candidatos classificados para fases subseqüentes do certame não se aplica somente em proveito da boa ordem administrativa, mas tutela interesse legítimo dos candidatos que, por mérito, alcançaram classificação dentro dos limites originariamente previstos no Edital. Precedentes do STJ.

2. A nota de corte divulgada equivocadamente por um lapso da entidade organizadora do certame, deixou de computar as questões

MS 28.594 / DF

anuladas pela Comissão Examinadora, não tem o condão de gerar qualquer direito àqueles candidatos classificados após a 500ª posição.

3. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais conhecia nominalmente os candidatos que obtiveram aproveitamento entre 75 (setenta e cinco) e 77 (setenta e sete) pontos, quando decidiu pela convocação acima dos limites previstos no Edital, procedimento que afronta o princípio da impessoalidade.

4. A Administração tem o poder-dever de anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, sendo defeso procurar contorná-los por meio de decisões que contradizem outros princípios condutores do regime jurídico administrativo. Súmula 473 do STF.

5. Procedência" (fls. 32).

4. Com o objetivo de desconstituir esse ato do Conselho Nacional de Justiça, vários candidatos beneficiados pela nota de corte considerada pela entidade organizadora do concurso público, além dos autores do Mandado de Segurança n. 28.603, impetraram mandados de segurança neste Supremo Tribunal (ns. 28.593; 28.594; 28.601; 28.609; 28.613; 28.628; 28.646; 28.651; 28.652; 28.659; 28.666; 28.671; 28.749 e 28.753), que me foram todos distribuídos por prevenção.

Os argumentos desenvolvidos nessas impetrações podem ser resumidos em duas questões: a) saber se o Impetrado usurpou a competência da entidade organizadora do concurso público para decidir sobre casos omissos, desconsiderando a razoabilidade da medida adotada e a boa-fé dos interessados; e b) saber da necessidade de citação de todos os atingidos pelo ato do Conselho Nacional de Justiça para exercerem pretensão direito líquido e certo ao contraditório e à ampla defesa no processo administrativo.

Daí os pedidos de concessão de ordem mandamental, visando a declaração de nulidade dos procedimentos administrativos do Conselho Nacional de Justiça, dos quais resultaram o ato impugnado.

MS 28.594 / DF

5. Pela manifesta impossibilidade de o Estado de Minas Gerais, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais e a Escola Judicial Edésio Fernandes pleitearem interesses individuais de candidatos, numa espécie de representação extraordinária, não conheci do Mandado de Segurança n. 28.603 na parte em que buscava o reconhecimento do alegado direito líquido e certo ao devido processo legal e seus corolários no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, tendo determinado, ainda, a exclusão do Estado de Minas Gerais do feito, por não lhe reconhecer qualquer direito que pudesse alegar ser titular na espécie (DJ 26.2.2010).

Na mesma oportunidade, indeferi a liminar requerida naquela impetração, tendo em vista a ausência de plausibilidade da tese remanescente (usurpação de competência da comissão examinadora para dispor sobre situação não prevista no edital do concurso público), decisão que transitou em julgado em 11.3.2010.

6. Quanto às impetrações dos candidatos, deferi as liminares nelas pleiteadas considerando a plausibilidade da alegada violação ao devido processo legal e seus corolários no processo administrativo, porque era de conhecimento prévio do Conselho Nacional de Justiça a relação nominal de todos os duzentos e quarenta e cinco (245) beneficiários do ato desfeito.

Deixei expresso, ainda, que a eventual nomeação e posse dos Impetrantes ficariam condicionadas ao julgamento de mérito de seus mandados de segurança, realçando, também, que essa situação provisória não representava sinalização do reconhecimento de qualquer direito.

Os efeitos dessas liminares foram estendidos administrativamente aos demais candidatos enquadrados na mesma situação dos impetrantes.

7. Intimada dessa decisão, a União interpôs agravo regimental (*v.g.*, no Mandado de Segurança n. 28.594).

MS 28.594 / DF

8. O então Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Gilmar Mendes, prestou informações, sustentando a *“idoneidade e a razoabilidade da fundamentação e a legitimidade da atuação do Conselho Nacional de Justiça no exercício precípua de suas atribuições institucionais para o cumprimento da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988, art. 5º, incisos LIV e LV c/c art. 37, caput), de modo a impor, em sede cautelar, a revogação da[s] liminar[es] anteriormente deferida[s] e, no mérito, a negativa da segurança pleiteada nos autos deste[s] mandamus”* (v.g., fls. 17 da Petição n. 14.948/2010 no Mandado de Segurança n. 28.651).

9. Com o prosseguimento do concurso público, apenas sete (7) Impetrantes lograram aprovação nas etapas subsequentes, sendo que um (1) deles pediu e teve homologada no âmbito administrativo a sua desistência no certame, donde a extinção, sem resolução de mérito, de várias impetrações e a reatuação de outras, considerada a superveniente falta de interesse processual (art. 6º, § 5º, da Lei n. 12.016/09 c/c art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil).

10. De tudo, tem-se a submissão de apenas quatro (4) impetrações a este Plenário, sendo elas: Mandado de Segurança n. 28.603, sendo impetrantes o Tribunal de Justiça de Minas Gerais e a Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes; Mandado de Segurança n. 28.594, impetrantes André Ricardo Botasso, Carla de Fátima Barreto de Souza, Dalmo Luiz Silva Bueno e Danielle Louise Rutkowski Dias Engel; Mandado de Segurança n. 28.651, impetrante Danielle Nunes Pozzer; e Mandado de Segurança n. 28.666, impetrante Elisa Eumenia Mattos Penido.

11. Alguns Impetrantes remanescentes requereram a modulação dos efeitos da liminar para que lhes fosse autorizada a posse imediata, realçando terem obtido o certificado de conclusão do 2º Curso de Formação para Ingresso na Carreira da Magistratura e participado da

MS 28.594 / DF

solenidade de formatura.

Indeferi tal requerimento pois o número reduzido de Impetrantes aptos à nomeação evidenciava que a mera reserva de vagas não traria prejuízos à prestação da atividade jurisdicional pelo Poder Judiciário mineiro, sendo certo, ainda, que essa medida evitaria sérias dificuldades que adviriam do eventual exercício dessa atividade por eles, se sobreviesse posterior denegação da ordem pelo Plenário deste Supremo Tribunal, com a consequente cassação dos efeitos das liminares deferidas (v.g., despacho na petição eletrônica n. 45.446/2010 no Mandado de Segurança n. 28.588).

12. Em 7.1.2011, a Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação dos mandados de segurança, sustentando, em resumo, que a determinação de exclusão dos candidatos que não alcançaram a nota de corte considerada pelo Conselho Nacional de Justiça está em conformidade com as regras do edital do concurso público em exame e que a falta de consolidação da situação jurídica dos candidatos torna prescindível a intimação deles para o exercício do contraditório e da ampla defesa no âmbito administrativo (Petição eletrônica n. 380/2011 no Mandado de Segurança n. 28.603).

13. Em 10.3.2011, a Impetrante do Mandado de Segurança n. 28.666 apresentou petição eletrônica sustentando que o Conselho Nacional de Justiça teria admitido, no julgamento do Pedido de Providências n. 0000729-70.2011.2.00.0000, a alteração na nota de corte da prova de múltipla escolha no 183º Concurso Público para o Ingresso na Magistratura de São Paulo (Petição n. 13.098/2011), o que evidenciaria a incongruência do ato ora atacado.

É o relatório.

18/05/2011

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 28.594 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora) - Senhor Presidente, de pronto e de primeiro, agradeço ao advogado.

Antes de iniciar a leitura de meu voto, gostaria de fazer algumas observações para situar bem do que estamos falando aqui e qual é o núcleo desse julgamento.

Em primeiro lugar, eu vou retirar alguns dos elementos que vieram em memoriais e até da sustentação. Eu estou citando literalmente o que foi dito pelo advogado: de que o Conselho Nacional de Justiça mudou de opinião. Não, isso não está em pauta para nós. Está em pauta, aqui, nos quatro mandados de segurança, um ato específico do CNJ. E, como se trata de mandado de segurança, o que se tem de verificar é se esse ato contém ilegalidade ou abuso de poder; basicamente é esse o núcleo dessa impetração.

Eu acho que nesses mandados de segurança, o que nós estamos verificando é para que serve um edital de concurso e se ele ainda continua sendo, no Direito Brasileiro - como disse bem Hely Lopes Meirelles, de forma insuperável -, a lei interna do concurso. Se é para ser observado, ou não.

Eu gostaria, de pronto, de reler o que li no relatório quanto à alegação de que havia boa-fé dos candidatos em persistirem no concurso e depois irem para um curso de formação:

“Deixei expresso, ainda que ao deferir as liminares para que eles pudessem prosseguir no certame, que eventual nomeação e posse ficariam condicionados ao julgamento de mérito dos seus mandados de segurança, realçando que essa situação de deferimento de liminar é

MS 28.594 / DF

situação precária e não representa sinalização de reconhecimento de qualquer direito.”

Então, o prosseguimento no concurso não significou que eles poderiam achar que já tinham qualquer direito, porque isso está negritado na decisão de liminar, uma vez que liminares têm sido, hoje, consideradas como adiantamentos que levam as pessoas a atuarem dessa ou daquela forma.

Faço essa sinalização inicial apenas para deixar claro qual é o núcleo do que está sendo julgado nestes mandados de segurança. Vale dizer, houve um ato do CNJ que determinou que se restabelecesse o cumprimento do edital. Afirma o advogado: suposto vício que tenha sido reconhecido não causou nenhum tipo de prejuízo. Não é isso que se está discutindo. O que se está discutindo é se a determinação do CNJ - que se restabelecesse o cumprimento do edital - contém ilegalidade ou abuso de poder. É esse o núcleo das impetrações e é sobre isso, portanto, que voto.

18/05/2011

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 28.594 DISTRITO FEDERAL

V O T O**A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Relatora):**

1. Ao indeferir a liminar requerida no Mandado de Segurança n. 28.603 (DJe 12.6.2008), realcei que a Constituição da República conferiu ao Conselho Nacional de Justiça competência para exercer o controle da atuação administrativa do Poder Judiciário, devendo *“zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessária ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União”* (art. 103-B, § 4º, inc. II), sendo deste Supremo Tribunal a competência para julgar as questões surgidas do desempenho dessas importantes atribuições (al. r do inc. I do art. 102 da Constituição da República).

Nos casos em exame, a atuação do órgão de controle interno do Poder Judiciário decorreu da provocação de candidatos ao Concurso Público para Provimento de Cargos de Juiz de Direito Substituto no Estado de Minas Gerais, instituído pelo Edital n. 01/2009, os quais aduziram que a manutenção da nota de corte para a prova escrita, fixada pela comissão organizadora do concurso referido em setenta e cinco (75) pontos, mesmo após a posterior anulação de três (3) questões da prova objetiva de múltipla escolha, violaria os princípios da vinculação aos termos do edital e da razoabilidade.

A questão apresentada ao Conselho Nacional de Justiça dizia respeito, portanto, à observância do edital do certame público referido, o qual, segundo entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência, é a lei do concurso (*v.g.*, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.

MS 28.594 / DF

526.600, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 3.8.2007; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 440.335, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 31.7.2008).

Nesses termos, tem-se como legítima a atuação do Conselho Nacional de Justiça para anular ato relativo a concurso público para a magistratura, conforme assentado por este Supremo Tribunal em outras ocasiões (*v.g.*, Mandado de Segurança n. 26.284, Rel. Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, DJe 12.6.2008; Mandado de Segurança n. 27.160, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 5.3.2009; Mandado de Segurança n. 26.163, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 4.9.2008).

2. Na espécie em foco, a determinação ora impugnada está fundada nos princípios constitucionais da impessoalidade e da legalidade, sob o argumento de que, mantida a nota de corte da prova objetiva de múltipla escolha em setenta e cinco (75) pontos, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais conheceria nominalmente os candidatos que obtiveram aproveitamento entre essa pontuação e aquela que seria resultante da aplicação dos termos do edital daquele concurso (77 pontos), o qual limitava em quinhentos (500) o número de candidatos convocados para a realização da prova escrita, considerada a melhor classificação nas provas objetivas (item n. 22 do Edital n. 01/2009).

Reitero, assim, as razões que apresentei para indeferir os pedidos de liminar fundados na alegada usurpação, pelo Impetrado, da competência da entidade organizadora do concurso público para decidir sobre casos não previstos no edital, *verbis*:

13. Em efeito, o Edital n. 01/2009 prevê, no item n. 20 do seu Capítulo VI, que cuida da prova objetiva de múltipla escolha, que a classificação dos candidatos seja ' ... feita somente após a análise dos pedidos de revisão e recursos interposto contra gabarito/questões da prova objetiva de múltipla escolha'.

Essa regra, contudo, segue outra que dispõe sobre os efeitos da

MS 28.594 / DF

anulação de alguma questão da prova objetiva, verbis:

‘Anulada alguma questão da prova objetiva de múltipla escolha, será ela contada como acerto para todos os candidatos’ (item 19, grifos nossos).

Ora, se não por precaução, é de se ter que a disposição das regras mencionadas evidencia a imposição lógica da divulgação da lista de candidatos classificados considerando-se a conclusão do examinador sobre os pedidos de revisão e do Presidente da Comissão Examinadora sobre os recursos interpostos das questões constantes das provas objetivas, já que dessas análises poderia resultar, nos termos do item 19 acima mencionado, alteração na pontuação dos candidatos e, conseqüentemente, na ordem de classificação e na lista de convocados para a etapa seguinte do certame, como ocorreu no presente caso.

14. Importante realçar, ademais, que o Edital n. 01/2009 em nenhum momento faz referência a utilização de nota de corte como critério para a convocação dos aprovados à etapa seguinte do certame (provas escritas).

A nota de corte, em verdade, é resultado da verificação da nota obtida pelo quingentésimo (500º) candidato na lista de classificação. É esse o único critério objetivo fixado no edital do concurso, conforme se observa dos seguintes itens do Capítulo VI do Edital n. 01/2009:

‘21.2 - A classificação da prova objetiva de múltipla escolha é condição para participação nas Provas Escritas, porém a convocação far-se-á respeitados os limites estabelecidos no item 22 deste Capítulo’;

‘22 - Serão convocados para se submeterem às provas escritas os 500 (quinhentos) candidatos de melhor classificação na prova objetiva de múltipla escolha, restando eliminados os demais’.

A desconsideração, portanto, do resultado dos pedidos de revisão e dos recursos na elaboração da lista classificatória parece tornar sem efeito a salutar regra do edital que limita o número dos candidatos a serem submetidos às provas escritas, determinação que, além de resultar em manifesta redução de gastos, homenageia o princípio da impessoalidade, já que impede a alteração do número de convocados para a etapa seguinte com o objetivo de atender interesse de candidatos

MS 28.594 / DF

determinados.

15. Importante anotar que o número de candidatos a serem convocados para as provas escritas (500), observada a ordem de classificação, é de conhecimento prévio de todos os inscritos no certame e corresponde a aproximadamente dez vezes o número de vagas disputadas, conforme se depreende do Capítulo I do Edital n. 01/2009, verbis:

‘O presente Concurso destina-se ao preenchimento das 45 (quarenta e cinco) vagas ora existentes e daquelas que se abrirem até o dia do início da prova oral, inclusive’ (fls. 251-verso).

16. Nem se alegue que a manutenção do entendimento adotado pela autoridade apontada como coatora desprestigiaria a razoabilidade e promoveria a desigualdade entre os candidatos, sob o argumento de que um candidato pior classificado na primeira lista (com 74 pontos) poderia ultrapassar, fundado apenas no critério de sorte, outros candidatos com melhor pontuação (75 ou 76), mas que não obtiveram os pontos correspondentes às questões anuladas.

Para infirmar tal sofisma seria bastante considerar que a diferença de pontos observada entre tais candidatos está fundada exatamente nas questões anuladas, ou seja, reconhecidas como mal-formuladas e confusas pelo próprio organizador do certame após a apreciação dos pedidos de revisão e dos recursos interpostos.

Assim, raciocinando com a hipótese de subtração dos pontos referentes às questões anuladas, tem-se evidenciada a necessidade de correção na nota de corte, privilegiando aquele candidato que acertou o maior número de questões válidas e exatas.

17. Nesses termos, densa a plausibilidade do que afirmado no ato atacado, verbis:

‘No caso em apreço, a Comissão Examinadora do Concurso Público para magistratura do Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu pela convocação de candidatos em número muito superior ao limite estabelecido no edital, por receio de que os candidatos convocados a priori, classificados por reconhecido erro na apuração da nota de corte, pudessem insurgir-se contra eventual

MS 28.594 / DF

desclassificação.

(...)

À toda evidência, conforme reconhece o próprio Tribunal de Justiça mineiro, a nota de corte divulgada por um lapso da entidade organizadora do certame, que deixou de computar as questões anuladas pela Comissão Examinadora, não tem o condão de gerar qualquer direito àqueles candidatos classificados após a 500ª posição exclusive.(...)

Aliás, o princípio da autotutela da Administração, albergado na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, aponta no sentido de que tão logo conheceu infortúnio ocorrido, cabia ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais desfazer o ato viciado e não tentar corrigir um erro cometendo outro' (fls. 41-42).

Mantenho, portanto, a conclusão no sentido de que o caso dos autos não cuida de situação não prevista no Edital n. 01/2009, apta a ensejar a intervenção da comissão examinadora do concurso público referido, nos termos do item 20 do seu Capítulo XIV.

3. O que se tem na espécie, rigorosamente, é a pretensão de justificar a manifesta inobservância do número de candidatos a serem convocados para as provas escritas, fixado no edital em quinhentos (item n. 22), como uma forma de superar a descon sideração de cláusulas editalícias referentes à elaboração e divulgação da lista de candidatos classificados na prova objetiva de múltipla escolha (itens ns. 19, 20 e 22).

Dito de outra maneira, a comissão organizadora do concurso público para a magistratura mineira buscou reparar um vício de procedimento pela realização de outra irregularidade, ao invés de proceder a anulação do ato viciado, com a conseqüente desconstituição dos seus efeitos e posterior refazimento do ato, observados os ditames pertinentes.

Correta, portanto, a manifestação do Procurador-Geral da República,

MS 28.594 / DF

no sentido de que “... não se poderia exigir do CNJ que, no julgamento dos procedimentos administrativos instaurados em impugnação ao certame, desconsiderasse o princípio da vinculação à norma de regência do concurso público e os demais princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública, em atenção a uma expectativa dos candidatos que se viram incluídos numa primeira lista de classificação, assim divulgada por erro da administração”.

4. Cumpre realçar que este Supremo Tribunal já apreciou questão similar, tendo asseverado que não se pode extrair da mera classificação obtida antes da correção de questões impugnadas qualquer direito aos candidatos posteriormente atingidos por essa correção, ainda que tivessem participado e sido aprovados nas etapas seguintes do concurso público.

Refiro-me ao julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 21.255, interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no qual denegada a segurança impetrada por candidata contra a sua exclusão do concurso público para o cargo de Técnico-Judiciário do quadro daquele tribunal superior, tendo o eminente Redator para o acórdão, o Ministro Carlos Velloso, assim resumido e decidido a questão naquele julgamento, *verbis*:

Sr. Presidente, pelo edital, rememoro a questão, somente seriam corrigidas as provas da 2ª fase do concurso dos candidatos que lograssem pontuação superior a 50% nas provas do grupo 1, vale dizer, que tivessem alcançado nota igual ou superior ao 350º lugar, no DF. Isto o eminente Advogado deixou claro da tribuna. A impetrante obteve 66 pontos, na prova 1. Ficou, então, entre os 350 primeiros classificados. Isto é inquestionável. Acontece, Sr. Presidente, que, anulada a questão 19, todos os candidatos ganharam dois pontos, menos ela, que acertara a questão e que continuou com os 66 pontos. Mas o último candidato dentre os 350, passou para 68 pontos. Arredou, assim, a impetrante dos 350. Quer dizer, a impetrante, com 66 pontos, não logrou a classificação necessária à prova 2, porque não

MS 28.594 / DF

ficou entre os 350 candidatos. Não vejo, com isso, em que teria sido violado direito seu. O fato de a impetrante ter obtido 66 pontos, ou de, na primeira rodada, ter sido classificada, este simples fato não me parece que lhe enseje uma situação definitiva, mesmo porque, expresso ficou, na inicial, que não se discute a justeza, ou não, da anulação da questão 19 da prova. É o que está posto, com todas as letras, na inicial (Tribunal Pleno, DJ 18.2.2000).

Inobstante os votos divergentes dos insígnios Ministros Marco Aurélio, Paulo Brossard, Octavio Gallotti e Néri da Silveira, os quais consideraram a existência de um critério único para a aprovação naquele certame (obtenção de cem pontos nas duas provas) como suficiente para superar a posterior desclassificação da impetrante nas provas objetivas, prevaleceu o entendimento assim manifestado pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, *verbis*:

Senhor Presidente, nos termos em que posta a impetração, que se funda na existência de direito adquirido ou de uma situação jurídica perfeita, também eu, por mais simpatia que me desperte o caso da candidata, não consegui encontrar fundamento jurídico para deferir a ordem. É evidente que houve um atropelo de fases nesse concurso.

(...)

Mas creio que, por essa ou aquela razão, se foi além e antes de ter-se uma classificação definitiva – ou por pendência de reclamação ou mesmo de uma revisão de ofício da banca, que concluiu, por essa ou por aquela razão, que uma questão teria que ser anulada –, não só se realizou a prova de redação, o que era correto segundo o edital, como se corrigiu a prova: e isso que gerou esse embrulho todo. Mas, lamentando, realmente, dada a excelente nota que, na média, veio a obter a candidata, não vejo como afirmar que a precipitada correção de sua prova tivesse gerado direito adquirido.

À mesma conclusão chegou o eminente Ministro Moreira Alves em seu voto, explicitando fundamento em tudo aplicável ao caso sob exame:

MS 28.594 / DF

“Sr. Presidente, se a banca violou o regulamento, dessa violação não pode nascer direito para alguém. E mais: não é possível que se retire o direito daqueles que recorreram, porque têm eles direito adquirido a ver seu recurso julgado”.

5. Não há falar, assim, em razoabilidade no ato do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que permitiu que constasse na lista definitiva de classificados na prova objetiva de múltipla escolha mais de quinhentos (500) candidatos, já que esse ato, ao afastar as regras editalícias em favorecimento de um grupo conhecido, malfez, à toda evidência, o princípio da isonomia, além do da impessoalidade, conforme asseverou o Impetrado no seguinte trecho do ato ora atacado, *verbis*:

... o fato de ter decidido manter a convocação de tais postulantes à magistratura após a divulgação da lista de aprovados traz outra implicação relevante, qual seja: ao decidir contornar o limite de classificados para a segunda etapa do Concurso, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais conhecia nominalmente os candidatos que obtiveram aproveitamento entre 75 (setenta e cinco) e 77 (setenta e sete) pontos (fls. 42 do volume eletrônico n. 1 do Mandado de Segurança n. 28.603).

Descabida, portanto, a invocação do princípio da instrumentalidade das formas na espécie.

6. Nem se alegue que, ao ampliar o universo de candidatos classificados na prova objetiva, a comissão organizadora do certame para a magistratura mineira teria homenageado o interesse público. Esse reside exatamente na observância dos parâmetros do edital do concurso, sob pena de se fomentar a insegurança jurídica na realização do certame.

7. Quanto à alegação feita no Mandado de Segurança n. 28.603, no sentido de que a manutenção do ato ora impugnado prejudicaria o cumprimento da denominada ‘Meta 2’, fixada pelo próprio Conselho

MS 28.594 / DF

Nacional de Justiça e que previa o julgamento, até dezembro de 2009, dos processos que se encontravam em tramitação até o ano de 2005, o simples fato de o término do prazo mencionado ser anterior à própria Impetração evidencia a fragilidade do argumento, sendo certo, ainda, que a indefinição relativa a apenas seis (6) dos noventa e oito (98) candidatos aprovados para os oitenta e quatro (84) cargos vagos de Juiz de Direito Substituto (conforme divulgado no Comunicado de 14.5.2010) não teria o condão de prejudicar a prestação da atividade jurisdicional pelo Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais.

8. Cumpre realçar, ainda, a ausência de similitude entre as situações examinadas nos procedimentos administrativos ora atacados e no precedente do Conselho Nacional de Justiça invocado pela Impetrante do Mandado de Segurança n. 28.666 na Petição eletrônica n. 13.098/2011 (Pedido de Providência n. 0000729-70.2011.2.00.0000), referente ao 183º Concurso Público para o Ingresso na Magistratura de São Paulo.

Em efeito, naquele processo administrativo, o aproveitamento de mais candidatos do que o número previsto no edital regulamentador do concurso público para a realização das provas escritas não resultou da desconsideração dos efeitos advindos da anulação de questões das provas objetivas de múltipla escolha, como se deu na espécie, mas da autorização do Conselho Nacional de Justiça em momento bem anterior à realização de quaisquer provas, não havendo falar, assim, em tratamento diferenciado a um grupo de candidatos conhecidos.

9. Entendo, portanto, ser irrepreensível a atuação do Conselho Nacional de Justiça no ponto.

10. Quanto ao alegado desrespeito ao devido processo legal e seus corolários no âmbito administrativo, este Supremo Tribunal tem afirmado que, tratando-se de anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, exige-se a observância

MS 28.594 / DF

do contraditório, ou seja, a instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada (v.g., Mandado de Segurança n. 25.962, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 19.3.2009; Mandado de Segurança n. 24.268, Redator para acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 17.9.2004; Mandado de Segurança n. 25.116, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 9.2.2011; Mandado de Segurança n. 27.154, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 7.2.2011).

É rigorosamente esse o enquadramento fático advindo da atuação do órgão superior de controle administrativo do Poder Judiciário, o qual anulou a convalidação do erro material efetivada pelo Tribunal de Justiça mineiro, alterando a condição de classificados atribuída aos candidatos que obtiveram pontuação 75 e 76 na prova objetiva de múltipla escolha, do que resultou a exclusão deles do certame.

Nessa linha, torna-se indiferente para a pretensão à tutela jurídica que envolve o direito de defesa (ao contrário do que sustenta a autoridade indigitada coatora) a motivação jurídico-administrativa da anulação do concurso, bastando, assim, a verificação do simples fato objetivo de a anulação, do concurso em sua integralidade ou de apenas de uma de suas fases, ter ocorrido sem que se tenha conferido ao interessado jurídico direto a possibilidade de se manifestar no processo administrativo.

11. Deve-se realçar, no ponto, que a invalidação do ato do Tribunal de Justiça de Minas Gerais não resultou do seu poder de autotutela, senão que determinada pelo Conselho Nacional de Justiça, em procedimentos administrativos instaurados mediante provocação de outros candidatos e com manifesta e insuperável repercussão, repito, na participação, no certame, daqueles duzentos e quarenta e cinco (245) candidatos que obtiveram setenta e cinco (75) e setenta e seis (76) pontos na prova objetiva.

MS 28.594 / DF

A circunstância de a anulação do ato viciado de ilegalidade advir de um processo administrativo de um órgão de controle, como é o Conselho Nacional de Justiça, e não da atuação *ex officio* da comissão organizadora do concurso público, evidencia a improcedência da justificativa apresentada pelo Impetrado, no sentido de se ter uma *“típica hipótese de simples correção feita pela administração diante de mero erro material por ela cometido”* (fls. 12 da Petição n. 12.557/2010, no Mandado de Segurança n. 28.603), caso em que se poderia invocar o dissenso jurisprudencial e doutrinário acerca da incidência do contraditório e da ampla defesa no exercício da autotutela administrativa.

12. Assim, de acordo com a jurisprudência mencionada, tornava-se imprescindível a cientificação pessoal dos candidatos cuja situação jurídica era objeto de análise nos processos administrativos instaurados no Conselho Nacional de Justiça para, querendo, apresentarem manifestação.

13. Ocorre que dessas conclusões resultam uma situação grave e delicada.

É que o reconhecimento, por este Supremo Tribunal, de que a comissão organizadora não poderia desconsiderar os termos do edital regulamentador do concurso público (questão suscitada pelos próprios Impetrantes e, por isso, enfrentada neste julgamento) mitiga, indiscutivelmente, a utilidade da reapreciação da mesma questão pelo Conselho Nacional de Justiça mediante a concessão destes mandados de segurança para que dê observância ao contraditório e à ampla defesa nos procedimentos administrativos impugnados, mormente se considerada a manifesta impossibilidade de os interessados apresentarem alguma situação particular apta a alterar a conclusão do órgão de controle interno do Poder Judiciário sobre matéria eminentemente jurídica.

MS 28.594 / DF

Daí a União afirmar, no agravo regimental que interpôs do deferimento da liminar pleiteada no Mandado de Segurança n. 28.594, que “... não há sentido em anular a decisão do CNJ para que outra seja proferida com observância do contraditório”, sob pena de gerar “... uma difícil equalização de fatos consumados em razão do exercício da magistratura pelos impetrantes, que muito provavelmente serão novamente desinvestidos de jurisdição em razão do grave vício que maculou o concurso público em questão” (fls. 7 da Petição n. 4.552/2011).

14. Em outros julgamentos, este Supremo Tribunal superou essa dificuldade não entrando no mérito da anulação procedida pelo órgão de controle administrativo, tendo em vista o fato de aquelas impetrações terem se limitado ao alegado vício de procedimento.

Transcrevo, para comprovar essa assertiva, a seguinte passagem do voto proferido pelo Relator do Mandado de Segurança n. 27.154, o Ministro Joaquim Barbosa, o qual foi impetrado contra ato do Conselho Nacional de Justiça que considerou nulos todos os atos de nomeação de servidores do Tribunal de Justiça do Mato Grosso realizados após a expiração dos prazos de validade da homologação dos resultados dos respectivos concursos, *verbis*:

A observação feita pelo Ministério Público Federal sobre a impossibilidade de anulação do acórdão em razão da inexistência de comprovação de efetivo prejuízo é relevante e poderia ter maior consequência se a questão de fundo relativa à anulação ou não das portarias de nomeação dos candidatos estivesse em jogo. Ocorre que a impetração elege por única fundamentação contrariedade à ampla defesa e ao contraditório. Neste momento, não me parece adequado presumir a inexistência de outros argumentos que pudessem ser expostos pelos interessados, de modo a esgotar antecipadamente a jurisdição. Por outro lado, a inobservância do contraditório e da ampla defesa, quando tão bem caracterizada como no caso dos autos, não exige argumentação complementar que identifique, antes mesmo do

MS 28.594 / DF

ingresso na relação de processo, o efetivo prejuízo causado pela ausência. A norma interna do Conselho Nacional de Justiça determina o que chama de oitiva dos interessados (art. 98 do RICNJ) e, portanto, assegura garantia processual formal e objetiva, complementada materialmente pelas regras constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Assim, uma vez identificado o legítimo interesse de terceiro, o acesso ao contraditório e à ampla defesa independem de conjecturas acerca da intensidade do potencial ou da aptidão do interessado para produzir a defesa do ato atacado. Eventuais abusos, como a apresentação de argumentos frívolos ou meramente protelatórios, podem ser combatidos pelos instrumentos legais existentes.

Entretanto, ressalto que a concessão da segurança pretendida deve se ater, tão-somente, à garantia do contraditório e da ampla defesa, e, portanto, versar os atos estritamente dependentes do vício formal apontado. A decisão desta Corte não poderá ser construída de modo a impedir o CNJ de apreciar novamente a questão, após a regular notificação dos interessados.

Isto porque a impetração se volta tão-somente quanto ao aspecto formal da violação do contraditório e da ampla defesa, e nada diz a respeito da validade do provimento dos cargos públicos (grifos nossos, DJe 7.2.2011).

Como visto, nos mandados de segurança sob exame, além do aspecto formal da violação ao devido processo legal no âmbito administrativo, questiona-se a higidez do próprio ato anulado pelo Conselho Nacional de Justiça, sendo esta, aliás, a única questão objeto do Mandado de Segurança n. 28.603.

15. É certo que o caráter preliminar do vício de procedimento autorizaria não se adentrar no mérito do ato impugnado, limitando, assim, a concessão da ordem à determinação de retomada do processo administrativo com a observância do contraditório e da ampla defesa para que o Conselho Nacional de Justiça profira nova decisão, conforme se extrai, a contrario sensu, do § 2º do art. 249 do Código de Processo

MS 28.594 / DF

Civil, que dispõe:

“Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.

(...)

§ 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.”

Entendo, contudo, não ser essa a solução que melhor atenda aos princípios da inafastabilidade da jurisdição, da segurança jurídica, da razoabilidade e da economia processual, considerando as peculiaridades do caso sob exame.

16. Em efeito, o refazimento ou a reabertura dos processos administrativos impugnados serviria apenas para postergar no tempo situação geradora de insegurança jurídica, já que, concedida a ordem nesse sentido, a condição estabelecida nas liminares para a nomeação e posse dos candidatos que lograram aprovação no concurso público para a magistratura mineira estará superada, sendo certo que, na reapreciação da matéria pelo Conselho Nacional de Justiça, o resultado desse segundo julgamento administrativo não será diferente do primeiro.

Não se trata de exercício de futurologia, mas da simples constatação de que inexistente situação pessoal ou circunstância de fato que possa interferir na conclusão do Conselho Nacional de Justiça a respeito da observância, pela comissão organizadora, do que estipulado no edital do concurso público para a magistratura mineira.

Negar, portanto, a possibilidade de este Supremo Tribunal prestar, desde já, a jurisdição pleiteada pelos próprios Impetrantes resultaria, com as devidas vênias dos que pensam em sentido contrário, em potencializar o direito do interessado de ver seus argumentos contemplados pelo órgão

MS 28.594 / DF

de controle administrativo a ponto de torná-lo um instrumento cujo único propósito seja a postergação de uma situação manifestamente contrária à lei e de sérias consequências no caso concreto, considerada a possibilidade do exercício provisório da atividade jurisdicional pelos seis (6) Impetrantes aprovados no concurso público regulamentado pelo Edital n. 01/2009.

17. Ademais, conforme assentado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 233.582 (Red. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 15.5.2008), a instauração da via judiciária para a discussão da mesma matéria jurídica submetida na esfera administrativa independe da necessidade de esgotamento desta, sendo certo, conforme asseverou o Ministro Cezar Peluso naquela ocasião, que o ajuizamento da ação judicial importa na manifestação de desinteresse do administrado-autor no resultado do processo administrativo, sob pena de se permitir que o Estado ponha em funcionamento ao mesmo tempo dois órgãos para resolver a mesma questão, o que seria, nas palavras de Sua Excelência, antieconômico.

Ora, se a opção pela via judicial denota a ausência de interesse do autor de ver seus argumentos contemplados na esfera administrativa, evidenciando, assim, a prescindibilidade desse exame para o exercício da função jurisdicional do Poder Judiciário, limitar-se a exigir o refazimento do processo administrativo para que o administrado possa apresentar rigorosamente a mesma matéria já submetida na via judicial resultaria em desprestigiar a economia da atuação estatal, notadamente quando o exame de fundo da controvérsia pelo Poder Judiciário reveste a decisão da autoridade da coisa julgada em sentido formal, impedindo, conseqüentemente, qualquer outra discussão judicial e, *a fortiori*, administrativa, sob pena de transgressão ao postulado da *res judicata*.

Insisto que só considero possível tal procedimento quando a controvérsia for restrita à questão eminentemente jurídica, cuja solução

MS 28.594 / DF

independa da apreciação de matéria de fato ou de circunstâncias pessoais relativas aos interessados na manutenção do ato administrativo.

18. Não se mostra razoável, portanto, ignorar a provocação dos Impetrantes para que este Supremo Tribunal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, se manifeste sobre questão que pode ser examinada desde já em toda a sua extensão, sob pena de se adotar um provimento jurisdicional vazio de qualquer consequência prática quanto às dúvidas que pairam sobre o referido concurso público para a magistratura mineira.

19. Deve-se realçar, ainda, que, diferentemente do que se teve nos precedentes em que assentada a imprescindibilidade do contraditório e da ampla defesa no âmbito administrativo, a situação advinda do ato reformado pelo Conselho Nacional de Justiça perdurou por um breve período, não havendo falar, assim, em necessidade de estabilidade das situações criadas.

Em efeito, considerando-se o fato de que se presume a ciência real do ato revogatório, pelos interessados que não participaram dos processos administrativos, quando do seu cumprimento pelo órgão a que se dirige (*v.g.*, Mandado de Segurança n. 22.938, Rel. Min. Moreira Alves, DJe 5.3.2009; Mandado de Segurança n. 24.927, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 25.8.2006; Mandado de Segurança n. 24.742, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11.3.2005), verifica-se que, da convocação dos candidatos enquadrados na situação dos Impetrantes para realizarem as provas escritas (26.10.2009) até a divulgação da notícia, pela comissão organizadora do concurso, da desclassificação dos mesmos por determinação do Conselho Nacional de Justiça (28.1.2010), teve-se o transcurso de pouco mais de três (3) meses: esse o período que se pode considerar a boa-fé dos candidatos na higidez do ato administrativo revogado pelo CNJ.

Não fosse o deferimento das liminares pleiteadas nas impetrações a

MS 28.594 / DF

mim distribuídas, os candidatos classificados abaixo da quingentésima (500^a) posição nas provas objetivas de múltipla escolha sequer teriam divulgadas as notas recebidas nas provas escritas, inobstante terem-na realizado, o que, como visto, não possui o condão de gerar qualquer direito.

A atuação do órgão de controle administrativo do Poder Judiciário, portanto, não ocorreu após o transcurso de longo período, quando já encerrado o certame e empossados os candidatos, hipótese na qual se poderia falar na configuração de uma situação jurídica subjetiva devidamente constituída e dotada de estabilidade.

A inexistência dessa circunstância evidencia a diferença do quadro fático apresentado nestes autos com aqueles examinados nos precedentes referidos, quando analisados o cancelamento de aposentadorias e pensões concedidas há décadas (Mandado de Segurança n. 24.268, Red. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, e Mandado de Segurança n. 25.116, Rel. Min. Ayres Britto), a anulação de concurso público já encerrado (Mandado de Segurança n. 25.962, Rel. Min. Marco Aurélio), ou a exoneração, após anos, de servidores nomeados fora do prazo de validade dos respectivos concursos (Mandado de Segurança n. 27.154, Rel. Min. Joaquim Barbosa).

20. Nesses termos, não vislumbro nulidade no processo administrativo por violação ao direito do contraditório e da ampla defesa, motivo pelo qual inaplicável o § 2º do art. 249 do Código de Processo Civil na espécie.

21. Pelo exposto, **denego os Mandados de Segurança ns. 28.594, 28.603, 28.651 e 28.666**, ficando prejudicados, obviamente, as liminares concedidas e os Agravos Regimentais contra elas interpostos.

18/05/2011

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 28.594 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, tenho a impressão de que a ilustre Relatora fez um julgamento conjunto de todas as matérias suscitadas. Ao final, ela, do meu modo de ver, abordou à saciedade a questão da não violação do devido processo legal pelo fato de as partes terem abandonado a via administrativa e terem ingressado na esfera judicial; isso aí supriria, evidentemente, até porque a única função que se torna, com a sua decisão, imutável e indiscutível, é a função judicial.

Então, segundo entendi, a eminente Relatora entendeu não ter havido, em primeiro lugar, nenhuma violação a essa garantia, tendo em vista que as partes, em um pequeno espaço de tempo, vieram a juízo discutir o seu suposto direito, obtiveram a decisão judicial liminar e se manifestaram em relação as suas pretensões, pretendendo invalidar o ato; mas eu não entendi que ela tenha destacado isso como preliminar.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Vossa Excelência está rejeitando as preliminares?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Rejeito.

18/05/2011**PLENÁRIO****MANDADO DE SEGURANÇA 28.594 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, peço vênua à relatora para ressaltar que não pode haver modificação de situação aperfeiçoada sem o conhecimento do interessado. Isso é básico em termos de devido processo legal.

O que ocorreu na espécie? Uma situação aperfeiçoada, ante a convocação, pelo Tribunal de Justiça, dos candidatos para a segunda etapa do concurso. Presente representação dirigida, ou representações dirigidas ao Conselho Nacional de Justiça, acabou-se por glosar essa convocação, com consequência das mais danosas para, hoje, os oito interessados aprovados. Que consequência foi essa? Fulminar o ato, destituí-los daquela situação jurídica que aponte como aperfeiçoada.

Poderia o Conselho Nacional de Justiça ter atuado dessa forma? E digo sempre que é preciso conciliar a autonomia administrativa e financeira dos tribunais com a atividade administrativa, estritamente administrativa e subsidiária – não é o caso de se glosar sob esse ângulo –, do CNJ, sem ouvir os interessados? O próprio Tribunal deu a resposta quando julgou, sob a minha relatoria, o mencionado mandado de segurança – creio – em nota de rodapé, no parecer da Procuradoria-Geral da República, ou seja, de nº 25.962. Assentamos que não seria válida a intimação ficta dos interessados que não tinham conhecimento da existência do processo administrativo no próprio CNJ. Isso levou o Conselho Nacional de Justiça, inclusive, a modificar o próprio Regimento Interno.

Citou-se – e penso que se citou com muita adequação – a lição do sempre lembrado Celso Antônio Bandeira de Mello: a noção de devido processo é extensível não só ao devido processo jurisdicional, como também ao devido processo legislativo. E digo, aprendemos a lição que, acima de tudo, ao devido processo administrativo.

Em síntese, Presidente, não posso conceber que se assente que

MS 28.594 / DF

alguém possa ter uma situação aperfeiçoada subtraída, ante ato administrativo, sem que seja intimado para defender-se no processo respectivo.

Diria que começo elogiando a sustentação feita da tribuna, mas tranquilizando o advogado, porque não adoto o vazo de alguns colegiados, de alguns colegas, de elogiarem o advogado para, depois, votar contra o que sustentado da tribuna.

Penso, Presidente, ante a aplicação do Código de Processo Civil, mais especificamente do artigo 249 dele constante, ser possível – e chegarei a esse ponto – julgar o mérito em proveito de quem socorreria a conclusão sobre a nulidade, tendo em conta a peculiaridade do caso e os precedentes, como se mencionou da tribuna – e não sei qual é a diferença entre o Tribunal de Justiça de Minas Gerais e o Tribunal de Justiça de São Paulo. Não sei se prossigo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Vamos continuar. Vossa Excelência conclui o seu voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Porque é pacífico que incide – se for o caso, evidentemente, a conclusão dos demais Colegas – o citado artigo 249, vale dizer, é possível adentrar e decidir o mérito sem concluir-se pela nulidade, desde que o seja a favor de quem aproveitaria a declaração da pecha. Penso que é possível, Presidente.

18/05/2011

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 28.594 DISTRITO FEDERAL

VOTO SOBRE PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Eu vou pedir vênia à eminente Relatora nessa matéria, para acompanhar a dissidência, até porque eu já havia anotado nesse sentido.

Na verdade, o que sucedeu? Os convocados além do número de quinhentos obtiveram, com a convocação da Comissão, uma situação jurídica vantajosa, inegavelmente uma situação jurídica vantajosa...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É estreme de dúvidas.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - ...e que vieram a perder em procedimento administrativo onde não foram ouvidos.

A garantia do devido processo legal, prevista no artigo 5º, inciso LIV, não exige, nem poderia exigir, que fosse observada apenas para aqueles que tivessem direitos subjetivos susceptíveis de verificação pelo Judiciário. Por quê? Porque, na verdade, nós teríamos uma aporia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Tem-se que julgar o fundo para depois voltar-se à preliminar.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Exatamente. Seria mister acabar o procedimento para saber quem teria ou não teria direito subjetivo a ser preservado, para saber, no fim, se devia ter sido intimado ou não.

O que o devido processo legal, ao meu juízo, garante é que ninguém pode perder - e isso é textual na norma constitucional - nenhum bem. E "bem" aqui não significa, necessariamente, a existência de direito subjetivo, bastando seja uma posição ou uma situação jurídica vantajosa,

MS 28.594 / DF

como aquela que os candidatos então convocados ostentaram em decorrência da própria convocação. Aliás, nem pode ser de outro modo, porque nós mesmos, aplicando esse princípio na Súmula Vinculante nº 3, deixamos claro que, independentemente do fato de se tratar de caso de ato nulo ou revogável, é expressa a súmula nesse sentido: *"quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado"* é obrigatória a observância do devido processo legal.

Ora, não interessa, no momento da aferição da observância do princípio, se o interessado tem ou não direito subjetivo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Por isso, é preliminar.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Isso é depois. Basta que a pessoa tenha interesse que a ponha na condição, como diz a súmula, de interessado, independentemente da existência ou da posse de algum direito subjetivo.

O que não se pode, a meu ver, é criar precedente, porque, decidindo dessa maneira, a Corte pode criar precedente de que, dependendo do resultado final de um procedimento, não será necessário observar o devido processo legal! Isto é, não é porque agora, sob certo ponto de vista, os chamados interessados não teriam razão no procedimento administrativo, que a sua invalidez fique sanada com o fato do julgamento de mérito sem observância do devido processo legal. A meu ver, eles tinham que ser chamados - e precisavam ser chamados - para ser ouvidos. Por quê? Porque, para perderem o bem representado pela situação, vantajosa do ponto de vista jurídico, que obtiveram com a convocação, era preciso que o devido processo fosse observado na esfera administrativa, independentemente de, ao cabo do procedimento administrativo, verificar-se que não tinham razão.

Daí, por que, a meu ver, interessa pouco, com o devido respeito, o que eles teriam ou terão, em termos de direito, para alegar. Não importa. Isso diz respeito ao mérito do julgamento da pretensão deles quanto ao mérito do procedimento administrativo, não quanto ao fato inegável de

MS 28.594 / DF

que eles tinham que ser intimados para o procedimento administrativo. E foi por isso, aliás, que nós fulminamos como inconstitucional o dispositivo do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça que dispensava a intimação pessoal e se contentava com a intimação ficta, que, como o nome diz, finge que convoca, mas não convoca.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite uma colocação?

Não houvesse esse processo administrativo, qual seria a situação jurídica dos impetrantes?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Se não houvesse, eles passariam pelo concurso, poderiam ter sido aprovados e tomado posse como magistrados.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora) - Presidente, deixe-me só reequacionar. Vossas Excelências estão propondo, no voto, que se adstrinja esses mandados de segurança ao julgamento dessa preliminar de mérito para fins de considerar nulo e de se permitir que o Conselho Nacional de Justiça refaça o procedimento quanto a eles.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Refaça o procedimento e intime todos os convocados para se manifestarem, para se defenderem.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Tribunal não se mostra sensível a avançar no tocante ao fundo?

18/05/2011**PLENÁRIO****MANDADO DE SEGURANÇA 28.594 DISTRITO FEDERAL****VISTA**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, na realidade, todo mandado de segurança está voltado estritamente à questão do mérito do próprio mandado de segurança sobre se efetivamente as partes impetrantes tinham o direito líquido e certo contra essa decisão do CNJ, na medida em que, na essência, houve efetivamente uma violação da cláusula do edital. Quer dizer, é claro que essa é uma questão prévia, não tem a menor dúvida, nem se está propondo que primeiro se veja se tem razão para depois analisar a questão prévia; não é essa. É que houve um enfoque muito concentrado na questão de mérito no sentido de que só os quinhentos primeiros candidatos...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas há a causa de pedir no mandado de segurança que é a nulidade do processo administrativo, tanto que a matéria foi explorada, foi votada pela relatora.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, sem dúvida.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Não, e mais: e que foi atingido esse direito constitucional líquido e certo de ser ouvido; isso é mérito do mandado de segurança.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Exato. Agora, o que eu indagaria é que, então, como na realidade o voto foi um voto integral exatamente porque foram vários pontos relativos à matéria de mérito, eram só os primeiros quinhentos candidatos...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora) - E foi alegado como mérito.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - ... depois a administração pública resolveu admitir quase oitocentos candidatos, isso não era um direito líquido e certo. Há vários acórdãos, inclusive, com a participação de vários integrantes daqui, da Corte, hoje, no sentido de que a não vinculação a edital não gera direito líquido e certo a ninguém.

Mas há aqui um aspecto muito interessante que é o da extensão da

MS 28.594 / DF

garantia do devido processo legal, porque nós poderíamos nos deparar com a seguinte situação, às vezes, até paradoxal: suponhamos que nesse concurso dois mil candidatos tenham sido atingidos por esse ato. Seria obrigatória a convocação de dois mil candidatos para depois, então, nós recolhermos a solução administrativa?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ministro, isso foi admitido pela própria Relatora...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E o argumento é *ad terrorem*.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - ...que eram duzentos, com nomes certos e domicílios certíssimos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora) - Eram duzentos e quarenta e cinco.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, mas há concursos de milhares de pessoas com nomes certos e certíssimos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas quanto ao pedido, o Ministro Fux tem razão. Veja que o pedido é para que seja confirmada a liminar; conceder a ordem para:

"(...) reafirmando-se a ilegalidade e/ou o abuso de poder da decisão do CNJ, seja restabelecido o ato administrativo do TJ/MG, que definiu a nota de corte da primeira fase como sendo 75, permitindo, consideradas as notas da 2ª fase, que, de acordo com as notas dos impetrantes, se reconheça o direito líquido e certo para requererem a inscrição definitiva e, assim, mantidos no certame serem convocados para a prova oral".

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, Ministro, explora-se a nulidade do processo administrativo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Eu vou ler o pedido do mandado de segurança, página 27 do pedido, letra "c" do pedido.

MS 28.594 / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora) - De um dos mandados de segurança.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) -

"c) ao final, que seja mantida a liminar concedida e em definitivo, que seja concedida a segurança para anular e..."

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Então, este é um outro?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Há duas preliminares. Há duas: uma de incompetência do CNJ e outra de inobservância do devido processo legal.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Eu estou com esse pleito aqui do Estado de Minas Gerais e da Escola Judicial do Estado, o que é o suficiente para fulminar os outros mandados de segurança, e anular a decisão. E, subsidiariamente, reformar. Mas é subsidiário este pedido. O pedido principal é anular a decisão.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É, porque são duas coisas diferentes. Mas, veja, eu estou falando do Mandado de Segurança n. 28.651.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, então, como eu estou me deparando com essa jurisprudência da Corte nesse exato momento, eu confesso a Vossa Excelência que, em razão, por exemplo, de uma situação paradoxal como essa: dois mil candidatos atingidos por um ato do Conselho Nacional de Justiça...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - É o caso. Enquanto tivermos dois mil candidatos desconhecidos, a gente vai discutir. Aqui, não.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, dois mil candidatos conhecidos, inscritos, com identidade, endereço e etc.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - E

MS 28.594 / DF

Vossa Excelência acha que eu me sentiria legitimado a prejudicar duas mil pessoas por causa disso?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, claro que não. Mas o que eu quero discutir não é isso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Então Ministro, é o caso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Primeiro, eu quero saber se, realmente, essa é a orientação firme da Corte?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - A orientação do Tribunal é garantir a aplicação da norma constitucional.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Em segundo lugar, Senhor Presidente, o Direito brasileiro preconiza decisões **erga omnes** sem a convocação de muita gente, vem a parte representada e a decisão vale para

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Eu quero raciocinar como Vossa Excelência. Vamos pegar o caso da Súmula Vinculante nº 3. Suponhamos que haja uma decisão administrativa no TCU que tenha anulado ou revogado ato administrativo favorável a servidor público. A pergunta é: porque o Tribunal acha, num juízo que avança, que antecipa o mérito, que o servidor não tem direito subjetivo nenhum, sem violar súmula?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não. A resposta é absolutamente não. Agora, eu queria dizer a Vossa Excelência o seguinte: Vossa Excelência citou um exemplo clássico, a esfera jurídica de uma pessoa que vai ser atingida diretamente, ela não pode ser atingida sem ser ouvida, em obediência ao devido processo legal. Mas, aqui, há uma causa comum, geral, que o CNJ apreciou, sem qualquer projeção individual, sobre ser hígido, ou não, um concurso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - É outra matéria, Ministro.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Na realidade, não estava avaliando a situação particular de nenhum requerente. O Conselho Nacional de Justiça anulou um ato genérico. Então, o que eu gostaria,

MS 28.594 / DF

apenas, em razão dessa minha perplexidade - muito embora eu me curve, digamos, à certeza que os senhores têm sobre esse tema, eu até, evidentemente, me curvaria a isso. Mas eu me recordo de uma passagem, até muito interessante, que não é o caso aqui, mas só para nós podermos aliviar um pouco o ambiente: o psicoterapeuta Luiz Alberto Py disse que frequentava o manicômio judiciário, e todos que se apresentavam se diziam ser Napoleão; então, ele chegou à conclusão de que o que enlouquece as pessoas é a certeza. Então, eu não tenho essa certeza, eu gostaria de pedir vista.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Se Vossa Excelência me permite, esse famoso psicanalista, na verdade, repetiu o que Chesterton disse quase um século antes, quando escreveu: "não há nada a opor a alguém que diz "eu sou a Rainha da Inglaterra".

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Enfim, tenho, Senhor Presidente, severas dúvidas sobre essa extensão do princípio do devido processo legal nesses concursos em que há uma multiplicidade de pretendentes. Porque nós vamos criar, aqui, uma jurisprudência nesse sentido.

Então, eu vou pedir vênias a Vossas Excelências para poder pedir vista desta questão preliminar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora) - Ministro, antes, só um esclarecimento rapidíssimo, até para que os nobres Pares tenham ciência. Como eu trouxe quatro mandados de segurança, a leitura do pedido que Vossa Excelência fez foi do Mandado de Segurança nº 28.603, que é do Tribunal de Justiça de Minas.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - E da Escola Judicial.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora) - Então, neste caso, realmente, não havia essa preliminar, pela singela circunstância ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas por que Vossa Excelência, então, explorou a matéria no voto proferido?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora) - Como?

MS 28.594 / DF

Não, porque eu trouxe em conjunto porque os outros pediam. Só estou esclarecendo qual é o pedido que ele leu porque...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Porque Vossa Excelência abordou a matéria e afastou a nulidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora) - Claro, como eu disse Ministro, eu trouxe os quatro porque em todos eles se abordam as questões, as mesmas questões relativas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A nulidade é causa de pedir.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora) - Sim, eu só estou esclarecendo qual o pedido que ele leu porque o Ministro Gilmar Mendes se preocupou que ele estava lendo outro pedido, mas é porque são quatro mandados de segurança, só estou esclarecendo isso. A matéria, sim, é causa de pedir, foi abordada.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Agora, em todos eles, há essa causa de pedir: a nulidade do procedimento administrativo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora) - Nem sei se no 28.603, agora, o dos impetrantes, candidatos, sim.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E pede-se mais – a concessão da ordem quanto ao mérito.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora) - Mas, enfim, é apenas um esclarecimento para o Ministro Gilmar Mendes, para Vossa Excelência saber das diferenças de pedidos por ora.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - E eu chamei a atenção, porque, acolhido este mandado de segurança, os outros ficam prejudicados.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE SEGURANÇA 28.594

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

IMPTE.(S) : ANDRE RICARDO BOTASSO

ADV.(A/S) : MURILO REZENDE DOS SANTOS E OUTRO(A/S)

IMPTE.(S) : CARLA DE FÁTIMA BARRETO DE SOUZA E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : PEDRO LENZA

IMPDO.(A/S) : RELATOR DO PCA Nº 00060903920092000000 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

IMPDO.(A/S) : UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto da Senhora Ministra Cármen Lúcia (Relatora), denegando a segurança, e os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso (Presidente), concedendo-a, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Falou pelo impetrante o Dr. Pedro Lenza. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, em viagem oficial à Federação da Rússia, o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 18.05.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário

06/10/2011

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 28.594 DISTRITO FEDERAL

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Os Mandados de Segurança ora apreciados foram impetrados por candidatos ao Concurso Público de Provas e Títulos para provimento de cargos de Juiz de Direito Substituto do Estado de Minas Gerais; ressaltando-se que um dos *writs* foi impetrado pelo próprio Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

O edital que rege o aludido concurso determinava que apenas seriam selecionados para a segunda etapa os candidatos que ocupassem até a 500ª (quingentésima) posição na primeira etapa. Destarte, consoante esse critério, apenas aqueles candidatos que atingiram o grau 75 (setenta e cinco) estariam aptos a progredir à próxima fase.

Ocorre que a Administração decidiu anular 3 (três) das questões da prova, o que, conseqüentemente, elevou a nota de corte para 77 (setenta e sete), sendo certo que, não obstante, a Comissão do Concurso decidiu, para evitar surpresas lesivas à legítima expectativa dos candidatos, manter o grau 75 (setenta e cinco) como o mínimo para a progressão de fase, o que permitiu que 727 (setecentos e vinte e sete) candidatos pudessem realizar as provas discursivas.

Oriundos dos 227 (duzentos e vinte e sete) candidatos excedentes, os impetrantes lograram êxito nas demais fases do concurso, e puderam prosseguir no curso de formação.

A *vexata quaestio* consiste em definir se há nulidade no ato administrativo da Comissão do Concurso que permitiu a progressão dos impetrantes à segunda fase do certame. Nada obstante, também deve o

MS 28.594 / DF

Tribunal avaliar se há vício no ato administrativo do CNJ que excluiu os candidatos do certame, em virtude da ausência de contraditório.

Se é certo que o Concurso Público é regido pelo princípio da vinculação ao edital, não é menos verdade que diversos outros princípios pautam a atuação da Administração Pública nesta espécie de procedimento administrativo.

É que a Administração, como qualquer componente estatal, anseia por legitimidade. Essa legitimidade decorre, dentre outros fatores, do respeito pelos direitos e interesses juridicamente relevantes dos cidadãos. Com efeito, o ato administrativo é o momento de comunicação entre Administração e administrados, uma ponte de contato entre aqueles que legitimam e aquele que precisa ser legitimado, para que a formação e manifestação da vontade administrativa se realizem com o respeito e a colaboração dos particulares. Elucidativas, neste ponto, as palavras do professor da Universidade de Lisboa Vasco Pereira da Silva:

É, assim, que o conceito de acto administrativo – nascido inicialmente para defender a Administração do controlo jurisdicional e que, mais tarde, era entendido como o instrumento autoritário, por excelência, de uma Administração agressiva –, deixa de estar obcecado com a ideia do “poder administrativo”, libertando-se dos seus “traumas de infância”, e vai surgir como uma realidade multifuncional, em que a realização dos (por vezes, distintos e dificilmente conciliáveis) fins públicos é indissociável do respeito pelos direitos dos particulares (também eles, muitas vezes, múltiplos e díspares).

(...)

Desta forma, na actividade administrativa, interesse público e respeito pelos direitos dos particulares encontram-se indissociavelmente ligados, não se podendo realizar um sem o outro, pelo que a garantia das posições dos privados por intermédio do acto administrativo deixou de ser meramente formal, de simples verificação externa do exercício de um poder de autoridade alheio, para passar a

MS 28.594 / DF

ser inerente à própria escolha da Administração. (...) De meramente externa e relativa à execução, a salvaguarda dos direitos dos particulares tornou-se também interna e inerente à própria decisão administrativa.

(Em Busca do Acto Administrativo Perdido. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. p. 456-457)

Impende determinar, diante dessas premissas, se há direito tutelável por parte dos candidatos do certame que figuraram entre os 227 (duzentos e vinte e sete) excedentes. Uma conclusão positiva pode afastar a aplicação fria e literal da disposição editalícia que determinava que apenas 500 (quinhentos) candidatos prosseguiriam à segunda fase.

O primeiro fato a ser considerado é que a anulação das questões (fator que permitiu a modificação do rol de aprovados na primeira fase) resultou de erro da própria Administração Pública. Noutras palavras, a falha primordial partiu do Estado, não dos administrados, de modo que o ato que determinou que os ora impetrantes fossem excluídos do concurso vai de encontro ao princípio segundo o qual ninguém pode se valer da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

Algumas vozes poderiam se levantar argumentando que o “poder” de autotutela administrativa permitiria a declaração da nulidade do ato de ofício, em virtude da contrariedade ao edital. Pondere-se, todavia, que, nas palavras de Agustín Gordillo, “*el acto nulo no puede ser revocado cuando de él han nacido derechos subjetivos que se estén cumpliendo*” (em tradução livre: “o ato nulo não pode ser extinto quando dele tenham nascido direitos subjetivos que estejam sendo cumpridos”). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 3. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. XI-25). A par das divergências doutrinárias, entendo que a Administração Pública é obrigada a proceder à sanatória do ato quando não houver lesão à legítima expectativa de terceiros de boa-fé.

MS 28.594 / DF

A lição de Marçal Justen Filho é perfeitamente adequada para a hipótese:

O primeiro passo na teoria contemporânea das nulidades administrativas reside na superação de concepções formalistas mecanicistas na conceituação da nulidade.

Em época pretérita, conceituava-se nulidade como a ausência de conformidade entre um ato concreto e o modelo normativo abstrato. (...)

Mas a evolução cultural tende a superar a compatibilidade externa como critério de validade e de invalidade. Cada vez mais, afirma-se que a validade depende da verificação do conteúdo do ato, da intenção das partes, dos valores realizados e assim por diante.

A nulidade deriva da incompatibilidade do ato concreto com valores jurídicos relevantes. Se certo ato concreto realiza os valores, ainda que por vias indiretas, não pode receber tratamento jurídico equivalente ao reservado para atos reprováveis. Se um ato, apesar de não ser o adequado, realizar as finalidades legítimas, não pode ser equiparado a um ato cuja prática reprovável deve ser banida.

A nulidade consiste num defeito complexo, formado pela (a) discordância formal com um modelo normativo e que é (b) instrumento de infração aos valores consagrados pelo direito. De modo que, se não houver a consumação do efeito (lesão a um interesse protegido juridicamente), não se configurará invalidade jurídica.

(Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 253)

A indagação correta, portanto, é: a admissão dos impetrantes à segunda fase do certame violou algum interesse protegido juridicamente? A resposta é desenganadamente negativa.

O alargamento do rol de candidatos aprovados obedeceu a critérios objetivos e impessoais – todos aqueles que seriam aprovados sem a anulação das questões foram mantidos no Concurso, bem como aqueles que só poderiam prosseguir no certame se valendo dos

MS 28.594 / DF

pontos decorrentes da anulação. Não houve prejuízo a ensejar a nulidade, pelo que é claramente aplicável o princípio *pas de nullité sans grief*.

Nem se alegue que o aumento do número de aprovados pode ter servido como parte de estratégia fraudulenta, já que sequer há indícios de que isto tenha ocorrido. Seria absolutamente iníquo fulminar as expectativas legítimas dos impetrantes em razão de uma mera suposição.

A bem de ver, a decisão da Comissão do Concurso serve à promoção dos valores fundamentais da República brasileira, fundada na meritocracia. O acesso aos cargos públicos deve ser feito por aqueles que mais demonstrem méritos para servir à coletividade. *In casu*, os impetrantes comprovaram, por qualidade própria, que têm a capacidade necessária para assumir o cargo que pretendem.

Ora, se inexistente prejuízo a terceiros, se o ato beneficia a Administração, pois alargou as chances de selecionar candidatos qualificados, e se há a expectativa legítima dos impetrantes a ser protegida, é indefensável a declaração de nulidade do ato administrativo.

Hartmut Maurer, na doutrina alemã, ocupou-se do tema com notável precisão:

A questão da retratação de atos administrativos benéficos é dominada por dois princípios que se antagonizam. O princípio da legalidade da administração, que exige o restabelecimento do estado legal e, por conseguinte, a retratação do ato administrativo antijurídico, deve, hoje tanto como antes, ser observado. A ele, porém, se opõe – e esse conhecimento foi o fundamento para a modificação da jurisprudência – o princípio da proteção à confiança, que pede a consideração da confiança do beneficiado na existência do ato administrativo promulgado pela autoridade e, com isso, a manutenção do ato administrativo antijurídico. (...) O ato administrativo benéfico antijurídico somente pode ser retratado quando o princípio

MS 28.594 / DF

da proteção à confiança não se opõe.

(Direito Administrativo Geral. Trad. Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006. p. 323-324)

À Comissão do Concurso, norteadada pelo princípio da razoabilidade, somente caberia tomar a decisão que efetivamente tomou: manter a nota de corte anterior e a precoce lista de aprovados, acrescentando os beneficiados pelo resultado do julgamento dos recursos. Qualquer outra decisão importaria em prejuízo à legítima expectativa dos candidatos que constavam da primeira lista de aprovados.

É preciso ter em conta que o modelo da chamada “nota de corte” visa principalmente à facilitação da correção das provas por parte da banca examinadora. A sua mitigação pontual não gera prejuízos aos participantes do concurso. Ao revés, amplia a competitividade. Na perspectiva do interesse da Administração Pública, traduzido na possibilidade de seleção dos candidatos mais capacitados para o provimento de cargos em disputa, a solução adotada pela comissão não causou nenhum gravame a quem quer que seja.

No ensinamento de Lúcia Valle Figueiredo, nesse tipo de caso, o único “*valor a proteger seria o cumprimento da ordem jurídica. Mas, por outro lado, encontram-se outros valores, também albergados no ordenamento, merecedores de igual proteção, como a boa-fé, a certeza jurídica, a segurança das relações estabelecidas. Em casos tais – ausência de dano bem como a necessidade de proteção de outros valores –, a Administração não deve anular seu ato viciado, pois o sistema repeliria tal proceder*” (Curso de Direito Administrativo. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 257).

O ato do Conselho Nacional de Justiça, que considerou inválida a admissão dos candidatos “excedentes”, pretende sobrepor uma regra editalícia à própria Constituição, da qual se extrai o princípio da proteção da confiança legítima, inerente à segurança jurídica (art. 5º, *caput*, CRFB), e o princípio da moralidade (art. 37, *caput*, CRFB), que determina que a

MS 28.594 / DF

Administração deve sempre proceder de boa-fé.

Sobre a proteção da confiança, valho-me da autorizada doutrina de Valter Shuenquener de Araújo, cujas lições passo a transcrever:

“devemos ser os principais responsáveis pelas vantagens e desvantagens que surgirem como conseqüências de nossas opções, o que obriga o Estado a respeitar nossas preferências, mormente se elas estiverem dentro de uma moldura normativa autorizada pela ordem jurídica. **O princípio da proteção da confiança deve, por exemplo, impedir intervenções estatais que façam desabar projetos de vida já iniciados.** (...) A sociedade não pode apenas olhar para o presente e criar, através do Estado, normas que esvaziem por completo os planos individuais planejados no passado. As aspirações de mudança surgidas no seio popular e materializadas por atos estatais também merecem ser contidas na exata extensão em que vierem a ofender expectativas legítimas de particulares. (...) O princípio da proteção da confiança precisa consagrar a possibilidade de defesa de determinadas posições jurídicas do cidadão diante de mudanças de curso inesperadas promovidas pelo Legislativo, Judiciário e pelo Executivo. Ele tem como propósitos específicos preservar a posição jurídica alcançada pelo particular e, ainda, assegurar uma continuidade das normas do ordenamento. Trata-se de um instituto que impõe freios contra um excessivo dinamismo do Estado que seja capaz de descortear a confiança dos administrados. Serve como uma justa medida para confinar o poder das autoridades estatais e prevenir violações dos interesses de particulares que atuaram com esteio na confiança.”

(O Princípio da Proteção da Confiança. Uma Nova Forma de Tutela do Cidadão Diante do Estado. Rio de Janeiro: Impetus, 2009 – grifo nosso)

E não há nenhuma imprecisão dogmática em conferir primazia aos princípios sobre a regra no caso concreto, pois, como explica Robert

MS 28.594 / DF

Alexy, “o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado” (Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 141).

Ao tratar da proteção da boa-fé dos administrados, bem alertam Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari que “muitas vezes o cumprimento de disposição literal da lei, para a alegada satisfação do interesse público, não passa de uma simples desculpa, acobertando graves injustiças e evidentes delitos” (Processo Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 105).

Além disso, não se pode negar que também haveria afronta ao edital caso a Comissão do Concurso apenas houvesse autorizado a continuidade no certame dos 500 (quinhentos) melhores colocados na primeira fase após as anulações de questões. É que a norma editalícia previa que a prova objetiva seria composta por “cem questões de múltipla escolha”, quando, na verdade, só foram consideradas 97 (noventa e sete) questões válidas, fruto de erro na elaboração do exame.

Por tais motivos, entendo que a ordem deve ser concedida, considerando-se sanado o ato administrativo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que definiu a nota de corte da primeira fase do Concurso Público de Provas e Títulos para Provimento de Cargos de Juiz de Direito Substituto do Estado de Minas Gerais.

Inobstante, deve ser examinada a alegação de nulidade do ato do Conselho Nacional de Justiça por violação ao princípio do contraditório. E, novamente, assiste razão à impetração.

O princípio do contraditório ocupa lugar de destaque na concepção neoconstitucionalista de Estado. O novo Estado Democrático brasileiro não mais se caracteriza pela imposição unilateral de suas decisões,

MS 28.594 / DF

abrindo-se, ao contrário, aos influxos das opiniões dos administrados. Este o modelo de Administração Pública consensual, que Diogo de Figueiredo Moreira Neto explica, com precisão:

Ocorre, assim, uma nova e rica forma de limitação do exercício indiscriminado da coação pelo Estado. O que, no distante passado, se superou pela religião; no Estado Liberal, pela legalidade; no Estado Democrático, pela legitimidade, agora, no Estado Pluriclasse Democrático e de Direito, se alcança em acréscimo pela participação e pelo consenso.

(Administração Pública Consensual. Carta Mensal, vol. 42, nº. 500. Rio de Janeiro: CNC, 1996. p. 67)

A democracia participativa, tal como delineada na Carta Magna de 1988, se caracteriza por permitir a todo cidadão especialmente atingido por um provimento estatal, influir na produção dessa decisão. O inciso LV do art. 5º da Lei Maior não deixa dúvidas, exigindo a observância do contraditório também na seara administrativa.

Esse raciocínio inspirou, a título ilustrativo, a edição do enunciado nº 3 da Súmula Vinculante desta Corte, que assim dispõe: “*Nos processos perante o tribunal de contas da união asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão*”.

Como o ato de aprovação dos ora impetrantes representava um ato administrativo benéfico, a sua anulação deveria contar com a prévia instauração do contraditório entre os particulares envolvidos e a Administração. Como, na espécie, a anulação não foi precedida de informação e possibilidade de manifestação, o ato do Conselho Nacional de Justiça é nulo de pleno direito, a teor do art. 5º, LV, da CRFB e do art. 2º da Lei 9.784/99, dispositivos nos quais está previsto o princípio do contraditório como de observância cogente pela Administração Pública.

MS 28.594 / DF

Ex positis, voto pela concessão da ordem, com a manutenção dos impetrantes no Concurso Público de Provas e Títulos para Provimento de Cargos de Juiz de Direito Substituto do Estado de Minas Gerais.

06/10/2011

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 28.594 DISTRITO FEDERAL

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Aqui eu só queria fazer um parênteses, porque, naquela oportunidade, nós discutimos se, nesses casos, todos aqueles candidatos deveriam ser citados ou não, e isso levaria a uma anulação por um vício formal.

É a oportunidade em que o Ministro Marco Aurélio sugeriu que aplicássemos o artigo 249, § 2º, do Código de Processo Civil, que dispõe que não se decretará nulidade a favor da parte a quem interessa essa sanção processual. Então, anular tudo para mandar de novo para o CNJ ou vamos aproveitar tudo o que já foi feito, porque eles passaram no concurso. Foi a sugestão de Sua Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Se é possível decidir o mérito a favor de quem aproveitaria a declaração da nulidade, cumpre fazê-lo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E foi muito importante essa estratégia de Vossa Excelência, porque ela inverte a ordem do julgamento. Nós vamos ter de verificar se eles têm condições de aprovação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quando é penada única, é muito fácil. No Colegiado, é preciso ir ao mérito para depois, se for o caso, chegar à nulidade.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E aí torna a nulidade até algo inofensivo e ineficiente para o processo.

06/10/2011

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 28.594 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor Ministro Luiz Fux, Vossa Excelência me permite, só para me situar melhor, um aparte na discussão do tema?

A premissa dos votos, até agora proferidos, é de que não houve prejuízo para os concorrentes, os competidores.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A nenhum.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - E, nessa medida, o que seria em princípio proibido, alterar o edital, alterar as regras do jogo com o jogo em andamento, seria desconsiderado, porque nenhum dos competidores - concurso é certame, é competição - foi prejudicado. Mas eu queria colocar um pouquinho de complicador nesse raciocínio para ver se a premissa permanece.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Ministro, Vossa Excelência me permitiria, como Relatora?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Claro.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Com todo o respeito, obviamente. Este é um caso em que vencida ficarei muito satisfeita, porque teria mais provimentos lá.

O edital é taxativo: os quinhentos primeiros, na primeira fase, passariam para a segunda. Após esta primeira fase, houve uma anulação, nos recursos, de três questões, o que modificava esses quinhentos. Em vez de haver essa modificação, portanto, anulados os concursos, rever quem eram aqueles quinhentos, agora com essas três questões anuladas nos

MS 28.594 / DF

termos rigorosos do concurso, o Tribunal preferiu aumentar. E, aí, já conhecidos. Por isso não falei, em meu voto, em outro que não o princípio da impessoalidade, uma vez que já eram conhecidos aqueles que não tinham passado porque não tinham atingido e que teriam sido atingidos. E, aí, eles então alteram, deixam entrar todos aqueles inicialmente que seriam afastados nessa fase, por conta dessa anulação de questões, e simplesmente incluíram mais duzentos e quarenta e cinco. Aí não contando mais o critério "nota de corte", que é do edital, mas que todos aqueles que tivessem também sido atingidos pela anulação, então, em vez de serem quinhentos, passaram a ser um pouco menos de setecentos e cinquenta.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Agora, só uma questão, porque diz respeito ao edital. Nesse caso, se nós ficarmos nessa questão da sacralidade do edital, o que vai ocorrer?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - É porque, para mim, realmente o edital é lei interna do concurso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Se correr, o bicho pega, se ficar, o bicho come. Por quê? Se alteraram, eventualmente, o edital para incluir setecentos e vinte e sete, alteraram a nota de corte do edital também.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - O edital não fixa nota de corte.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, mas eles alteraram a nota de corte depois do edital.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - O edital não fixa nota de corte, fixa um número: quinhentos. Agora, fixado isso, eles resolveram que passariam em setenta e cinco. E por que isso

MS 28.594 / DF

aconteceu?

Só um esclarecimento, para deixar claro: não foi o próprio Tribunal de Justiça que reconheceu que eles poderiam continuar, foi a liminar que eu deferi, por isso eles continuaram, eles impetraram aqui. Por quê? Porque a questão foi levada ao Conselho Nacional de Justiça, dizendo respeito à observância do edital do certame, e o Conselho Nacional de Justiça então resolveu anular o ato relativo àquele concurso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Relativo a quê?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - A essa mudança do edital, afirmando exatamente que, neste caso, estariam quebrados os princípios da impessoalidade e da legalidade, porque o critério que tinha levado a esses setenta e cinco pontos, quer dizer, chegou em quinhentos, cortou. Então, era com setenta e cinco pontos, na hora da anulação, foi a setenta e sete.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu posso dar um dado de fato, Ministro Carlos Ayres?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Só para esclarecer, muito obrigada.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Veja o seguinte, eles prosseguiram realmente com a liminar da Ministra Cármem que, num primeiro momento, permitiu que eles prosseguissem.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Eles passaram, foram aprovados.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eles prosseguiram e passaram. Então, por que o CNJ interferiu, digamos assim, revogando a possibilidade aberta pela Ministra Cármem que eles prosseguissem?

MS 28.594 / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Não, é contra o ato. O Conselho Nacional de Justiça atuou antes.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Sim, mas Vossa Excelência permitiu que eles fizessem a segunda fase.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Claro, porque senão acaba o concurso, isso é igual a uma licitação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas indiretamente o Conselho Nacional de Justiça atacou o ato de Vossa Excelência também, indiretamente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Não, o mandado de segurança, Ministro, é contra o ato do Conselho Nacional de Justiça.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas é uma maneira diferente de dizer.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E quem teria reclamado perante o Conselho Nacional de Justiça?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, Ministro Marco Aurélio. Mas o mais importante, Ministro Carlos Ayres, para Vossa Excelência: quem é que Vossa Excelência acha que foi ao CNJ para pedir que esses duzentos e vinte e sete, que passaram na outra etapa, não fossem admitidos porque isso violava o edital? Quem se inscrevera, segundo esse edital, e que não fora aprovado na fase posterior.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu só quero que isso fique bem claro. Se o edital permanecesse íntegro na sua redação

MS 28.594 / DF

originária, primitiva, naturalmente, passariam para a segunda fase, observada a nota de corte, só os quinhentos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Somente os quinhentos primeiros.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Os quinhentos primeiros.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Com a flexibilização de uma ou mais cláusulas editalícias...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E eles passariam.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Esses sim, esses passariam de qualquer jeito; mais duzentos e poucos passaram.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Setecentos e vinte e sete passaram à fase seguinte.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Veja o meu raciocínio. Como o concurso é competitivo, é competição, e o recrutamento dos aprovados far-se-á por uma ordem descendente de classificação, naturalmente os quinhentos tiveram prejuízo, porque eles concorreram na segunda fase não com quinhentos, mas com setecentos e poucos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Setecentos e quarenta e cinco.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, sobraram vagas. Qual é o prejuízo?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eles tiveram o seu

MS 28.594 / DF

âmbito de competição prejudicado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O prejuízo decorreu da ausência de habilitação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Mas não foram os setecentos que foram aprovados, os setecentos foram aprovados na primeira...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - E os duzentos foram excluídos pelo Conselho sem terem sido ouvidos, esse é o problema.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Sem o quê?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Serem ouvidos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Esta é a segunda fase que eu até falei no final do voto.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Então, os quinhentos tiveram prejuízo no plano da competitividade, porque o universo dos competidores aumentou na segunda fase.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu não tenho essa ótica, **data venia**.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Eles não competem entre si, a não ser no caso de aprovação de número superior ao de vagas.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - E já não eram mais quinhentos, como estava no edital, era a nota de corte.

MS 28.594 / DF

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - A menos que raciocinássemos assim: como não houve prejuízo, digamos assim, para ninguém, porque os quinhentos foram aprovados também, mas acontece que a ordem de classificação deles pode ter sido alterada por efeito da competição com mais duzentos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não foi alterada.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ninguém reclamou, Ministro.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - É o que o Conselho Nacional de Justiça - e eu estou mantendo isso -, da decisão do CNJ, o Ministro Gilmar dá um longo voto, era só isso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu só quero concluir, Excelência, se me permite.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Claro, por favor.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Então, a admitir a flexibilização do edital, talvez fosse mais prudente estabelecer duas ordens de classificação: de quinhentos e outra ordem dos duzentos que entraram. Os duzentos competiriam entre si, mas os quinhentos competiriam só com os quinhentos e não com os setecentos. E não se anularia o concurso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Ministro Ayres, votei no sentido da denegação da ordem porque não vi - neste ponto, o questionamento que ficaria seria o fato de não serem chamados esses outros duzentos e, com isso eu concordo -, mas deneguei porque

MS 28.594 / DF

considerarei que o Conselho Nacional de Justiça, acionado, decidiu que realmente havia afronta ao princípio da impessoalidade, porque quando chamaram aqueles duzentos, eles eram conhecidos e, segundo, o edital não fala em nota de corte; só fala nos primeiros quinhentos. Os setenta e cinco são porque, quando chegou nos quinhentos, cortou. O último, aqui, qual era a sua nota? Setenta e cinco, por isso é que foi nota de corte. Mas isso não é critério do edital. Então, considerarei hígido, juridicamente, o ato do Conselho Nacional de Justiça, porque um edital é a lei interna e, se começar assim, nenhum edital no Brasil mais vale de nada, porque, se toda a vez, basta ter passado...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Essa flexibilização é...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - **Data venia.** Queria pedir vênia porque essa é uma visão extremamente positivista, porque, na verdade, Ministro Ayres, não acho que haja prejuízo nenhum em competir com os melhores em número maior. Isso não é prejuízo para ninguém. Quem passa, passa, e quem não passa, não passa. Isso em primeiro lugar.

Em segundo lugar, o edital falava em cem questões. Se eles anularam três, acabaram restando noventa e sete questões. Eles aprovariam os quinhentos com base em noventa e sete questões e não mais em cem questões. Depois disso, como se pode falar em violação de princípio de impessoalidade com uma permissão de que participem duzentos e vinte e sete candidatos que foram aprovados?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Todos conhecidos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, por que o Tribunal anulou a nota de corte? Se eram conhecidos, não foi essa a prova, Ministra Cármem, que foi para favorecer.

MS 28.594 / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Não. Para favorecer é outra coisa, não estou falando em favorecimento. Estou **dizendo que eram conhecidos.**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A discussão, aqui, é estritamente jurídica sob o ângulo formal e sob o ângulo material.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Claro. Não estou falando disso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Estou colocando o ângulo material à frente para poder conciliar as posições que foram aqui expostas antes do meu pedido de vista.

Vossa Excelência aludiu à violação do devido processo legal e eu estou entendendo que isso pode ser analisado depois porque, como a competência é originária, podemos aplicar o artigo 249, § 2º. Eles não cometeram nenhum ilícito, a Administração permitiu que eles prosseguissem, o próprio Tribunal é parte legítima porque quer os melhores, a Administração é que cortou a nota e, portanto, violou o edital admitindo mais duzentos e vinte e sete candidatos. Violou o edital também porque disse que seriam cem questões e, se levar os quinhentos, seriam só noventa e sete questões.

E, aí, prossigo eu, não há nenhuma imprecisão em nós darmos prevalência, aqui, ao princípio da confiança legítima inerente à segurança jurídica e ao princípio da moralidade que se deve sempre impor à Administração, porque houve uma mudança de paradigma, agir com boa-fé. Decidimos, aqui, que a Administração que realiza concurso gera para o candidato direito subjetivo à nomeação e só se ela justificar porque não nomeia é que o candidato deve se conformar. Então, houve uma mudança nesse paradigma. A Administração não pode tudo. E não há nenhuma imprecisão dogmática em conferir-se primazia a esses princípios. E aqui cito um breve texto do Professor Alex no sentido de que o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não

MS 28.594 / DF

ser que as razões para outras determinações, que não aquelas definidas no nível das regras, sejam tão fortes que também o princípio da vinculação literal da Constituição possa ser afastada.

E prossigo:

Ao tratar da proteção da boa-fé dos administrados - cito Sérgio Ferraz, Adilson Abreu Dallari, etc... Além disso, não se pode negar que também haveria afronta ao edital caso a comissão do concurso apenas houvesse autorizado a continuidade do certame dos quinhentos melhores colocados - Ministro Ayres, talvez agora respondendo a sua indagação que a sua inteligência o fez antes da hora - na primeira fase após a anulação das questões. É que a norma editalícia previa que a prova objetiva seria composta por cem questões de múltipla escolha quando, na verdade, só foram consideradas noventa e sete questões válidas, fruto de erro da própria Administração na elaboração do exame.

Por tais motivos, eu entendo, **data maxima venia** das opiniões em contrário, que a ordem deve ser concedida considerando sanado o ato administrativo do Tribunal de Justiça de Minas, que definiu a nota de corte da primeira fase do concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de juiz de direito substituto do Estado de Minas. Não obstante, deve ser examinada, também, a alegação de nulidade do ato do Conselho Nacional de Justiça por violação ao princípio do contraditório. O princípio do contraditório ocupa um lugar de destaque no Estado Democrático de Direito, não preciso dizer isso, e nenhum deles foi ouvido. A democracia participativa, tal como delineada na Constituição Federal, caracteriza-se por permitir que todo cidadão, especialmente atingido por um provimento estatal, que influi na sua esfera jurídica, deve participar do processo de fabricação dessa decisão. O inciso LV da Constituição Federal não deixa dúvida sobre isso. Esse raciocínio, inclusive, inspirou o enunciado nº 3 da Súmula Vinculante, que: "Nos processos perante o tribunal de contas da união asseguram-se o contraditório e a ampla defesa(...)".

Como o ato da aprovação dos impetrantes representava um ato administrativo benéfico, e sua anulação deveria contar com a prévia

MS 28.594 / DF

instauração do contraditório entre os particulares envolvidos e a Administração, e como, na espécie, a anulação não foi precedida de informação e de possibilidade de manifestação, conforme inúmeros membros aqui do Tribunal já se manifestaram, o ato do Conselho é nulo de pleno direito a teor do artigo 5º, LV, da Constituição Federal brasileira e artigo 2º da Lei que regula o procedimento administrativo, dispositivos nos quais está previsto o princípio do contraditório como observância cogente pela Administração Pública.

Agora, sim, é que vem a parte final - com essa questão formal, até a Ministra Cármen Lúcia concorda. Mas entendo que a Suprema Corte, nesse caso, pode dar um passo adiante. Eles foram aprovados no concurso. Nós vamos anular, agora, tudo isso, vamos anular ou dar a deliberação do Conselho Nacional de Justiça para que eles possam participar de um processo, comprovando tudo o que comprovaram no processo judicial: que não houve prejuízo a ninguém, que não houve ilegalidade nenhuma, que não houve nenhuma ofensa ao princípio da impessoalidade. De sorte que justiça é algo que se sente, não é algo que se aprende. Acho justo que apliquemos essa solução preconizada pelo Ministro Marco Aurélio, a competência originária. O artigo 249, § 2º, permite ao juiz não declarar a nulidade, se ela vai favorecer a quem o mérito já favorece.

Então, pedindo vênias às opiniões em contrário, Ministro Peluso, eu concedo a segurança para que eles ingressem na carreira, tomem posse. Eles já passaram em todas as provas.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - É, mas não sei se isso faz parte de algum pedido. Esse é o meu problema. Eu não teria nada a opor quanto a essa solução, desde que isso seja parte de algum pedido.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ah, bom! Isso é verdade.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu só tenho dificuldade

MS 28.594 / DF

em absorver a tese do Ministro Luiz Fux porque não estou concordando com a premissa de que não houve prejuízo. Ora, os primeiros quinhentos tiveram prejuízo na classificação porque passaram a disputar suas vagas perante setecentos disputantes, competidores, e não perante quinhentos, na segunda fase.

Daí, eu tentaria salvar o concurso estabelecendo duas classificações: os primeiros quinhentos entre si mesmos pegariam as melhores vagas, e os remanescentes, duzentos e pouco, também entre si mesmos. Aí, o concurso seria salvo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Mas o concurso já terminou, Ministro! O concurso já terminou.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu não anularia nada, entendeu?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Eles já foram nomeados. E acho, Ministro Carlos Britto, com todas as vênias e obviamente respeitando a decisão do Tribunal, eu só queria chamar a atenção para um dado: esta decisão significa que a flexibilização do edital pode possibilitar que a organização de concursos públicos altere a quantidade, inclusive, de aprovados conforme mudanças havidas em decorrência de anulação de questões, que é uma coisa absolutamente natural...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É natural.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - E que isso também signifique, pelo menos na tendência vencedora, que o edital não tenha essa firmeza - Ministro Fux acaba de dizer, e nesse ponto nós temos uma divergência -, eu acho que o edital é, sim, algo que só pode ser superado em condições especialíssimas.

MS 28.594 / DF

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Excepcionalíssimas!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Porque, realmente, eu não vislumbrei no caso, tanto que o Conselho Nacional de Justiça, acionado, mandou que se cumprisse o edital. Peço vênica a Vossa Excelência, continuo mantendo tudo que escrevi e pensei, continuo achando que é uma segurança. Acho que o princípio da legalidade administrativa também é isso, mas respeito absolutamente as opiniões contrárias.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Vossa Excelência está decidindo na linha daquele juízo famoso e acertadíssimo de Hely Lopes Meirelles, segundo o qual o edital é a lei interna da concorrência.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E eu tenho medo dessa flexibilização, porque isto vai poder acontecer diante da sinalização do Supremo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, se me permite, não estou aqui conferindo uma carta de alforria para que o edital seja apenas uma referência, o edital é o critério do concurso. Mas, como aludiram os próprios Ministros Ayres Britto e Cármem Lúcia, só em hipóteses excepcionais. Essa é uma hipótese excepcional, porque o edital previa cem questões e, na verdade, a comissão teve que se valer de noventa e sete.

Em segundo lugar, hoje, no Direito Administrativo, até respeito essa ortodoxa opinião de que o edital tem uma sacralidade insuperável, agora o que eu não posso admitir é que eu tenha que analisar todas essas questões partindo da premissa da má-fé. Eu parto da premissa de que os cidadãos estão de boa-fé. Não houve prova de fraude, não houve indício.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Ministro, isso não foi aventado nem no meu relatório nem em nenhuma

MS 28.594 / DF

linha do meu voto. Não foi aventado nem pelas partes nem por ninguém.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas Vossa Excelência agora afirmou que, se isso for aprovado, que é um caso excepcionalíssimo, pode dar ensejo a várias fraudes.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - A flexibilização dos editais.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Nós não estamos aqui julgando um caso que seja tão simples assim que permita criar um parâmetro para fraude. Esse é um caso excepcionalíssimo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Flexibilizar edital não é fraude, absolutamente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Tanto que Vossas Excelências, antes de eu pedir vista, votaram pela anulação do ato do CNJ, e eu, então, entendi de pedir vista porque observo que essa sugestão oferecida pelo Ministro Marco Aurélio nas causas de competência originária permitem que a Corte resolva os problemas.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - É que primeiro eles pediram alternativamente de prosseguir no concurso. Isso pode ser concedido.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Mas o concurso já acabou, Ministro.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Então, mas se eles foram aprovados, eles não estão garantidos?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Foram

MS 28.594 / DF

aprovados, exatamente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Foram aprovados.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) -Então, se eles foram até o fim do concurso, estão aprovados.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Estão aprovados.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Estão aprovados, é isso. A concessão é para isso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Então tornar definitiva a ordem para validar a sua continuidade no concurso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, em última análise, o ato do Conselho Nacional de Justiça apenas agasalha o interesse daqueles que teriam a expectativa de direito.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Nem isso, porque eles não passaram.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vou explicar por quê. Ou seja: de possíveis candidatos a um subsequente concurso, no que excluídos oito que passaram e que não estavam entre os quinhentos que normalmente iriam à segunda etapa, haveria mais oito vagas. O nosso Direito não agasalha, não protege a mera expectativa de direito. Portanto, não há prejuízo para ninguém.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Se Vossa Excelência reformulasse a proposta para conceder a segurança a fim de que ficasse validada a continuidade deles no concurso até o final, estaria resolvida a questão, porque quem passou, passou, quem não

MS 28.594 / DF

passou, não passou.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu concordo com a sugestão de Vossa Excelência.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Não, eu vou manter o meu voto pela denegação.

06/10/2011

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 28.594 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, inicialmente, gostaria de consignar que o art. 3º da Lei nº 9.784/99, a Lei do Processo Administrativo, diz que:

"Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

I - ...

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;"

O capítulo V da mesma lei fala dos interessados:

"Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo:

I - ...

II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;"

O que houve aqui no caso? A banca examinadora do Tribunal de Justiça de Minas Gerais chamou mais de quinhentos.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) –
Duzentos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

MS 28.594 / DF

Duzentos e quarenta e cinco?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Duzentos e vinte e sete.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) -
Duzentos e quarenta e cinco.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Duzentos e vinte e sete, não é?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Acima do limite de quinhentos fixado no edital. Criou-se uma expectativa, criou-se um interesse desses candidatos. Um dos aprovados aciona o CNJ. O que é o Tribunal de Justiça de Minas Gerais? É o Estado, faz parte do gênero poder público, é o Estado. O que é o CNJ? Também é Estado. O Estado (TJ/MG) vem e diz uma coisa ao jurisdicionado: “o senhor pode participar da segunda fase do certame”. Cria evidentemente um interesse: a pessoa se muda, vai fazer curso, vai estudar, pode deixar o seu trabalho. O Estado-administrador, gestor (TJ/MG), diz: “pode ir para a segunda fase do certame, o senhor cidadão está habilitado à segunda fase do certame”. Depois, vem o Estado-fiscalizador (CNJ) e diz a este mesmo cidadão que o Estado-gestor errou na sua atuação, sem contudo cumprir o predicado da lei, que, todos nós sabemos, nada mais é que dar cumprimento à Lei nº 9.784, nada mais é a não ser dar cumprimento à premissa constitucional da garantia do devido processo legal e da ampla defesa, inclusive, em processo administrativo. Ou seja, sem ouvir este cidadão antes.

Pois bem, o Estado não pode atuar dessa forma. O Estado não pode fazer do cidadão, do jurisdicionado, do administrado, um “joguete” entre as suas instituições. A partir do momento que o Estado convocou essas pessoas para participarem do certame, tinham elas o direito de participar do processo administrativo no CNJ. E tinha o CNJ o dever de ter citado esses cidadãos para se defenderem no processo administrativo.

MS 28.594 / DF

Nos debates da sessão anterior, o Ministro Marco Aurélio fez uma pergunta enquanto o Ministro Peluso fazia o seu pronunciamento: E se não houvesse o acionamento do CNJ? O que teria ocorrido? Teria ocorrido que eles estariam hoje, talvez, participando e, se já concluído o certame, aprovados.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) -
Participando de determinado concurso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Dos duzentos e vinte e sete, oito passaram.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:
Empossados.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E mesmo assim, sobraram vagas. Vale dizer: não excluíram quem quer que seja.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:
Então, a primeira questão que eu coloco é essa: da necessidade, realmente, do cumprimento da Constituição e das normas infraconstitucionais do contraditório e da ampla defesa. Nós não podemos admitir que o Estado faça do cidadão um "joguete" entre os seus órgãos e as suas instituições.

Mas se põe a questão da superação, ou não, dessa nulidade que eu vejo e assento, preliminarmente, no julgamento do CNJ.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) -
Ministro, Vossa Excelência, me permitiria um segundo só? Eu concordo com o que Vossa Excelência acaba de dizer, mas como já faz muitos dias: eu superei isso porque seria em desfavor dos impetrantes; se eles fossem chamados agora, de novo, já que eles já foram aprovados, ou bem a solução que agora o Tribunal aventa, e deve concluir no sentido de que

MS 28.594 / DF

eles sejam aproveitados, ou bem a gente assentaria isso. Por isso eu concordo quanto ao devido processo, mas superei no meu voto, e meu problema ficou sendo a questão do edital, exatamente, porque, como foi acionado o CNJ, se nós fôssemos considerar que esta é uma nódoa, digamos, insuperável, isto não seria em benefício deles. Só para deixar claro que eu concordo com Vossa Excelência quanto a esse dado.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas, de qualquer sorte, a causa impõe, se manifesta e, inclusive, foi objeto de pedido expresso dos impetrantes essa nulidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - É, e por causa, exatamente, da questão. Mas seria contra eles.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Sobrevém a questão relativa às normas do edital e se a decisão da banca examinadora extrapolou os mandamentos constitucionais do art. 37 da Constituição. E o critério adotado parece que foi um critério objetivo. O critério objetivo adotado foi a manutenção de uma nota de corte da anterior proclamação do resultado até o quingentésimo colocado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? Não há nem repercussão quanto à classificação, porque aqueles que passaram e estavam entre os quinhentos já se encontram em exercício. Apenas esses oito permanecem no limbo. E volto a repetir o que li uma vez em um romance – e é muito importante, para aquele que opera com o Direito, ler romance, fortalecendo a formação humanística: “Quando uma luz se apaga, é muito mais escuro do que se ela jamais houvesse brilhado” – *O inverno da nossa desesperança*, de John Steinbeck. Eles continuaram no concurso, foram aprovados, havia vagas sem preencher, sobrando outras para a feitura de um segundo concurso, e, agora, mediante um ato simplesmente formal, potencializando-se, a mais não poder, o edital na redação primitiva, vão ser alijados.

MS 28.594 / DF

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Se me permite, Ministro Peluso, também acho que Vossa Excelência com a sua proposta tentou conciliar bem as coisas.

Ministro Dias Toffoli, também me permita essa nova intervenção? Estou observando que não houve alteração das regras do edital, **sponte propria** da Administração, ou seja, houve a redução da nota de corte não pela vontade, pura e simples, secamente, da Administração, mas pela anulação de três questões.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Foi consequência, um ato superveniente.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Foi consequência, um ato superveniente, então, não houve alteração nas regras do edital, a nota de corte caiu de setenta e cinco, parece-me...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Aumentou para setenta e sete.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Daí esse número quebrado de duzentos e vinte e sete candidatos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Aumentou para setenta e sete, por efeito da anulação das três questões; e nós não estamos discutindo aqui - acho que nem poderíamos - a legalidade da anulação dessas três questões. Então, nesse caso, me parece que a saída mesmo seria conceder o mandado de segurança.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - A ordem para esse fim.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Conceder a ordem.

MS 28.594 / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A conclusão a que chego, Senhor Presidente, é exatamente que o critério utilizado pela banca examinadora se pautou pela objetividade, de forma a não ter afrontado, a meu ver, o princípio constitucional da impessoalidade, o qual, sem dúvida, é um princípio extremamente relevante e importante, conforme muito bem colocado no voto da eminente Relatora. Mas, na interpretação que faço da atuação da banca examinadora, ela se deu de maneira objetiva, não pessoal. Portanto, entendo que a divergência aberta merece o meu acompanhamento.

Por isso, pedindo vênia à eminente Relatora, acompanho a divergência.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ministro Lewandowski, V. Exa. está de acordo com essa solução de concedermos a segurança para validar a participação dos candidatos até o final do concurso, tal como ela se processou: quem passou, passou, quem não passou, não passou?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Perfeito. Quem passou, passou, quem não passou, não passou.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Exatamente.

06/10/2011**PLENÁRIO****MANDADO DE SEGURANÇA 28.594 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, vou pedir vênia à eminente Relatora e acompanhar também a divergência.

E o faço com base em três princípios constitucionais. O primeiro, explícito, que é o princípio que garante a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

O segundo, um princípio que está implícito, o princípio da boa-fé, ou da proteção da boa-fé dos administrados. Realmente, os que participaram no concurso viram as questões anuladas e passaram da primeira fase objetiva para a prova escrita; eles tinham realmente uma expectativa legítima de participar desta segunda fase.

O terceiro princípio implícito na Constituição é o princípio da razoabilidade. Não me parece que, a essa altura, seria válido, adequado, legítimo, anularmos o concurso, ou parte dele, ou não permitir que aqueles excluídos pudessem ocupar as respectivas vagas, porquanto foram aprovados. As vagas existem e creio que já estamos diante de uma situação já consolidada.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Sobraram vagas.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - E ainda sobraram vagas. Creio que o princípio da razoabilidade se impõe com toda contundência na solução dessa controvérsia.

Portanto, com a devida vênia, mais uma vez, e respeitosamente, divirjo da eminente Relatora para também conceder a ordem.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE SEGURANÇA 28.594

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. MARCO AURÉLIO

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

IMPTE.(S) : ANDRE RICARDO BOTASSO

ADV.(A/S) : MURILO REZENDE DOS SANTOS E OUTRO(A/S)

IMPTE.(S) : CARLA DE FÁTIMA BARRETO DE SOUZA E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : PEDRO LENZA

IMPDO.(A/S) : RELATOR DO PCA Nº 00060903920092000000 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

IMPDO.(A/S) : UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto da Senhora Ministra Cármen Lúcia (Relatora), denegando a segurança, e os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso (Presidente), concedendo-a, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Falou pelo impetrante o Dr. Pedro Lenza. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, em viagem oficial à Federação da Rússia, o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 18.05.2011.

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencida a Senhora Ministra Cármen Lúcia (Relatora), concedeu a segurança para validar a participação dos impetrantes até o final do concurso, segundo seu resultado. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Plenário, 06.10.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário