

PROCESSO Nº 0.00.000.000628/2006-17

**RELATOR P/ACÓRDÃO: CONSELHEIRO RICARDO MANDARINO
BARRETO**

INTERESSADA: TÂMERA PADOIN MARQUES

OBJETO: CONCURSO PÚBLICO. LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO.

EMENTA

Procedimento de Controle Administrativo. Não é razoável exigir-se que um candidato saiba de cor os artigos dos textos legais. Exame oral tendencioso pelo fato de haver a candidata impetrado Mandado da Segurança contra ato da Comissão de Concurso. Falta de imparcialidade da Comissão. Pedido procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº 0.00.000.000628/2006-17, acorda o Plano do Conselho Nacional do Ministério Público, por maioria, julgar procedente o pedido para anular a arguição do grupo 03, do XI Concurso para o Ministério Público do Estado de Rondônia, em relação apenas à requerente, para que ela seja submetida a nova arguição. Vencidos a Relatora e o Conselheiro Saint'Clair Nascimento. Modificou o voto o Conselheiro Francisco Maurício para acompanhar a divergência.

Brasília, 18 de junho de 2007.

RICARDO CESAR MANDARINO BARRETTO

Relator para o Acórdão

VOTO - VISTA

Ouvi atentamente a gravação da inquirição da candidata na prova oral para o concurso ao cargo de Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia, acompanhando a gravação enviada pela candidata, o que muito ajudou na análise dos fatos.

Confesso que a credibilidade conquistada pela Conselheira Janice Ascari, ao longo destes dois anos, aqui no Conselho, afora a que já possuía e possui no âmbito do Ministério Público Federal e da sociedade brasileira, em algum momento, chegou a me levar à dúvida de se, de fato, seria necessário pedir vista parcial do processo, relativamente apenas à gravação da prova oral.

Assim procedi, no entanto, porque estou cada vez mais convencido de que nós, os juízes, como seres humanos, não somos imparciais sob o ponto de vista ideológico. Os valores pessoais de cada um, a sensibilidade, a formação cultural que agregamos durante as nossas vidas interferem nos nossos julgamentos. A imparcialidade deve sempre existir e essa é intolerável que não exista com relação às partes, daí, a possibilidade de alegações de suspeição e impedimento, que os códigos de rito elegem.

Não é por acaso que toda decisão judicial monocrática pode e deve ser sempre revista por órgãos colegiados, o que não significa dizer que os órgãos colegiados sempre julguem melhor, mas a possibilidade de julgar com menos riscos de desacertos e sempre maior. Afinal, em um órgão colegiado, colhe-se a média dos valores, da sensibilidade, da cultura e da experiência de cada julgador, o que confere, à decisão, uma segurança mais consistente.

Toda essa introdução, aparentemente desnecessária e totalmente incondizente com a minha postura normal de julgador, é para afirmar que tenho convicção de que o que a Dra. Janice percebeu é o convencimento dela, o sentimento mais honesto dela, mas, da minha parte, ousou discordar totalmente, com todo o respeito.

O que percebi foi que o recurso da recorrente tem toda a procedência, na minha visão dos fatos. Após fundamentar o meu voto, gostaria de sugerir que cada Conselheiro desta Corte, se ainda estiver dominado pela dúvida, ouvisse a gravação do exame da candidata. Passo, depois desse longo “nariz de cera”, como se diz em linguagem jornalística, ao voto.

A recorrente pede revisão da nota relativamente ao Grupo III, da prova, ou alternativamente, a anulação das arguições, a fim de ser sabatinada por examinadores isentos ou imparciais.

Preliminarmente afastado de plano, a ideia de revisão de nota. Penso que os

juízes não podem pretender serem mais aptos a conferir notas em provas do que os examinadores. A ideia, a presunção que deve prevalecer sempre é a de que os examinadores estão mais preparados para aferir a qualidade do candidato. Não há como pensar de forma diversa.

É certo que, quando se trata de provas relativamente à matéria jurídica, somos tentados a dar palpite, muitas vezes por questão de vaidade, com o objetivo de demonstrar conhecimento, erudição, etc.

Tudo isso se revela muito perigoso, posto que há exames para cargos em que se exige conhecimento de matérias que não dominamos. Nesse caso, como deveríamos proceder? Realizar perícia, etc., não seria razoável. O correto é o que a Jurisprudência brasileira vem afirmando que o Juiz não pode se substituir ao examinador.

Pode, no entanto, em verificando desvio de finalidade, anular a prova para que outra se realize em seu lugar. É o que vou tentar demonstrar.

Ressalto, de logo, que não percebi, pela gravação, nenhuma grosseria dos examinadores para com a candidata.

No entanto, de forma, na maioria das vezes sutil, houve sim, ao meu sentir, uma tentativa de desestabilizá-la emocionalmente, em alguns momentos de forma bastante acintosa. A sutileza ficou por conta, creio eu, por serem os examinadores pessoas bastante inteligentes e bem preparadas intelectualmente, o que ficou bem claro nas inquirições. As tentativas de desestabilização não poderiam ser explícitas.

No exame da matéria Direito Institucional, cujo examinador foi o eminente Procurador Geral de Justiça Dr. Abdiel Ramos Figueira, percebi que a candidata, de um modo geral, saiu-se muito bem; respondendo a todas as perguntas com razoável segurança e, em pouquíssimos momentos, disse não se recordar da resposta à inquirição. Vejamos. Transcrevo parte da inquirição.

8) E: Em que casos poderá haver a avocação do processo disciplinar e curso contra membros do Ministério Público e seus serviços auxiliares é... né...perante...oh... no Conselho Nacional do Ministério Público?

C: Excelência, a emenda constitucional ela não especifica, ela só concede, determina essa competência do órgão, do Conselho Nacional do Ministério Público, mas a doutrina tem entendido que é nos casos em que o processo não tem o regular andamento, nos casos em que...

E: E quem pode fazer isso lá em cima?

C: Quem pode fazer?

E: Isso.

C: Salvo engano, é o Corregedor...que é membro do Ministério Público também.... eleito entre o Colégio, oh, o Conselho.

9) E: A Conamp poderia fazer isso?

C: A Conamp não porque e um órgão associativo, na verdade, a competência é do Conselho. Pode ser a pedido do interessado também, mas quem tem que avocar é o Conselho.

E: Sim, com certeza. Por exemplo, o Presidente Nacional da OAB poderia fazer isso também?

C: Poderia entrar com esse pedido?

C: A Emenda fala qualquer interessado, há um interesse público no caso. Bom, já que o Presidente da OAB oficia junto ao Conselho Nacional do Ministério Público.

Como se vê, a candidata saiu-se muito bem nessa questão, em que pese a insistência do examinador em tentar confundida, perguntando se a CONAMP poderia avocar processo administrativo.

O examinador segue inquirindo a candidata para, em determinado momento, dirigir-se a ela utilizando-se da expressão "não enrola".

10) E: isso é número taxativo, não é qualquer interessado não. Ta? É... Diga-me, quais são os requisitos para que membro do parquet possa exercer a advocacia?

C: Ele deve ter se desligado das atividades, ne, e ter decorrido mais de três anos, naquele mesmo foro em que ele atuava, senão ele terá que ir para outro. Então, são três anos após o desligamento das funções.

E: Ah...Deixa eu lhe dar uma dica...eu poderia...

C: Ah! A norma de transição, mas a previsão no ADCT para os membros que entraram anteriormente a 1988...

E: Esse é um dos requisitos, tem mais dois... A senhora não lembra?

C: No momento não, excelência...

E: Por exemplo, pensando assim no lado judeu dos advogados, se a senhora pagar, eu por exemplo deveria estar pagando desde de 82 até hoje...

C: A anuidade?

E: A nuidade! Não é. E nos casos, por exemplo, em que de ordem legal o Ministério Público fosse obrigado a participar, eu estaria fora? Lembra disso?

C: No momento não está muito clara a minha memória, excelência...

11) E: Muito hem. Qual a natureza jurídica da atuação do MP?

C: Ela tem origem na Constituição Federal, e...

E: Não enrola!

C: Qual é a natureza jurídica da atuação do MP? Essa é de graça, pensa um pouquinho...

C: É constitucional.

E: Sim!

E: O fato de eu, de nós, os promotores de justiça, estarmos trabalhando com os juízes, estaríamos julgando?

C: Não!

E: Então...

C: Eu to compreendendo a pergunta...

E: A natureza jurídica? Eu só tava lhe dando um caminhosinho pra senhora deslanchar, então fica só na pergunta.

C: É constitucional, em relação a interesses de incapazes, em relação da natureza da matéria em que se estará se tratando, em relação à parte. O que eu não estou compreendendo

excelência é em que sentido é a natureza jurídica que o senhor quer que eu responda.

E: Da atuação! Era só. Mas depois eu te conto!

12) E: Quando será admitida a revisão dos processos disciplinares?

C: Nos casos em que a decisão for contrária à evidência dos autos, contrária a texto de lei, ou nos casos em que surgir prova nova quanto aquele em que foi aplicada a penalidade.

13) E: Me diz uma coisa, antes da Constituição de 88, algum outro diploma já considerou o MP como instituição necessária?

C: Salvo engano a Constituição de 1937, houve disposições constitucionais sim anteriores a 88, mas não com essa amplitude de atribuições, não com essa configuração, que tem hoje na Constituição de 88. Em muitos casos ficava restrito ao âmbito criminal, ou como um braço do Poder Executivo, mas como está na Constituição de 88 não.

14) E: Mais umazinha. Quais os princípios infra-constitucionais inerentes ao Ministério Público ditados pela doutrina? Os Constitucionais todo mundo sabe, eu quero os infra-constitucionais.

C: Sim, unidade, indivisibilidade... Com relação ao Ministério Público ou com relação aos membros?

E: Sim... Infra-constitucionais...

C: Autonomia financeira, administrativa. Com relação aos membros do Ministério Público ou ao Ministério Público em si excelência?

E: Enumeradas ao Ministério Público.

C: No momento não me recordo excelência...

E: Tudo bem. É eu acho que já ultrapassei o meu tempo. Muito obrigado.

Percebam os Senhores Conselheiros, que não é razoável um examinador dizer a um candidato que ele está enrolando. Além de não ser elegante, isso desestabiliza qualquer examinando, mormente numa prova oral, onde a situação de estresse é alta,

gigantesca mesmo. No caso particular, de uma candidata submetida a uma prova por força de uma liminar, a situação é ainda mais delicada. A candidata tem que se portar com extrema cautela para não ferir suscetibilidades, como de fato o fez e a banca examinadora há que também portar-se igualmente com extrema cautela para não parecer tendenciosa. Não foi o que aconteceu no caso em apreço por parte da banca, isto e, por parte dos que examinaram a prova do Grupo III. A insistência em confundir a candidata com perguntas irrelevantes e afirmações capciosas como “**caminhosinho para Senhora deslanchar**” ou “**depois eu te conto**” “**mais uma mãozinha**” não objetivam nem extraem do candidato conhecimento necessário para avaliar se tem ou não o mesmo a indispensável competência intelectual para o exercício do cargo. É de se perguntar, o que pretendia o examinador com esse tipo de procedimento? A resposta é óbvia, desqualificar a candidata.

A situação ainda se revela mais grave na inquirição das questões relativas a direito constitucional tributário e direito administrativo/improbidade. Transcrevo a seguir as questões de direito constitucional tributário, formuladas pelo Procurador de Justiça Dr. Ivo Benitez.

Bom dia Dra. Tâmera!

1) E: O tema do ponto 4 fala de controle de constitucionalidade, intervenção federal e tributos em espécie. Uma pergunta assim, só pra nos iniciamos a conversação a senhora já ouviu falar em espada “Dâmocles”?

C: Não excelência.

E: Não? Porque a tudo momento pessoas dizem que o Estado de Rondônia precisa de uma intervenção federal, a senhora já ouviu isso?

C: Já excelência.

E: Vamos supor que seria isso uma espada de “Dâmocles” ameaçando Rondônia de uma intervenção...

2) E: Eu gostaria de ouvi-la sobre intervenção federal, vamos pensar como seria isso?

C: As hipóteses de cabimento?

E: Fale sobre intervenção.

C: Sim. A intervenção federal ela se dá para repelir a intervenção federal de um Estado membro em outro, ou para repelir invasão estrangeira, para assegurar a separação dos poderes, para assegurar a lisura das contas nos casos em que o Estado deixa de repassar, os percentuais que a lei determina para a saúde e educação, também para assegurar vigência de lei federal, o cumprimento de decisão...

E: Bem a dra. tá no caminho certo, só pra nós, nosso tempo é curto, então nós temos queir aprofundando... Como é que se daria essa intervenção por exemplo no Executivo?

3) C: Neste caso, o Presidente deverá baixa um decreto e nomear um interventor e também essa questão deverá ser submetida ao Congresso.

E: Sempre é necessária essa aprovação do Congresso?

C: Não em todas as situações, por exemplo no caso de descumprimento de decisão judicial não é necessário. O próprio STF julga a questão e o chefe do Poder Executivo pode fazer.

4) E: E vamos falar então em intervenção do Poder Legislativo, como seria?

C: Como seria o procedimento?

E: O Procedimento, os efeitos...

C: No caso, suspende as atividades até que seja organizada e é restabelecida a ordem.

E: Sim, eu ponho lá um general, uni soldado, quem que eu ponho lá?

Havendo o examinador percebido que a candidata seguia bem na resposta 2, resolveu interrompê-la por conta do tempo para, supostamente, ir aprofundando. A Candidata continuou saindo-se bem nas respostas seguintes até que o examinador não se conteve e, de forma irônica, perguntou se, no caso de intervenção no Poder Legislativo, deveria ser colocado lá um soldado, um general. Evidentemente que o examinador queria ridicularizar a candidata, fazendo crer a ela que a resposta era uma grande tolice, posto que, até então, a mesma vinha se saindo muito bem. Como

o candidato não pode debater com o examinador, afinal está sendo avaliado e o examinador tem sempre razão, o resultado disse é que o nervosismo vai dominando o emocional de quem se encontra em uma situação delicada como essa.

Não fosse isso, até uma reação daquelas consideradas impróprias, mas perfeitamente humanas resolveria o problema. No entanto, vale lembrar que a maioria dos editais dos concursos prevê que, qualquer candidato que seja descortês com membros da banca é afastado sumariamente da disputa. Se os examinadores têm consciência disso, com muito mais razão, têm o imperioso dever de tratar com respeito os candidatos que estão a examinar.

Depois dessa situação, com a invocação de um general ou um soldado, o examinador acabou por fazer a candidata confundir-se e sair-se mal na resposta seguinte. Vamos a ela.

E: Sim, eu ponho lá um general, um soldado, quem que eu ponho lá?

C: Deverá nomear um interventor federal ali.

E: No legislativo?

C: Do próprio órgão né? Alguém do Congresso que deverá ser nomeado interventor.

E: Há alguma hipótese de afastar todos os deputados estaduais? Nesse caso então seria isso?

C: Não me recordo excelência.

E: Poderia chamar os substitutos? Como se chamam os substitutos?

C: Suplentes.

E: Eu vou fazer uma pergunta e a senhora me corrija se for necessário e esclareça.

5) E: Qual a função do Procurador-Geral da União envolvendo ações de controle de inconstitucionalidade no Supremo?

C: Além de ser um dos legitimados para propor a ação, ele também deve opinar pela procedência ou não da pretensão.

E: É que eu falei uma palavra Procurador-Geral da União.

C: Ah! Procurador-Geral da República, excelência, Desculpa...

E: E se for Procurador-Geral da União quem seria?

C: Porque no caso quem atua permite o STF é o Procurador Geral da República.

6) E: Ninguém mais? Porque o Ministério Público ele tem um trabalho que se chama “custus legis” e alguém faz a defesa dessa lei?

C: Sim. Excelência, o advogado-geral da União.

Nas questões acima, o examinador realizou uma espécie de “pegadinha”, chamando de Procurador Geral da União o que seria Procurador Geral da República. A candidata não percebeu inicialmente a maldade, talvez pelo fato de estar extremamente contida em suas reações, como é comum em todos os candidatos em concurso público em não contrariar o examinador. É certo que o examinador, no caso, pediu que ela o corrigisse, fazendo-lhe crer que pudesse estar afirmando alguma impropriedade. Mas, quando alertada novamente corrigiu, o que demonstra domínio do tema.

Nas perguntas seguintes, para as quais peço a mais detida atenção de Vossas Excelências, o examinador sai completamente do tema para inquiri-la justamente sobre o mandado de segurança da Candidata, onde tenta, o tempo, todo confundida com perguntas totalmente irrelevantes. Mesmo assim. Ela se saiu bem. Vale conferir.

8) E: Muito bem. Voltando aqui ao Controle de Constitucionalidade, vamos lembrar da Constituição quando ela exige, pede aqui para ingresso na carreira do Ministério Público, que se exija do bacharel em Direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica, e a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, mas ou menos, dá uns exemplos de atividades consideradas jurídicas, então a Senhora lembra quais seriam essas atividades?

C: Lembro. E, exercício da advocacia, o exercício de cargo privativo de bacharel e recentemente foi incluído cursos de pós-graduação.

9) E: Eu gostaria de saber sobre a cumulatividade, a dra se forma num ano, recebe o título de bacharel em Direito e exerce um cargo exclusivo de atividade jurídica, um cargo técnico, da

área, trabalha um ano ali, à tarde faz Escola da Magistratura e à noite faz um Curso de Pós-graduação reconhecido aqui pelo Conselho Nacional. Preencheria em um ano essa exigência de três anos?

C: Não.

10) E: E se eu insistir e entrar com o Mandado de Segurança e dizer que a Resolução não especifica que não?

C: Mas a Constituição fala em 3 anos de atividade jurídica, como a Constituição fala em 3 anos, como a Resolução regulamentou com de cargo privativo de bacharel deve-se entender como o trancurso desse tempo exercendo essas funções. Por que, na verdade, terá um ano só.

11) E: Mas o Conselho não fala que tem de ser três anos corridos, não pode acumular?

C: Realmente é uma questão de interpretação, se a Constituição fala 3 anos deve-se entender como o decurso desse prazo.

12) E: Se eu conseguir uma liminar, hipótese, a senhora é Dra. será a Promotora e irá receber o Mandado de Segurança que já tem uma liminar aceitando essa cumulação, como é o nome, cumulação ficta né, e uma liminar por acaso surgir aceitando a cumulação ficta, como seria o parecer da dra. traçando aspectos legais para combater essa liminar?

C: É que primeiro a norma constitucional deve ser observada e ela é que vai ditar os patamares para que a questão seja regulamentada.

E: Um argumento jurídico além desse que a Senhora já mencionou...

C: Poderia utilizar analogicamente aqueles casos de aposentadoria, em que é vedada a contagem ficta, a Constituição em várias hipóteses ela fala dessa contagem, então, no caso estaria num entendimento sistemático, estaria indo contra a Constituição.

Mesmo diante de toda essa teratologia inquisitorial, a candidata saiu-se muito bem, repita-se. Demonstrou muita segurança, porque o que o examinador lhe perguntava não servia para qualquer avaliação. Eu mesmo, por mais que me esforce, não me recordo de alguma hipótese de contagem de prazo simultâneo. Forçar, como o fez o

examinador, só serviu para demonstrar que realmente pretendia que era desqualificar a candidata, mas não conseguiu. Ela se saiu muito bem, em que pese a situação, em que pese não ser aquele o tema da matéria.

Não estou exagerando, Excelências. Vejam o que o examinador faz com a candidata, ao perceber que não conseguiu desestabilizá-la. A prova era de direito constitucional tributário. O examinador, que já havia saído completamente do tema, ao indagar a candidata sobre o tempo necessário para o exercício de carreira jurídica, acabou por se superar. Não se conteve e foi explícito ao se referir justamente sobre o mandado de segurança que a Autora havia impetrado.

Mesmo que o tema sorteado tivesse sido esse, por cautela, pelo cuidado de passar uma ideia de imparcialidade, que era o seu dever, jamais qualquer examinador poderia inquiri-la sobre o mandado de segurança que ela impetrou para continuar concorrendo. Vamos à continuação do texto degravado.

13) E: Na interpretação da dra, será que vai contra a Constituição, essa situação relativa ao Mandado de Segurança quando a Constituição diz três anos nos bacharéis em Direito, como é que a dra interpretou isso, porque a dra entrou com um Mandado de Segurança e nós temos que... A sua palavra não como candidata, eu quero ouvi-la como Promotora de Justiça, fiscal da lei nesse mandado de segurança.

C: Bem, inicialmente eu também tive essa dúvida, e inúmeros doutrinadores se manifestaram nesse sentido, quando se fala em três anos do bacharel em direito havia dúvida se era a partir do bacharelado ou se podia serem computadas atividades exercidas anteriormente porque a norma ela não é clara, se falar três anos a partir do bacharelado, ela fala do bacharel, mas posteriormente essa questão foi regulamentada com essa norma, essa Resolução do Conselho Nacional que o senhor mencionou. Então nesse caso como já está regulamentada pelo órgão competente, a partir da resolução, salvo engano, que é de fevereiro, deve ser obedecida a contagem a partir da colação de grau, a partir daí como a própria resolução falou.

14) E: Muito bem. A Dra. já respondeu algo sobre isonomia, o que significa a isonomia, em rápidas palavras?

C: É o tratamento igual para aqueles que se encontram em situações iguais.

15) E: Em um concurso como este que a senhora está participando, a senhora recebe um Mandado de Segurança na mesma situação que a senhora está enfrentando, em que documentos são apresentados fora de prazo, isso aí é igualdade entre as partes?

C: No nosso mandado de segurança?

E: Num caso semelhante. Num concurso como esse, existe um prazo, a entrada de documentos vai até o dia 30, digamos, de agosto, e o candidato chega com o documento dia 15 de setembro, isso aí iria ferir ou não a isonomia entre as partes?

C: Sim excelência, mas sem comentar a questão relativa ao nosso caso específico...

E: A senhora é promotora... Vamos analisar o caso sobre a lei.

C: Sim, iria analisar o edital do concurso.

E: Existe o lado passional que é quem se emociona, quem vive o drama. E a senhora hora precisa se isentar da paixão, para fazer um caso, para emitir um parecer técnico.

C: Sim, excelência. Como promotora de justiça, eu analisaria os editais que regulam o concurso, se existe alguma regra editalícia que autorize o candidato comprovar essa situação em algum momento posterior, eu diria que deveria ser seguido o edital em razão do princípio da vinculação editalícia e do princípio da legalidade.

16) E: Muito bem. Claro, claro. E agora depois da decisão do Supremo com respeito do assunto que diz que é da inscrição definitiva?

C: Bem, primeiro essa decisão do Supremo disse respeito se era constitucional ou não essa exigência, foi entendido que sim. Ela tem efeito vinculante para a Administração, mas ela tem efeito vinculante a partir de 31 de agosto que foi a data da decisão. Esse entendimento ele não pode retroagir para desconstituir atos praticados regularmente. Ela deverá ser obedecida a partir de então.

E: Mas não é a decisão, ela apenas interpreta. O texto legal já existe.

C: Sim, mas é porque o texto já estava regulamentado.

E: Não precisa regulamento.

C: Mas havia divergências excelência [...]

O examinador lança para a candidata uma situação idêntica a qual ela é parte,

de forma totalmente desnecessária, para confundi-la, para desestabilizá-la, para deixá-la insegura, para deixá-la profundamente constrangida, enfim, para desqualificá-la. Chega ao ponto de exigir dela que se manifeste sobre o tema sem paixão. Pergunto. Como isso seria possível por parte de alguém que é parte interessada em processo e defende uma tese em que supostamente o examinador não concorda. Se ela insistir na sua tese, o examinador irá dizer que a resposta está errada. É óbvio. Era isso exatamente que ele queria, mas não conseguiu. Ela manteve a calma e se saiu razoavelmente bem diante da situação.

Esse comportamento do examinador, ao meu sentir, demonstra claramente a total falta de isenção para examinar a candidata, afinal havia tantos assuntos a indagar sobre direito constitucional tributário, que a pergunta que fica é: Qual a real intenção do examinador fugir totalmente do tema oficial e com um detalhe para escolher justamente o outro tema, a causa de pedir do seu mandado de segurança da candidata? A resposta é óbvia. Ressentimento, inconformismo com a irresignação da candidata. Pura vaidade. Nada mais.

O examinador seguinte, de direito administrativo e improbidade, também não foi menos cruel com a candidata. Vamos às indagações e às respostas.

Dra. Tâmera, Ponto 4, Direito Administrativo: ato administrativo. conceito, requisitos, classificação, espécies, teoria dos motivos determinantes, invalidação, além da legislação do MP que a Senhora já conversou com o Dr. Abdiel e improbidade administrativa.

1) E: Eu começo a conversar com a senhora sobre ato administrativo, e, nessa esteira, eu lhe pergunto, como se vê a auto-executoriedade diante do contido no Artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal?

C: Mas é, eu não me recordo qual é o texto contido neste artigo excelência.

E: Nem eu. O artigo mais famoso da Constituição Federal.

C: Artigo 5º, inciso LV?

E: Artigo 5º, inciso LV!

C: Excelência o rol do Artigo 5º ele é muito extenso e eu confesse que eu tenho dificuldade para decorar texto de lei...

E: Eu acho que o artigo 5º, inciso LV, a senhora citou no seu Mandado de Segurança quanto ao princípio da ampla defesa. É exatamente isso, ampla defesa.

C: Sim. Como se dá a auto-executoriedade com relação à ampla defesa?

E: Como se vê a auto-executoriedade diante do contido no Artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal? Essa é a pergunta.

C: Um dos atributos dos atos administrativos é a auto-executoriedade, mas há casos que, para que esse ato seja executado, é necessário que haja prévia instauração de um processo administrativo, com observância das regras legais, em outros não, o ato já tem esse atributo e a parte pode questionado em juízo ou até mesmo perante a Administração.

2) E: Há doutrinadores que não aceitam como correta a classificação do ato administrativo discricionário, por quê?

C: Porque, na verdade, dizem que o Administrador é sempre vinculado, embora a lei nos casos de ato discricionário, lhe conceda uma ou outra situação para atuar, para decidir, ele está sempre vinculado à moralidade e aos princípios que regem a Administração Pública e aquelas hipóteses que lhe dão o poder de decisão. Ele não pode inovar no caso.

3) E: Há alguma exceção à regra de que os efeitos da anulação dos atos administrativos retroagem ex tunc?

É: Nos casos em que há direito adquirido, há essa previsão expressa e também nos casos de revogação por conveniência e oportunidade da Administração, havendo direitos adquiridos...

4) E: Em que situação o ato administrativo geral poderá ser atacado por quem se sentir lesado pela atuação administrativa?

C: Em que situação? Qual é a medida utilizada para combater a lesão excelência? Desculpe, eu não entendi a pergunta excelência?

E: Em que situação o ato administrativo geral poderá ser atacado por quem se sentir lesado pela atuação administrativa?

C: Na situação em que esse ato vier a restringir direitos, ou a prejudicada, essa pessoa tem legitimidade para questionar em juízo ou perante a própria administração pela via cabível.

5) *E: Improbidade administrativa. É sabido que o bem de família é impenhorável, a senhora conhece alguma situação em que possa excepcionar essa ressalva no que pertine a reparação do patrimônio público?*

C: Se esse bem tiver sido adquirido com recursos adquiridos ilicitamente com dinheiro da Administração Pública, não vai prevalecer essa cláusula de impenhorabilidade. Porque, na verdade, a lei de improbidade administrativa determina que devem ser restituído ao erário todos os bens que dali forem adquiridos ilegalmente, como o enriquecimento ilícito.

6) *E: Em ação de improbidade, em caso de ocorrência de duplo grau de jurisdição, em razão da ausência de recurso facultativo, pode legitimado que não participou da relação processual interpor a apelação?*

C: No caso, somente pessoa jurídica de direito público, o MP ou o réu, esses são os interessados excelência.

7) *E: Atos anuláveis geram enquadramento na categoria de improbidade administrativa?*

C: Atos anuláveis?

E: Exatamente.

C: Os atos podem ser anulados na conveniência e oportunidade da Administração, se esse ato foi praticado dentro da regularidade, não há como enquadrado dentro da categoria de ato de improbidade.

8) *E: O parágrafo 7º do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa prevê notificação para defesa preliminar em ação de improbidade isso é regra escrita neste parágrafo. Há alguma situação em que esta pode ser dispensada pelo magistrado? A senhora conhece alguma situação?*

C: A jurisprudência tem apontado aquelas situações em que a inicial já vem corroborado de elementos suficientes quanto a admissibilidade da ação, como no caso de inquérito civil já com ampla produção de prova. A jurisprudência tem entendido que não acarreta nulidade a dispensa da notificação preliminar.

9) *E: E a jurisprudência vai buscar respaldo para isso aonde?*

C: Que, no caso, não é temerário o recebimento da inicial, ela está fundamentada e que também o processo será instaurado e será assegurado o contraditório a ampla defesa no seu curso normal.

10) E: Por que os doutrinadores, alguns doutrinadores, destacam e fazem críticas à má redação do Artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa no que diz respeito à Administração Direta, Indireta ou Fundacional de alguns dos Poderes?

C: É porque no caso, ele pega as fundações como se as autarquias ali estivessem incluídas, não especifica todos os ramos da Administração Direta e Indireta, na verdade, deixa as autarquias de fora e as outras entidade para-estatais.

Não é razoável exigir-se que um candidato saiba de cor os artigos dos textos legais. O que importa é a sua compreensão do sistema jurídico e a sua capacidade de procurar, de pesquisar aonde se encontram as respostas. Fosse assim, a imensa maioria de todos nós não deveria estar ocupando os cargos que ocupamos. Ao longo da nossas vidas profissionais, uns mais outros menos, acabamos por decorar alguns artigos de lei, mas não todos, só aqueles que mais manipulamos. Saber apenas de cor os artigos de lei não significa domínio pleno, eficaz, dos institutos jurídicos.

No caso, o examinador, não só foi extremamente irônico, ao lembrar que o Art. 5º - inciso LV, da Constituição foi o artigo do qual se valeu a candidata para impetrar a sua segurança, tentando com isso também desqualificá-la, como chegou a afirmar que se tratava do inciso mais famoso do Art. 5º. Pergunto. Em que lugar está escrito isso?

Na visão de cada um de nós, outros incisos podem ser mais importantes e, portanto, mais famosos. Eu mesmo acho que mais importante e o próprio caput do Art. 5º, que assegura, entre outros, o direito à vida, o mais fundamental de todos. Mas isso é apenas uma opinião pessoal. Respeito opiniões diversas que contemplem outras hipóteses. Estou apenas tentando demonstrar com isso a desarrazoabilidade da inquirição nos termos em que foi formulado.

Poder-se-á dizer que estou avaliando a candidata. Estou sim, não para lhe conferir nota. Se o fizesse, dar-lhe-ia, uma nota bem melhor do que aquela que obteve. Mas o que pretendo é demonstrar de forma cabal, insofismável o quanto foi extremamente tendenciosa, injusta e desarrazoada a sua reprovação. O sentimento que me ficou depois desse exame detido da prova é que a candidata já compareceu ao exame previamente reprovada.

Devo afirmar que apenas ouvi o som, não podendo avaliar gestos, troca de

olhares “cara e bocas” como afirmou a candidata, mas do conteúdo do texto, emerge uma situação totalmente irregular, absurda e que deve ser repelida.

Há outra questão que deve ser lembrada para demonstrar a falta de imparcialidade da comissão. Se não me falhe a memória, o Dr. Gilberto Barbosa dos Santos afirmou, em sua sustentação oral, que só veio a conhecer a candidata na sessão anterior deste Conselho. A Candidata, por outro lado, em suas razões que me enviou, afirma que não é verdadeira essa afirmação, porquanto há quatro anos trabalha no Tribunal de Justiça de Rondônia, sendo que frequentemente tem contato com o Procurador de Justiça que atua naquela Corte e algumas vezes chegou a recepcionar o Dr. Gilberto no gabinete do Desembargador que ela assessora, o Dr. Sausão Batista Saldanha.

Tenho como verdadeira, desculpem-me a dureza, a afirmação da Candidata e não a do Dr. Gilberto, pela simples circunstância de que foi o próprio Dr. Gilberto quem inquireu a candidata sobre o Art. 5º inciso LV, da Constituição, fazendo referência ao fato de que ela o havia utilizado no seu mandado de segurança. Se assim procedeu, como afirmar que não conhecia a candidata?

Naquele momento, o Dr. Gilberto demonstrou que já conhecia a candidata e que não veio a conhecê-la apenas aqui na sessão como disse.

É de se ressaltar, por fim, que na prova do Grupo III impugnada, houve três examinadores e apenas dois lançaram a nota, deixando de aparecer a do Dr. Abdiel Ramos Figueira. Cuida-se, portanto, de um aspecto formal extremamente relevante, suficiente, por si só, se não fossem todas as demais razões elencadas, para nulificar o exame.

Esses foram os destaques que entendi mais importantes para o deslinde do feito, de forma a demonstrar que, quando este Conselho determinou que as provas orais devessem ser gravadas, assim foi feito justamente para se evitar situações como essa, de forma a que a competição entre os candidatos se desse em condições de igualdade.

Por todos estes fundamentos, acolho o pedido, para determinar a anulação da arguição das provas do Grupo III, devendo a candidata ser submetida a nova arguição.

É como voto.

Brasília, 18 de junho de 2007.

RICARDO CÉSAR MANDARINO BARRETO

Relator