

Conselho Nacional de Justiça

Concurso de Ingresso à Magistratura – Voto do Conselheiro Joaquim Falcão no Procedimento de Controle Administrativo nº 510¹

1. Este voto está dividido em três partes. A primeira identifica de que problema trata este processo. Aparentemente, trata-se de matéria referente a um concurso público para ingresso na magistratura. Digo aparentemente porque análise mais profunda demonstra tratar-se de problema com complexidade e extensão muito maior. A segunda parte enumera algumas análises que, somadas a princípios jurídicos aos autos e fatos investigados, iluminados e relatados pelo excelente trabalho dos dois relatores, Alexandre de Moraes e Felipe Locke, ouvidas as defesas daqui da tribuna, fundamentam minha posição. Esta posição será formalizada na terceira e última parte.

PRIMEIRA PARTE: O PROBLEMA

2. Para contextualizar o problema, parece-me importante, antes, verificar algumas peculiaridades do Poder Judiciário se comparado aos outros poderes da República.

O Poder Judiciário é o único dos três poderes para o qual, ao invés de eleição e representação popular, a Constituição Federal optou por preencher seus cargos quase que exclusivamente por concurso público e meritocracia. Com isso ela afastou o Poder Judiciário da representação popular por um lado, mas por outro buscou garantir o máximo de isenção dos membros desse Poder. Por quê?

Porque o Poder Judiciário é instância final. Por ser um poder que profere decisões finais sobre as mais diversas questões, por ser um poder que atua diretamente sobre os problemas tanto individuais quanto da sociedade, por ser um poder diretamente envolvido na solução de litígios, é preciso que o Poder Judiciário seja imparcial. Não se pode permitir, portanto, que sobre os membros do Poder Judiciário paire qualquer dúvida com relação à sua isenção, à sua capacidade, à

¹ Ressalvamos que este voto restou vencido no Conselho Nacional de Justiça.

sua honestidade e à sua imparcialidade. E a imparcialidade começa pela porta de entrada: o concurso de ingresso na magistratura.

3. E o que é um concurso público para ingresso na magistratura? Qual seu significado e sua importância para a efetividade da própria Constituição? Qual sua importância diante do Estado Democrático de Direito que vivemos, de acordo com o art. 1º da Constituição Federal?

O concurso público é primeiro de todos os testes pelos quais um país reconhece se tem ou não um Poder Judiciário verdadeiramente imparcial e, como lembra Alexandre de Moraes, a imparcialidade do Judiciário está estreitamente ligada à sua independência. Aquela é fundamento desta.

E imparcialidade judicial não se evidencia apenas no direito processual e no direito material das sentenças. Evidencia-se também, e sobretudo, na maneira como se estrutura e administra a justiça. A imparcialidade processual e material, sem a imparcialidade administrativa, dificilmente se concretiza. A imparcialidade no julgar e a imparcialidade no administrar do julgar são faces da mesma moeda: a moeda da independência do Poder Judiciário. Sem esta, Estado Democrático de Direito não há.

Não é por menos que toda ditadura ou todo regime autoritário não dispensa o controle do ingresso e da permanência dos juízes, chegando a extremos como a própria cassação de magistrados, com a aposentadoria dos que não lhes são gratos.

O processo de seleção dos juízes, o concurso público previsto no art. 93, I, é, pois, a porta de entrada, a origem, o primeiro passo da imparcialidade que fundamenta e legitima a independência do Poder Judiciário. Mas dever ser imparcial não necessariamente assegura que realmente seja. Na vida cotidiana, o concurso pode, então, ser a afirmação ou a negação da imparcialidade. Há sempre que se verificar. Daí este PCA.

Imparcialidade não é uma propriedade “ontológica” dos juízes só porque passaram em uma prova técnica. É, antes, uma propriedade que está nos olhos de quem vê o Judiciário, isto é, da sociedade. É a sociedade que considera ou não o Judiciário como imparcial. A sociedade deve ser constantemente “persuadida” de que o Judiciário é imparcial. Imparcialidade é, então, um atributo de uma relação entre instituições judiciais e a sociedade, não um atributo pessoal e permanente dos juízes individualmente considerados; é uma forma de credibilidade social.

Independência e imparcialidade judicial não são fins em si mesmos. São meios. São meios para se assegurar a liberdade dos cidadãos. São, pois, antes de prerrogativas exclusivas do Poder Judiciário, direitos da própria cidadania, fundamento do Estado Democrático de Direito.

4. Alguns países optaram por escolher seus magistrados por eleição popular, como ocorre em diversos estados dos EUA. Outros, por designação do Executivo, como também ocorre nos EUA em nível federal. Outros, ainda, exi-

gem aprovação pelo Legislativo. Há ainda os que utilizam o critério de *seniority*, como a Inglaterra. A Constituição Federal fez outra opção. Optou pelo critério da meritocracia como fundamento da profissionalização. Inexiste meritocracia sem competição, e competição pressupõe igualdade para todos os candidatos.

5. O concurso público também não é um fim em si mesmo. Nem apenas privilégio, direito, ou prerrogativa de juízes ou candidatos às vagas da magistratura. É meio também. O concurso, qualquer concurso, deve contribuir para assegurar a independência e a imparcialidade do Poder Judiciário. Deve ser seu testemunho e sua confirmação. Não sua dúvida e sua negação. E o que assegura, aos olhos da Constituição e da cidadania, esta confirmação, este testemunho? A resposta não é difícil. É a garantia de que em todas as fases desde o edital, a inscrição, a seleção das bancas examinadoras, as provas e suas correções, a proclamação dos resultados e a nomeação dos aprovados, prevaleceram os princípios da impessoalidade, da publicidade e da igualdade.

Segundo Seabra Fagundes, no início da década de 1970, “(O concurso público) inspira-se em dois objetivos. Um, de interesse do próprio serviço: o recrutamento dos servidores entre os mais aptos. Outro, visando a democratizar o acesso aos cargos públicos: igualdade de oportunidade para todos, acima e além das influências pessoais”.²

Mas o concurso público, em especial no Poder Judiciário dos dias atuais, é mais do que isso. É o primeiro momento em que se pode apurar o quão igualitário e, ao final, o quão justo é esse Poder.

Em resumo: sem candidatos com chances iguais inexistirá imparcialidade na administração da justiça. Sem imparcialidade também não se garante a independência do Poder Judiciário. Sem independência inexistirá Estado Democrático de Direito.

6. É neste contexto que analiso o caso do XLI Concurso para ingresso na magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A pergunta, portanto, que temos de responder é a seguinte: *este concurso concretizou ou não o princípio da igualdade, fundamento da imparcialidade e da independência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro?*

Entro, agora, na segunda parte de meu voto e teço algumas análises.

SEGUNDA PARTE: ANÁLISE

7. A primeira análise é de natureza jurídico-estatística. Foram inscritos neste concurso 2.083 candidatos. Destes, 33 tinham parentesco com magistrados e 2.050 não. Deste total de 2.083, apenas 24 foram aprovados. Destes 24, sete são do grupo que tem parentesco com magistrados. A pergunta estatisticamente per-

² Ministério público, concurso, provas, exame psicotécnico, inconstitucionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jul./set. 1972.

tinente é: *dado que os 2.083 candidatos deveriam ter chances iguais, qual a probabilidade de que, tendo apenas 33 parentes entre os candidatos, sete, ou seja, mais de 20% deles, sejam selecionados entre os apenas 24 aprovados no concurso?*

Aplicando a fórmula conhecida como distribuição binomial, isto é, a distribuição de probabilidade discreta do número de sucessos numa sequência de “n” tentativas independentes, o resultado é que a chance de sete parentes terem sido escolhidos entre os 24 aprovados a partir de um total de 2.083 é de apenas 0,000000066. Ou seja, pode acontecer seis vezes a cada 100 milhões de concursos. Repito, seria necessário mais de 100 milhões de concursos com as mesmas características – 2.083 candidatos, 33 parentes de magistrados e 24 aprovados – para que ocorresse apenas seis vezes a escolha de sete parentes. Será que foi isto que ocorreu?

Existem duas possibilidades para respondermos “sim” a esta pergunta. A primeira seria se as chances dos 33 parentes não fossem iguais às dos demais 2.050 candidatos sem grau de parentesco. Se estivéssemos diante de tipos de candidatos diferentes: uns com mais, outros com menos probabilidades de serem selecionados. Se algum fator os desigualasse. Mas aí detectaríamos um desrespeito ao princípio da igualdade.

A segunda possibilidade de responder “sim” seria se estivéssemos diante, como ensina Bandeira de Mello, de um critério de *discrimen* legal:

“O ponto modular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele.”³

8. Neste caso, é evidente, não há, como ensina Bandeira de Mello, uma *correlação lógica* – e eu complementaria *lógico-legal* – entre o parentesco e a seleção em concurso público. Não procedem, pois, os argumentos que apontavam para a *descendência* como um fator que por si só justificaria os sete parentes aprovados. A *descendência*, ao lado da *convivência* com parentes magistrados, não é, *data venia*, nem um *discrimen* legalizado, nem não-legalizado. Inexiste qualquer estudo ou pesquisa que confirme a tese de que, direta ou indiretamente, a *descendência* e a *conveniência* são fatores. Se a *descendência* fosse um fator de tal modo desigualador, capaz de fazer ocorrer fato que só deveria acontecer seis vezes a cada 100 milhões de tentativas, acredito que a legislação republicana já o teria neutralizado em favor do próprio Estado Democrático de Direito.

9. Inexiste na legislação, na jurisprudência, na doutrina, ou nos autos resposta para esta pergunta estatística que fiz. Como ficamos então?

Podemos acreditar estarmos diante da situação que só ocorre seis vezes a cada 100 milhões de concursos, e as denúncias apresentadas e os fatos apurados

³ *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 37-38.

não têm maior significado. Todas as regras foram obedecidas. O princípio da igualdade foi respeitado. O resultado deve-se simplesmente a um melhor desempenho dos parentes de magistrados nos exames. O CNJ nada tem a fazer salvo referendar, validar e reconhecer que este desempenho foi tão diferente que fez ocorrer prematuramente uma das seis vezes.

Ou podemos acreditar que algum fator ilegal gerou a desigualdade. E assim feriu a Constituição. Não há, pois, outra saída. Se consideramos este concurso legal, afirmamos que estamos diante de uma das seis possibilidades em 100 milhões de concursos. Do contrário, somos obrigados a considerar seriamente a hipótese de que o XLI Concurso não respeitou a igualdade e a legalidade.

Vale notar que a Corte Constitucional Alemã, a partir da década de 80, deixou de analisar a presença da desigualdade buscando detectar a presença de arbitrariedades. Segundo Ricardo Lobo Torres, a análise passou a ser realizada intersubjetivamente, “*dizendo que a norma constitucional que prevê a igualdade de todos perante a lei é desrespeitada quando um grupo de destinatários da norma (eine Gruppe von Normadressaten) em comparação com outro grupo de destinatários seja tratado de modo diferente*”.⁴

Ou seja, para a Corte Constitucional Alemã basta que grupos tenham sido tratados de forma diferente, independentemente da arbitrariedade, para que se considere desigual o ato.

10. A segunda análise é de natureza jurídico-gerencial e parte da sábia lição de Carlos Maximiliano em seu *Hermenêutica e Aplicação do Direito*: “*A amplitude do campo da interpretação dos atos jurídicos decorre de não constituírem estes o seu próprio fim, porém, meios para atingir um proveito prático, e neste sentido devem ser considerados e compreendidos*” (p. 277, 19. ed.).

Este XLI Concurso foi realizado na presidência do Desembargador Sergio Cavalieri, no biênio 2005/2006. Tal Administração foi marcada não por reações contrárias pontuais e específicas com relação à Resolução 7, de combate ao nepotismo, deste CNJ. O que seria absolutamente legal e legítimo. Mas foi marcada, sim, por uma sequência de atos administrativos e disputas processuais com o fim de manter o nepotismo naquele tribunal. Permitam lembrar três episódios concretos.

a) De início, a Administração do biênio 2005/2006 requereu sua aceitação na condição de *amicus curiae* na ADC12 junto ao Supremo, o que é perfeitamente legítimo e constitucional. Mas note-se que foi o único tribunal do País a requerer sua participação na citada ADC. Em sua petição, amplamente noticiada pela imprensa como um ato institucional em favor da manutenção do nepotismo, destaca-se o entendimento de que o CNJ “*invadiu, sem nenhum constrangimento, seara alheia*”, e pede ao Supremo para “*não permitir a sua [do CNJ] insistente e indevida interferência nos assuntos de interesse interno dos tribunais do país*”.

⁴ *Os Direitos Humanos e a Tributação, Imunidades e Isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 263.

b) Apenas três dias depois de reconhecida a constitucionalidade da Resolução 7 deste CNJ em sede de liminar pelo Supremo, a mesma Administração baixou o Ato Administrativo 6/2006, que criou o “*Departamento de Assessoria Direta aos Desembargadores*”, para o qual foram transferidos os assessores de desembargadores, antes subordinados aos gabinetes. Os 51 parentes de desembargadores foram mantidos, sob a alegação de que não haveria mais subordinação. Da decisão do Conselheiro Alexandre de Moraes destaca-se: “*mecanismos ou circunstâncias propiciadas pelo ato normativo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que caracterizaram ajuste para burlar a vedação à prática do nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário*”.

c) Mais ainda, através de mandado de segurança impetrado junto ao próprio TJRJ, a Administração pretendeu fazer retornar uma servidora exonerada, agora sob novo argumento: o CNJ não teria competência para atacar atos praticados há mais de cinco anos. Utilizou-se, desta vez, de decisão local jurisdicional com trânsito em julgado como mecanismo de burla das determinações do CNJ contra o nepotismo. Este Conselho terminou por repelir este entendimento por unanimidade.

11. Ou seja, a discordância da citada Administração para com a Resolução 7 do CNJ constituiu-se em verdadeira *policy*, uma diretriz gerencial transformada em verdadeira cruzada política em defesa de um *status quo* nepótico. E o que caracteriza esta *policy*? Trata-se de uma permanente mobilização política interna ao TJRJ e de um tremendo esforço doutrinário para usar e reinventar mecanismos processuais legais – ou subterfúgios – em favor da manutenção do nepotismo. Uma política, no mínimo, temerária em dois dos sentidos eumerados por Aurélio Buarque de Hollanda: (a) sem base, sem fundamento, infundado, pois assim por duas vezes disse o CNJ e por uma vez o Supremo; (b) arriscado, imprudente, perigoso, porque expõe não só o Tribunal, mas os magistrados, os candidatos, os serventuários no mínimo.

12. Em resumo, além da baixíssima probabilidade de estarmos diante de uma chance que só ocorre seis vezes em 100 milhões de concursos com as mesmas configurações, estamos também diante de um contexto de administração judicial, comprovado faticamente e não seguido por nenhum outro tribunal, de implementar uma insistente política administrativo-processual de gestão de contestação ao fim do nepotismo.

Apesar desta política do biênio 2005/2006, a opinião pública, a mídia, as associações de magistrados, inúmeros desembargadores e, tenho certeza, a imensa maioria dos magistrados colocaram-se a favor do fim do nepotismo. Pesquisa da AMB de abrangência nacional, da qual com certeza o Rio de Janeiro não difere, indica claramente que cerca de 70% dos magistrados brasileiros são contra o nepotismo.

13. Qual a razão maior desta política gerencial, além de “proveitos práticos”? Trata-se de um política de gestão de tribunal que desconhece que os tempos mudaram. Inclusive para os administradores da justiça.

Como o Min. Carlos Ayres Brito, acredito que a força dos princípios constitucionais é que confere unidade material à Constituição e promove a espontânea adaptação dela às mutações do mundo circundante. O princípio da igualdade é um dos que conferem unidade material à Constituição. Os da impessoalidade e o da moralidade são outros. Se ontem o nepotismo era aceito, hoje estes princípios não mais o permitem. Pois o mundo circundante, o Brasil, mudou. A magistratura muda. E muda para melhor. O administrador judicial é o viabilizador da mudança, e não o seu obstáculo. Se o for, estará ampliando um fosso deslegitimizador: o que separa a magistratura da sociedade.

14. O Conselho Nacional de Justiça, criado pelo Congresso Nacional e legitimado pelo Supremo Tribunal Federal, é um auxiliar e instrumento destas mudanças. Políticas contrárias, não raramente, impõem danos desnecessários e injustos a inúmeros de seus próprios magistrados, serventuários, candidatos a magistrados e a milhares de cidadãos que se utilizam da Justiça. Danos que atingem famílias, carreiras e ideais. A decisão e a responsabilização são individuais do gestor, mas os danos são quase sempre coletivos.

15. A terceira análise refere-se aos resultados, ao elenco de fatos diretamente relacionados com o concurso e pormenorizadamente relatados pelo Cons. Filipe Locke. Qual a principal conclusão, ao meu ver, que emerge dos autos? O que temos que avaliar e julgar?

Não estamos apreciando aqui uma ou outra possível ilegalidade, uma desatenção ou descuido, um entendimento diferente da lei como, destarte, pode eventualmente ocorrer na maioria dos questionamentos de concursos judiciais que aqui nos chegam, que é natural e inevitável. Faz parte da condição humana, demasiadamente humana, diria Nietzsche.

Neste caso, ao contrário, estamos diante de uma sequência coordenada e insistente de atos, tomados pela Administração do biênio 2006/2006 visando a favorecer parentes e assessores, prejudicando diretamente os demais 2.050 candidatos, aprovados ou não.

É impressionante o número de atos administrativos convergentes a um só objetivo: desigualar candidatos iguais. Dos autos pode-se extrair que houve:

1. Indicações para as bancas examinadoras afrontando o art. 6º da Resolução 11 do CNJ

Esta resolução, de janeiro de 2006, já era de conhecimento da Presidência do TJ-RJ desde esta primeira constituição das bancas examinadoras. Portanto, na 32ª Sessão do Órgão Especial, em que o Presidente, Des. Sergio Cavalieri, apresentou às bancas examinadoras os nomes de Leonardo Pietro Antonelli (fls. 1772/1774), de Antonio César Rocha Antunes de Siqueira (fl. 1775), de Sidney Hartung Buarque (fl. 1777) e de Ricardo Aziz Cretton (fls. 1779 a 1793) não poderiam ter figurado na primeira aprovação, pois a Resolução 11 veda a participação em

banca examinadora ou em comissão de concurso àqueles que tenham exercido a atividade de magistério em cursos preparatórios nos últimos três anos (art. 6º).

2. Indicação de substituto para a banca examinadora por Presidente do TJ-RJ que estaria impedido

As inscrições para o XLI Concurso terminaram aos 30 de agosto de 2006.

Após pedido de afastamento da Banca Examinadora de Direito Civil, (cf. fls. 236, Anexo II) por parte da Des. Letícia de Faria Sardas em 04/09/2006, na 36ª Sessão do Órgão Especial, em razão de impedimento de ordem pessoal, o próprio Presidente, Des. Sergio Cavaliere, indicou o nome do Des. Celso Ferreira Filho para a substituição. Praticou tais atos mesmo com sobrinha sua inscrita como candidata no mesmo XLI Concurso.

3. Participação do Presidente do TJ-RJ como Presidente em duas sessões do Órgão Especial que trataram de matérias relativas a concurso para o qual estaria impedido de atuar

Além de presidir a 36ª Sessão do Órgão Especial, a primeira realizada após o encerramento das inscrições, o Presidente do TJ-RJ, Des. Sergio Cavaliere, também presidiu a 37ª Sessão do Órgão Especial (fls. 240-241, Volume II). Ao final desta Sessão, declarou-se impedido e pediu seu afastamento da Comissão, em razão de parentesco com candidatos inscritos no concurso. Seu impedimento, entretanto, estaria caracterizado desde o encerramento das inscrições, quando sua sobrinha já seria uma das candidatas.

4. Indicação de substitutos para a comissão do concurso e para as bancas examinadoras pelos próprios magistrados que pediram afastamento por terem parentes inscritos no XLI Concurso

Aos 11/09/2006 realizou-se a 37ª Sessão do Órgão Especial (fls. 240-241, Volume II), na qual os Desembargadores Ronald Valladares, Adilson Vieira Macambu e Laerson Mauro pediram afastamento das bancas e da Comissão em razão de parentesco com candidatos inscritos no concurso.

Cada um dos desembargadores que solicitou afastamento indicou um substituto, e todos foram aprovados pelo Órgão Especial. A correta autodeclaração de impedimento dos referidos desembargadores os impediria também de indicar os seus substitutos. Quem está impedido para o mais – elaborar as questões e examinar os candidatos – está impedido para o menos – a sugestão de nomes para a sua substituição na banca de examinadores.

5. Proposição de questão para o concurso realizada pelo Presidente do TJ-RJ, que se encontrava afastado da comissão do concurso por impedimento

Às folhas 211-212 do Volume II do processo detecta-se tentativa de interferência na elaboração das questões pelo Presidente do Tribunal, Des. Sergio Cavalieri, com o encaminhamento de sugestão de questão a ser aplicada. Segundo Ricardo Aziz Cretton, a palavra “Tributário” ao alto da folha teria sido escrita pelo próprio Presidente do Tribunal de Justiça.

6. Atuação ilícita de desembargadores do TJ-RJ na tentativa de obtenção de questões do concurso

Os Desembargadores Nascimento Antônio Povoas e Vaz Gamiliéu Quinto de Souza teriam, de acordo com o Des. Ivan Cury, integrante da Banca de Direito Penal e Processual Penal, procurado-o com o objetivo de conseguir as questões da primeira fase do concurso.

O candidato Hidemburg Brasil Pinto, aprovado no concurso, é enteado do Des. Nascimento Antônio Povoas.

A candidata Cristina Alcântara Quinto, também aprovada no concurso, é filha do Des. Vaz Gamiliéu Quinto de Souza.

7. Elaboração de gabarito não previsto no edital por solicitação do Presidente do TJ-RJ

Não obstante não existir a previsão de gabarito no edital, está claro que este foi elaborado, seja chamado de “*gabarito*”, seja de “*critérios de correção*”, por diversos fatos, como por exemplo a existência de resposta de prova praticamente idêntica ao suposto gabarito, a sua solicitação aos membros da banca por parte de outros desembargadores, com a juntada aos autos do suposto gabarito e com o seu reconhecimento por parte de Leonardo Pietro Antonelli, um dos membros da banca de direito tributário.

Constata-se, também, que a solicitação de sua elaboração foi realizada pelo Des. Sergio Cavalieri, conforme depoimento dos membros da banca de Direito Tributário, Leonardo Pietro Antonelli, Ricardo Aziz Cretton e Ronald Eucário Vilela. E teria sido produzido em 4 vias, uma para cada membro da banca e uma para o próprio Des. Sergio Cavalieri.

8. Ausência de clausura entre o momento da elaboração das questões e seu encaminhamento para impressão

Conforme próprio voto do Relator, Conselheiro Felipe Locke, foi confirmado pelo Desembargador Antonio Saldanha Palheiro, em seu depoimento às fls. 1759/1764, que não houve clausura: “... *que houve manifestação expressa pela desnecessidade da clausura...*” e que “... *certamente*

alguns examinadores deixaram o salão nobre antes do início da prova, posto que não havia obrigatoriedade da clausura...”.

E a conclusão da elaboração das questões ocorreu antes que os candidatos estivessem em clausura nas salas das provas. Logo, não se pode garantir que não houve vazamento das questões ou mesmo de seu gabarito.

É claro que a Administração Pública, mesmo que não objetivamente obrigada a realizar a clausura, é responsável, de acordo com os princípios da transparência e da igualdade, a realizar todos os atos necessários para que o concurso público não possa ser fraudado. E isso não ocorreu. Por omissão da Administração, que deixou de adotar a precaução comumente utilizada nos concursos públicos, maculou-se a imagem de todo o certame, agravada pelas demais denúncias.

9. Vazamento do gabarito, constatado pela detecção de prova com resposta rigorosamente similar da candidata Denise Pieri Nunes

Constatada a existência de gabarito ou critério de correção, a ausência de clausura após a elaboração das questões e de seu gabarito, detectou-se também a existência de prova em que as respostas de direito tributário, em especial as questões 1 e 2, “a”, eram muito semelhantes às respostas constantes do gabarito, conforme laudo pericial às folhas 935 do Volume V.

Entretanto, dada a impossibilidade de determinação de quantos tiveram acesso ao referido critério de correção, torna-se também impossível determinar quantos eventuais candidatos podem ter sido favorecidos no concurso.

10. Presença de questão de direito tributário constante da apostila da EMERJ

De acordo com a própria defesa da candidata Denise Pieri Nunes, não teria ocorrido vazamento do gabarito, mas sim aplicação de questão no concurso que já figurava na apostila da EMERJ, escola de preparação para os concursos da magistratura do próprio TJ-RJ.

Ocorre que, como aponta o Relator, antes de ser uma comprovação de que não teria havido vazamento do gabarito, é este fato a comprovação de favorecimento de alunos do curso preparatório da Escola do Tribunal em detrimento dos demais candidatos. Ou seja, mais uma inobservância do princípio da igualdade.

11. Reprovação proposital de candidata que teria se utilizado do gabarito na fase anterior, em desacordo com o edital

Em mais um descumprimento dos critérios previstos no edital, e mesmo antes do vazamento público de qualquer denúncia, ou seja, em de-

cisão envolvendo os examinadores, optou-se por reprovar a candidata Denise Pieri Nunes na prova oral.

Tal decisão foi tomada após a detecção, pelos integrantes da banca de direito tributário, de que teria havido vazamento do gabarito ou dos critérios de correção.

Ao invés de se denunciar a ocorrência de fato grave optou-se pela adoção de um método não previsto no edital. A aplicação de prova oral com o específico objetivo de reprovar candidata.

Mais uma vez deixou-se de cumprir o edital e princípios elementares de direito, como o da isonomia e da generalidade, como lembra o Relator.

12. Marcas identificadoras com o uso de corretivo em local predeterminado em 6 provas de direito tributário, detectadas por laudo da Polícia Federal (fls. 1646 e seguintes do Volume VIII)

Em 6 provas de direito tributário de candidatos aprovados foi possível detectar a aplicação de corretivo na terceira linha da primeira questão. A chance de que isso seja apenas coincidência é inexistente.

Há, portanto, mais um indício de que houve desrespeito ao edital, que determina a exclusão do concurso de candidato que permita a identificação de sua prova, de acordo com o art. 9, V. Ao invés de serem excluídos, 6 candidatos foram aprovados. Apenas outros dois candidatos utilizaram-se de corretivo na terceira linha da primeira questão de tributário e não foram aprovados.

É também mais um fortíssimo indício de que houve descumprimento de princípios constitucionais elementares, como, mais uma vez, o princípio da isonomia.

16. Ou seja, estamos diante de pelo menos 12 atos potencialmente irregulares.

O que estamos julgando hoje aqui, *data venia*, é este conjunto de atos que “*devem ser considerados e compreendidos*”, no dizer de Maximiliano, como meios para se atingir um fim diferente daquele esperado de um concurso público. Um não existe sem os outros. Isolá-los na análise é apenas um mecanismo interpretativo para esvaziar-lhes o significado real. É acreditar que estamos diante apenas de uma série não articulada de acasos gerenciais, de coincidências. Pode-se até dar um valor relativo diferenciado a um ou outro ato irregular. Uns pesam mais, outros menos na interpretação e decisão. Mas o que não se pode negar é a evidência de um impressionante e não usual conjunto significativo de atos manipuladores ou tentantes a manipular o resultado do concurso.

Nem se diga que as irregularidade se restringem à prova de direito tributário. Não se restringem. Vão desde a indicação e constituição de diversas bancas

examinadoras até a tentativa de obtenção das questões que seriam aplicadas na primeira prova, passando por desrespeitos ao edital, à indicação de substitutos etc. Depoimentos indicam também que pressões indevidas foram feitas em outras matérias. A ausência de clausura, quase uma tradição nos concursos daquele tribunal, não deixou de ocorrer apenas na prova de tributário e é outro exemplo da generalidade dos atos irregulares. A estrutura gerencial do concurso foi atingida em seu todo. De resto, não é preciso que a ilegalidade tenha ocorrido em todas as bancas: basta que tenha ocorrido na de tributário.

VOTO

Retomo, então, o problema que formulei no início: este XLI Concurso concretizou ou não o princípio da igualdade, fundamento da imparcialidade e independência do Poder Judiciário? Acredito que não. Como justificar o estatisticamente improvável com respeito ao princípio da igualdade?

As competências do CNJ, de acordo com o art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal, são:

“Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário [...]:

I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário;

II – 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.”

Entre os princípios do art. 37 estão os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

A autonomia dos tribunais não diz respeito apenas às relações com os outros poderes. Diz respeito às relações com quaisquer outros grupos da sociedade. Internos ou externos ao Judiciário. Acreditamos também que essa autonomia foi atingida.

Como ensina o professor Diego Werneck, *“mecanismos institucionais como o concurso público contribuem para a observância do art. 37 da Constituição Federal, mas apenas se forem interpretados pela população como um sinal tendente a gerar imparcialidade. A violação da finalidade por trás da regra do concurso público se torna então seríssima, porque mina esta percepção de imparcialidade que é tão difícil de nutrir e tão fácil de se perder”*.

Este concurso se realizou dentro de uma política gerencial de manutenção do nepotismo no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O conjunto impressionante e sequencial de irregularidades indica a necessidade de se anular o concurso por inteiro. Acompanho na íntegra o voto do Conselheiro Filipe Locke. Foram muitas as irregularidades detectadas:

1. Descumprimento do art. 6 da Resolução 11 deste CNJ. Nomeação de membros para as bancas examinadoras que haviam ministrado aulas em curso preparatório.
2. Desrespeito ao princípio da publicidade, art. 37 da CF:
 - a) Duas sessões do Órgão Especial que trataram de questões fundamentais para o concurso foram presididas por Desembargador impedido de fato, mas que assim não se declarou até o final da segunda sessão.
3. Descumprimento do princípio da moralidade administrativa, art. 37 da CF:
 - a) Membros das bancas examinadoras impedidos indicaram seus próprios substitutos.
 - b) Liberação dos examinadores, sem clausura, antes que os candidatos estivessem isolados na sala de aplicação da prova.
 - c) Proposição de questão aos membros da banca de direito tributário por parte do Presidente do TJRJ, que estava impedido.
4. Desrespeito ao princípio da legalidade, art. 37 da CF, por descumprimento do edital, quando:
 - a) Da elaboração de gabarito não previsto.
 - b) Proposição de questão aos membros da banca de direito tributário por parte do Presidente do TJRJ, que não integrava a banca examinadora.
 - c) Detectou-se a presença de resposta muito semelhante ao gabarito e não se procedeu à exclusão da candidata e à apuração das denúncias de vazamento das respostas.
 - d) Optou-se pela adoção de prova oral mais complexa do que de costume, com o fim de desclassificar candidata suspeita de fraudar o concurso.
 - e) Aplicou-se prova oral “razoável” aos candidatos que deveriam ser aprovados.
5. Descumprimento do princípio da impessoalidade, art. 37 da CF:
 - a) Utilização de questão constante de apostila de curso preparatório, conferindo vantagem aos alunos daquele curso em detrimento dos demais.
 - b) Quando 6 dos candidatos aprovados utilizaram-se de sinais identificadores em suas provas.

Vale ressaltar que para a Administração Pública impera o princípio da legalidade estrita, ou seja, ela só pode fazer aquilo que a lei, ou o edital no caso, permite. Assim, o descumprimento do edital e, em última análise, de diversos princípios constitucionais, constitui-se também na violação do referido princípio da legalidade estrita.

Uma palavra derradeira. Não é preciso ser consequencialista para perceber que este voto pretende reforçar a legitimidade e legalidade dos concursos de ingresso da magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro diante não apenas da população carioca, mas também dos profissionais do direito, dos estudantes, e dos próprios magistrados. E, como tal, se projeta para o futuro. De outro lado, no presente, candidatos aprovados que redirecionaram suas carreiras e seus ideais de vida em favor da melhor magistratura carioca poderão vir a ser afetados por esta política gerencial temerária que foi utilizada no TJ-RJ. Poderão ser afetados pela sobreposição do interesse público sobre o seu interesse privado. Mas, como diria um grande brasileiro, Mauro Santayana, a um amigo candidato a deputado: *“minha solidariedade eu posso dar. Meu voto, como cidadão, infelizmente não”*.

Brasília, 11 de março de 2008

Conselheiro JOAQUIM FALCÃO