

---

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº 510

RELATOR : CONSELHEIRO FELIPE LOCKE CAVALCANTI  
REQUERENTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL  
REQUERIDO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
ASSUNTO : APURAÇÃO DE POSSÍVEL FRAUDE NO CONCURSO DE INGRESSO  
À CARREIRA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE  
JANEIRO.

Vista Regimental: CONSELHEIRO MINISTRO JOÃO ORESTE DALAZEN

---

JUSTIFICATIVA DE VOTO DO EXMO. SR. CONSELHEIRO

MINISTRO JOÃO ORESTE DALAZEN

No presente Procedimento de Controle Administrativo, a Ordem dos Advogados do Brasil alega, em síntese, o seguinte:

- (i) grave suspeita de vazamento do gabarito do XLI Concurso para Ingresso na Magistratura fluminense;
- (ii) que a candidata Denise Pieri Nunes, ao responder a prova escrita, reproduziu "integralmente" o gabarito elaborado pela banca examinadora;
- (iii) que o "vazamento do gabarito" foi constatado por pelo menos um dos membros da banca examinadora, o Dr. Ricardo Aziz Cretton;
- (iv) alega ainda que o Dr. Cretton, ao formalizar a denúncia perante a OAB, afirmou que "o vazamento do gabarito teve amplitude ainda maior, visto que maior eis que

diversas provas exibiam respostas com abordagens e raciocínio seqüencial bastante similares aos do padrão gabaritado", arrematando que "jamais se saberá quantos candidatos se beneficiaram".

Ante tal fato, a OAB pleiteou a anulação do certame, com a punição dos responsáveis pelas irregularidades.

Impende realçar que, segundo a petição inicial, é **exclusivamente** tal fato isolado --- suposta violação do sigilo do certame --- e que teria favorecido **uma** candidata, o que impeliu a Requerente a postular a anulação do concurso. Nada mais.

A alegação em apreço, com todo respeito ao douto e minudente voto do Eminent Relator, não procede, por múltiplas razões.

Primeiro, porque não há previsão de gabarito oficial no edital do concurso para prova discursiva. Aliás, a experiência demonstra que nem é de praxe elaborá-lo, ante a própria natureza da prova.

Segundo, porque não pode ser havida como tal a cópia de fl. 103 dos autos, por se cuidar de documento apócrifo.

É certo que dois dos três membros da Banca Examinadora de Direito Tributário, os examinadores Dr. Cretton e Dr. Leonardo Pietro, atestaram a veracidade do gabarito da prova de Direito Tributário, ressaltando o examinador Leonardo que o conteúdo do documento apresentado pelo Dr. Cretton "é muito semelhante ao critério de correção que recebeu do examinador".

Mas se, de fato, havia esse "critério de correção", salta 'a vista que era extra-oficial e, se assim é, cumpre indagar: se não era gabarito oficial, tanto que não está assinado sequer pelos dois aludidos examinadores, como tomá-lo em conta

para inferir que teria havido "grave suspeita de vazamento de gabarito"?

Ademais, se era "critério de correção", deveria ter sido elaborado e aprovado pelos três membros da Banca Examinadora. Por que não há sequer menção, a respeito, ao terceiro membro da Banca Examinadora?

De outro lado, essa alegação perde muito de substância, a meu juízo, quando se atende para a circunstância de que a questão que a candidata Denise Pieri Nunes teria reproduzido "integralmente" constava da apostila do curso de preparação para o ingresso na Magistratura do Estado do Rio de Janeiro ministrado pela EMERJ, em que o Dr. Cretton fora professor; mais ainda: consta do livro "Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade e a sua Aplicação no Dto Tributário", editora Lumen Juris, 2001, págs. 137 e 139/142, precisamente de autoria do do aludido professor-examinador.

Convenhamos: seria muita ingenuidade do candidato não se abeberar dessa fonte, sabendo de antemão que o professor de hoje seria o examinador de amanhã!!!!

De modo que, em semelhante contexto, em meu entender, não seria desarrazoado crer que uma candidata, dotada de boa capacidade mnemônica e conhecedora do professor-examinador, repetisse na prova **quase que** textualmente a lição extraída de obra do professor-examinador.

Ademais, a candidata **não** copiou "ipsis litteris" o suposto gabarito, como busca fazer crer a Requerente, pois o corrigiu em ponto em que este notoriamente estava equivocado. Não há, efetivamente, absoluta identidade entre resposta à questão e o conteúdo do pretenso gabarito!

Não se sustenta, pois, *data venia*, a alegação da Requerente, de "vazamento do gabarito" e, de resto, se vazamento houvesse, a única beneficiária explicitamente apontada, Denise Pieri Nunes, foi **reprovada** na prova oral.

E, neste passo, emergem outros fatores que retiram muito da credibilidade da versão do Dr. Ricardo Aziz Cretton, em que se baseia a Requerente.

Com efeito. O aludido professor-examinador protagonizou a reprovação **proposital** da candidata Denise Pieri Nunes na prova oral, em comportamento absolutamente impróprio e censurável de que ele próprio viria depois penitenciar-se.

Afora isso, impressiona-me sobremaneira a circunstância de o mencionado professor-examinador somente vir a público revelar o pretense vazamento do sigilo do concurso **mais de quatro meses depois de empossados** os candidatos no cargo de Juiz de Direito e, ainda assim, num quadro nebuloso de aparente insucesso na tentativa de o Des Sérgio Cavallieri promover lobby em litígio familiar.

Por que não denunciou muito antes, como era de seu dever, na qualidade de examinador, o suposto vazamento de gabarito?

Com todo respeito, comportamentos do denunciante tais como os ora expostos, desafortunadamente, longe de robustecer-nos a convicção acerca do grave vício com que se acoima o concurso, em grande medida militam para solapar a confiabilidade do denunciante.

Afinal, como emprestar credibilidade a um profissional que, no mínimo de forma leviana, aguarda mais de quatro meses depois da posse dos candidatos para denunciar vício no procedimento do concurso? Por que o fez agora e não antes? Como crer que a versão atual não deriva de pura retaliação a interesse não contrariado se o motivo preexistia e o professor-examinador preferiu, até então, simplesmente calar quando lhe cumpria, pela fé do seu grau e pela elevada responsabilidade que lhe foi confiada, denunciar alto e bom som, de imediato, a suposta fraude?

Enfim, a forma, o momento e principalmente a inconsistência das provas da denúncia não me convenceram, data venia, do acenado vazamento de gabarito.

O outro fundamento relevante em que se apóia o Eminente Relator para preconizar a invalidação integral do certame foi suposta **identificação de provas**.

É sintomático assinalar, a propósito, que a própria Requerente e tampouco o denunciante sequer aludem na petição inicial do PCA a esse vício do certame.

Trata-se de pretensão vício do certame cuja apuração derivou exclusivamente de iniciativa do Eminente Conselheiro então Relator.

Poderia fazê-lo, de ofício? A inovação implicou alteração da causa de pedir?

Está claro que, atuando em sede administrativa, o CNJ não está rigidamente preso aos grilhões formais de rígidas normas e princípios processuais, mormente o princípio dispositivo.

Com efeito. Como se recorda, o art. 97 do Reg Interno expressamente contempla a viabilidade de instaurar-se PCA de ofício, "**determinada pelo Conselho**, mediante proposição de Conselheiro".

Não se instaura, pois, PCA exclusivamente por iniciativa de Conselheiro.

Ora, no caso, a substancial ampliação do objeto do presente PCA deu-se no curso da instrução probatória por iniciativa exclusiva do Conselheiro então Relator.

Em que pese a louvável iniciativa, no afã de elucidar fatos de extrema gravidade, a forma por que se deu a extrapolação do âmbito de cognição do PCA originariamente instaurado por provocação, visivelmente vulnerou o postulado constitucional do devido processo legal, superprincípio de que é corolário a ampla defesa (CF/88, art. 5º, inc. LIV e LV).

Sob minha ótica, era inafastável que o Relator propusesse ao Plenário a ampliação do objeto da investigação do PCA, não apenas em observância a norma regimental, mas por imperativo da defesa. Isso porque cumpriria ouvir todos e cada um dos candidatos acerca da suposta **identificação de provas**.

Afinal, se a esfera jurídica de todos e de cada um dos candidatos aprovados no concurso pode ser afetada pela deliberação do CNJ no presente PCA, parece-me providência curial e imperativa a audiência prévia de todos e de cada um. Do contrário, estará irremediavelmente comprometido o direito de defesa.

Ora, bem. E qual foi a diretriz encetada Eminentíssimo Conselheiro então Relator na condução do processo?

Inopinadamente, *moto proprio*, determinou a averiguação da pretensa **identificação de provas mediante a realização de perícia grafodocumentoscópica** sobre **dez** das 24 provas de candidatos aprovados.

Vale dizer: aos 24 candidatos aprovados não foi assegurado o direito de defesa e, tampouco, permitiu-se perícia sobre as provas se não de **dez** das 24, não obstante a esfera jurídica de todos seja virtualmente afetada pela invalidação de todo o certame, a prevalecer o voto do Eminentíssimo Relator.

E note-se bem: mesmo candidatos que voluntariamente intervieram no processo e requereram perícia sobre as suas provas, a fim de apurar a acenada "**identificação**", não lograram êxito sequer no deferimento da prova técnica.

A meu juízo, tanto bastaria para a absoluta inviabilidade técnica de a suposta **identificação de provas constituir causa válida determinante** da invalidação total do procedimento do concurso.

Abstraindo tais aspectos sumamente importantes, todavia, no mérito sustenta o Eminentíssimo Relator:

“as marcas constatadas, por si só, apenas revelam uma inusitada coincidência, sete delas estão em locais muito próximos e destas, seis são de pessoas ligadas por parentesco a algum desembargador, e, por fim, cinco destes foram aprovados.

Destes cinco candidatos aprovados, no mínimo, é possível, em tese, a conclusão de quatro deles tenham feito as marcas para identificar as provas. Isto porque, ao contrário da candidata Cristina, obliteraram texto que haviam escrito e utilizando-se para tanto do mesmo corretivo que usaram em outros locais.

Esta nossa conclusão não difere da conclusão dos senhores peritos, quer neste laudo, ou no exame complementar que foi realizado.

Portanto, existe vestígio material de que algumas provas foram identificadas.”

[r1] Comentário: É possível afirmar isso categoricamente? Não seria mais correto dizer que há indícios?

Assevera ainda o Relator:

“É certo que não se logrou apurar a finalidade de tais marcas, e se elas eram ou não destinadas a algum examinador, entretanto, o Edital do concurso é claro ao determinar a **exclusão** do concurso do candidato que “usar qualquer expressão ou sinal que possibilite a identificação da prova”.<sup>1</sup>

[r2] Comentário: Mas o edital diz que corretivo seria considerado marca identificadora? O edital proíbe o uso de corretivo?

A propósito da pretensa identificação de provas, contudo, é de questionar-se, em primeiro lugar: **se** não se constatou a finalidade de tais marcas, como é possível afirmar categoricamente que significam identificação?

Ademais, a sanção expressa que comina o artigo 40, alínea “d”, do Edital do XLI Concurso Público para o Ingresso na Magistratura de Carreira do Estado do Rio de Janeiro, para o caso de identificação de provas, é a **exclusão ou desclassificação imediata do candidato**, não a anulação do certame, como propõe o Eminentíssimo Relator.

De outra parte, apenas para argumentar, mesmo que se pudesse agora, quando já empossados e no exercício da judicatura, excluir do certame ao menos os quatro candidatos referidos pelo Relator, tal providência afigura-se-me injusta e inadequada, data vênia, na medida em que, ante a diretriz imprimida ao processo, não se pôde apurar se acaso não haveria outros candidatos que supostamente também teriam identificado as provas. Reitere-se que a perícia recaiu apenas sobre apenas **dez** das 24 provas.

A prevalecer a tese do ínclito Relator, quem garante que seriam **apenas** quatro os beneficiários? E, por outro lado, se

seriam seguramente apenas quatro os beneficiários da identificação de provas, na respeitável convicção do Eminent Relator, por que anular o certame em relação a todos?

Sobretudo, merece realce que **não** há conclusão inequívoca e convincente da prova pericial a respeito da acenada presença de marcas identificadoras de provas. Essa é apenas uma possibilidade, não uma afirmativa categórica. Os próprios peritos da Polícia Federal ressaltaram que a presença de marcas identificadoras constitui tão-somente "uma hipótese" (fl. 2182).

Ao contrário, laudo de perito tarimbado juntado aos autos (fls. 2104/2115) afirma peremptoriamente que "inexistem evidências capazes de apontar, de forma incontestada, a ocorrência de marcação nas provas dos candidatos".

Releva notar também que, até mesmo do ponto de vista lógico, a questão da identificação das provas perde sentido, ao se considerar que a premissa da Requerente é de que teria havido violação do sigilo da prova. Ora, se essa é a premissa, ao menos na visão da Requerente e do Relator, parece razoável ponderar que, nesta perspectiva de vazamento de gabarito não haveria necessidade de marcas identificadoras das provas. Por que identificar a prova se já teria havido "vazamento de gabarito", como se alega? Obviamente quem já dispõe do suposto gabarito, não precisa identificar prova alguma. Para quê?

Apega-se ainda o Relator em outros fundamentos jurídicos para formarem-lhe o convencimento acerca da anulação do certame:

- a) suposta invalidade na indicação de integrantes da banca examinadora;
- b) suposta indicação de questões aos examinadores do concurso;
- c) suposta participação de professores da banca examinadora vinculados a curso preparatório do concurso.

Sucedem que tais fatos, ainda que os reputemos hipoteticamente provados, por brevidade, não inquinam de



invalidez o procedimento administrativo do concurso porquanto **não** são debitáveis ao comportamento dos candidatos. Constituiriam **meras irregularidades** perpetradas pela Administração do Tribunal, que não podem e não devem conduzir à declaração de nulidade ou à anulação do ato administrativo.

Por outro lado, mesmo que admitíssemos que todas essas pretensas ou reais irregularidades ferissem o princípio da legalidade, com a devida vênia a questão ora submetida à deliberação deste Conselho não pode ser equacionada unicamente sob o rigor do princípio da legalidade estrita.

É fundamental ter presente que o ingresso na magistratura da maioria dos aprovados deu-se sem qualquer eiva de irregularidade a que hajam dado causa. Mais que isso: seja em relação a estes candidatos absolutamente inocentes, seja em relação aos candidatos em que pesaria alguma sombra de suspeita de irregularidade, enfim no tocante a todos há um aspecto que não se pode desprezar: a Administração do Tribunal deu-lhes posse e exercício na magistratura há cerca de treze meses e somente após cerca de cinco meses da posse levantou-se alguma dúvida em face meramente de alguns.

Tenho como inarredável, em semelhante contexto, que se impõe confrontar o princípio estrito da legalidade com outros princípios também de grande importância no mundo jurídico, como o do respeito à estabilidade das relações jurídicas, a que todos se obrigam devoção, mesmo a Administração Pública, e também o que se deve ao princípio da boa fé.

Penso, assim, que este é um caso paradigmático em que é imperativo ao Conselho Nacional de Justiça lançar mão de um **juízo de ponderação de interesses**, em que a pretensão de anulação do concurso público seja contrastada com outros princípios de envergadura constitucional.

Na presente hipótese, entendo que a anulação integral de concurso, tal como propõe o Exmo. Conselheiro Relator, ofenderia, data máxima vênia, os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, interesse público e boa-fé.

Ensina Weida Zancaner, a propósito, que "a convalidação se propõe obrigatória quando o ato comportá-la, porque o próprio princípio da legalidade — que predica a restauração da ordem jurídica, inclusive por convalidação —, entendido finalisticamente, demanda respeito ao capital princípio da segurança jurídica".

Assinala ainda a referida autora que "é mais consentâneo com o interesse público insuflar vida nos atos e nas relações jurídicas passíveis de convalidação do que desconstituí-los, **mesmo porque a invalidação pode levar à responsabilização estatal no que pertine aos lesados de boa-fé**" ("Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos", 2ª ed., Malheiros, pp. 58/59).

Ora, não se pode perder de vista, antes de mais nada, o princípio da boa fé que, na espécie, protege inquestionavelmente a maioria dos candidatos aprovados no concurso e ora já em pleno exercício da judicatura há treze meses. São pessoas que, tomando conhecimento da abertura do concurso público e, portanto, atraídas pelo Estado, disputaram legitimamente o árduo certame e lograram ingressar no serviço público.

Então, fica patente que aceitaram de boa fé a palavra do Estado, confiando na lisura do concurso. Muitos renunciaram a outros cargos públicos e, oriundos de outras localidades, transferiram-se para o Estado do RJ, com suas famílias.

Mais que isso: há treze meses já exercem a magistratura, interregno em que decerto já proferiram milhares de decisões.

Não me parece razoável, assim, com todo respeito, a anulação integral do certame não só porque implicaria grave violência à boa fé indiscutível ao menos da maioria dos candidatos, como também porque a anulação geraria uma seriíssima responsabilidade civil do Estado para com o incalculável prejuízo material e moral que seria causado aos candidatos.

E aqui vem a pelo uma pergunta incômoda que não quer calar, e que já é antiga no Direito Administrativo: pode o Estado, depois de meses a fio ilaquear o cidadão-servidor em sua boa fé e sem mais cautelas desfazer, num átimo, de uma canetada, toda a vida pública construída pelo interessado?

Pode, enfim, o Estado desfazer o ato de ingresso no serviço público, já passado mais de um ano de judicatura?

A questão, de transcendental relevância, não escapou ao tirocínio de Maurice Hauriou. Há muito o insigne mestre do Direito Constitucional francês indagava, preocupado:

“Mas será que o poder de desfazimento ou de anulação poderá exercer-se indefinidamente e em qualquer época? Será que jamais as situações criadas por decisões desse gênero se tornarão estáveis? Quantos perigos para a segurança das relações encerram essas possibilidades indefinidas de revogação?” (apud. Almiro do Couto e Silva RDP/84, p.56)

É importante recordar que a idéia de que o princípio da legalidade não aceitaria jamais contraste, no âmbito da aplicação do Direito, tem sofrido certos temperamentos ao logo da evolução do direito administrativo-constitucional.

Aliás, são até bem antigos tais avanços no rumo de uma maior segurança deferida aos cidadãos para garanti-los contra os atropelos do Estado. Recorde-se que já no início do século XX, os publicistas alemães Fritz Fleiner e Walter Jellinek, sustentavam que o respeito à boa fé e à segurança jurídica garantem a incontestada validade do ato ilegal, decorrente de duradoura inércia do Estado.

O Professor Almiro do Couto e Silva, em excelente artigo, demonstra que na Alemanha a compreensão do tema chega, inclusive, a descer a níveis de especificidade de grande sofisticação ao se referir, por exemplo, aos atos administrativos expressados em prestações de dinheiro, que se exaurem de uma vez ou têm caráter duradouro, como os de índole social, subvenções, pensões ou proventos de aposentadoria, que são tidos por intocáveis no direito alemão, sendo absolutamente protegidos de anulação.

O pensamento que a doutrina germânica elaborou sobre o tema, também teve enorme receptividade em outros países de larga tradição jurídica, como por exemplo, a França, que desde o célebre caso Dame Cachet, **de 1923**, depois confirmado pela jurisprudência, entendeu de fixar **um prazo de 2 meses** para que a Administração desfizesse o ato irregular, quando de tais atos não surgissem direitos subjetivos, casos em que a revogação não caberia em absoluto.

Percebe-se, pois, que à luz do Direito Comparado mesmo o ato irregular, que atingiu terceiros de boa fé e que contou com a censurável inércia da administração pública, tem que ser respeitado, porque se assim não fora, desapareceria no âmbito das relações sociais, qualquer possibilidade de segurança jurídica na vida dos cidadãos.

Do contrário, sempre pesaria sobre a cabeça dos cidadãos que mantêm relações com o Estado a aterradora espada de Dâmocles, que poderia ser disparada a qualquer momento e tornaria a vida dos cidadãos simplesmente impossível.

Em suma, o vício, originário pelo decurso de tempo, em razão sempre da inação da administração, e presente também a boa fé, acaba por desaparecer em razão de que poderá soar mais prejudicial ao espectro social envolvido, o desfazimento do ato do que a sua proteção.

Em situações de inércia da administração que já permitiu a constituição de situações de fato, que se encontram revestidas de forte aparência de legalidade, gerando nos espíritos convicção de legitimidade, a decisão de nulidade do ato irregular configuraria aquilo que os juristas chamam de decisões imprevistas e tardias, das quais o ato deve ser preservado, em nome do princípio da segurança jurídica que neste passo se eleva sobranceiro ao princípio da legalidade estrita, cuja leitura fria e mecânica traria sérios prejuízos ao grupo social.

O Prof. Almiro do Couto e Silva afina pelo mesmo diapasão quando afirma que os atos administrativos inválidos, nulos ou anuláveis são sanados sempre que recobertos por uma camada razoável de tempo tolerada pelo Poder Público, cuja intocabilidade é defendida de modo peremptório ao asseverar que "os atos inválidos praticados pela Administração, quando

permanecem por largo tempo com a tolerância do Poder Público, dando causa a situações perfeitamente consolidadas, beneficiando particulares que estão em boa fé, convalidam, convalidam ou sanam (RDP 84, 60, 61).

A linha doutrinária apontada é colocada em evidência quando se trata da figura mais acabada no âmbito das irregularidades que a boa fé e a inação da administração pública acabaram por gerar no serviço público que é o **chamado funcionário de fato** (V. Carlos S. de BARROS JÚNIOR, Teoria Jurídica de fato. "in" RDA, Vol. 100, p. 51, 58).

A idéia de estrita devoção à segurança jurídica que a doutrina nacional e estrangeira propõe no respeitante ao tema, representa em última "ratio" a necessidade inafastável de garantia da boa fé ou confiança que, de modo inabalável, o particular precisa ter como relação aos atos emanados do Poder Público, como base de sustentação da sociedade e do próprio Estado. A lealdade e a confiança devem sempre presidir o relacionamento entre administração e administrado, pena de se estabelecer a insegurança e o caos jurídico no grupo social.

Então, segundo a melhor doutrina, a junção da boa fé com o transcurso prolongado de tempo em razão de inércia da administração, impõe a convalidação do ato administrativo nulo, mesmo porque, conforme assevera Norberto Bobbio, o tempo acaba por sanar todas as feridas da história.

O Poder Judiciário nacional, sensível a tais considerações doutrinárias, a partir da década de 60 começou a firmar jurisprudência no sentido de convalidação do ato nulo.

Com efeito. Marco importante para fixação da jurisprudência foi o julgamento do Recurso Extraordinário nº 85.179/ RJ, da lavra do então Presidente do STM. Min. Bilac Pinto, que sedimentou a elaboração que se vinha fermentando em torno da necessidade do estabelecimento de um juízo de ponderação que deveria presidir o cotejo entre os princípios da legalidade do ato administrativo e da segurança jurídica, quando então se afastou a autoridade da liminar para se situar como fundamento da preservação do ato, a inércia da administração, corrigindo-se a inversão da operação lógica que até então conduzira a discussão do

tema, vez que seria absurdo admitir-se que uma medida liminar pudesse transcender a própria decisão de mérito.

Por valioso para fixação do assunto, vale transcrever a ementa do julgado em apreço:

"Ato administrativo. Seu tardio desfazimento, já criada situação de fato e de direito, que o tempo consolidou. Circunstância excepcional a aconselhar a inalterabilidade da situação decorrente do deferimento da liminar, daí a participação no concurso público, com a aprovação, posse e exercício."

Cumpre esclarecer que o caso examinado pelo Supremo Tribunal Federal tratava da prestação de concurso, aprovação e posse de candidatos ao magistério no ano de 1967, garantidos por liminar, que foi cassada em segunda instância, decisão esta mantida pelo STF, em 1968. No entanto, a Administração, somente em maio de 1971, tomou as providências para desfazer os atos de nomeação, donde o apelo extraordinário que, acolhido na Corte Suprema, manteve os interessados no serviço público.

A posição jurisdicional firmada pelo STF ao longo da década de 60 permanece inalterada na atualidade como bem demonstra, por exemplo, a Apelação em Mandado de Segurança nº 90.04.06891-0-RS, in RTRF 4ª, nº 6, p. 269, que tem a seguinte ementa:

"O Poder Público atentaria contra a boa-fé dos destinatários da administração se, com base em supostas irregularidades, por ele tanto tempo toleradas, pretendesse a supressão do ato".

Mais recentemente, o Excelso STF asseverou que "a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que, além de ilegais, tenham causado lesão ao Estado, sejam insuscetíveis de convalidação e não tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência" (AI 587487 AgR/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 31/5/2007, DJ 29/6/2007, p. 41).

Seguindo essa mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça consignou:

"(...) no estágio atual do Direito brasileiro, em que se empreende decisivo processo de consolidação do Estado de Direito, a regra enunciada no Verbete nº

473 da Súmula do STF merece algum temperamento. Assim, é de se reconhecer a faculdade de a Administração anular seus próprios atos, desde que:

- a) tenham causado lesão ao Estado;
- b) sejam insuscetíveis de convalidação;
- c) outro plano de competência.

Sem essas limitações, **a Súmula 473 transforma-se em instrumento de violência, em repelente entulho autoritário, capaz de reimplantar o ‘reino do arbítrio’ a que se refere o E. Ministro Oscar Corrêa.**

(...)

**Lesiva, em verdade, é a desconstituição do concurso e das nomeações: em função dela, o Estado seria obrigado a ministrar novo e dispendioso concurso público, e ficaria prejudicado em sua atividade essencial de arrecadar receita.** De quebra, não se pode desprezar a responsabilidade civil do Estado, pelos danos causados aos candidatos nomeados e logo destituídos.” (RMS 407/MS, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 8/8/1991, DJ 2/9/1991, p. 11787)

Também no âmbito do e. Superior Tribunal de Justiça, foram várias as ocasiões em que se privilegiaram os princípios da segurança jurídica e da boa-fé dos administrados quando contrapostos ao princípio da legalidade, por se entender que, em determinados casos concretos, a convalidação do ato atenderia melhor ao interesse público.

A propósito, caem como uma luva no presente debate as ementas abaixo transcritas:

“Embargos de Divergência em Recurso Especial – Aplicação da Teoria do Fato Consumado em Concurso Público – Possibilidade – Precedentes – Prevalência e relevância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé e da segurança jurídica sobre o princípio da legalidade estrita – Embargos acolhidos.

**1. A aplicação da ‘a teoria do fato consumado’, em concurso público, é possível, uma vez que corresponde à convalidação de uma situação de fato ilegal, que se perdurou ao longo do tempo, dada a relevância e a preponderância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé e da segurança jurídica, sobre o próprio princípio da legalidade estrita. Precedentes.**

**2. Urge se conceber o princípio da primazia da norma mais favorável ao cidadão, juntamente com a ‘teoria do fato consumado’, quando o jurisdicionado, de boa-fé, permanece no cargo, ao longo de vários anos, dada a demora da prestação jurisdicional e a inércia da Administração. Efetividade à garantia prevista no art. 5º, inciso LXXVIII, CR/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.**

3. Embargos de divergência acolhidos.” (EResp 446.077/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Paulo Medina, j. **10/5/2006**, DJ de 28/6/2006, p. 224; grifo nosso)

“Processual Civil. Administrativo. Concurso Público. Anulação. Mandado de Segurança. Via inadequada. Direito líquido e certo não demonstrado. Servidores que se encontram no cargo há 10 (dez) Anos. Situação consolidada no tempo. Recurso Especial conhecido e provido.

1. Limitando-se as impetrantes a pleitear a anulação de concurso público, sem demonstrar o proveito direto que obteriam na hipótese de concessão da segurança, não há falar em direito subjetivo líquido e certo a ser protegido na via mandamental. Hipótese em que cabível a propositura de ação popular, adequada à defesa de interesses de natureza impessoal, pertencente à coletividade, nos termos do art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal e da Súmula 101/STF. Precedentes.

**2. A condição em que se encontra o recorrente – bem como os demais aprovados no concurso público, nos termos do edital –, em exercício desde 1996, consolidou-se ao longo do tempo, devendo ser preservada, em observância aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé.**

3. Recurso especial conhecido e provido.” (Resp nº 474.979/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 5/9/2006, DJ **de 25/9/2006**, p. 298; grifo nosso)

Por derradeiro, cumpre recordar que o uso da técnica de ponderação não é novidade neste Conselho Nacional de Justiça.

Com efeito, veja-se, por todos, o julgamento do PCA 390, de que foi Relator o Conselheiro Paulo Schmidt, em que, discutindo-se exatamente a ponderação, entendeu-se melhor **não** anular concurso público havido com pechas de irregularidades em consideração a princípios constitucionais (DJ 21/6/2007, p. 195 e ss.).



Conclui-se, assim, que a faculdade que a Administração tem de invalidar um ato transmuda-se em dever de convalidação, quando esta, no caso concreto, configurar melhor atendimento a princípios constitucionais, tais como os do interesse público, segurança jurídica, razoabilidade e boa-fé.

E é essa a situação que transparece nitidamente dos autos, data vênia.

Em conclusão, pedindo *venia* ao Relator para dissentir, julgo **improcedente** a pretensão de anulação integral do certame. Determino, de ofício, que o Tribunal de Justiça do RJ abstenha-se doravante de permitir a participação em banca examinadora de professores vinculados a curso preparatório ao concurso.

É o meu voto.

Brasília-DF, 10 de março de 2008.



Ministro JOÃO ORESTE DALAZEN  
Conselheiro Vistor

