PARECER

Consultado pela Dra. Maria do Carmo Moraes do Amaral Braga, por intermédio de seu ilustre procurador, acerca da possibilidade de emitir parecer jurídico sobre Mandado de Segurança que ajuizou perante o Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, procedi ao exame das várias xerocópias extraídas dos respectivos autos e que me foram encaminhadas.

Do estudo das questões de direito que delas promanam, convenci-me do "bom direito" que lhe assiste. Por isso, dispus-me em atendê-la, passando a fazê-lo, segundo o presente instrumento.

I
OS FATOS

Com clareza e precisão, além de minuciosidade, assim os expõe o nobre consulente, na sua petição inicial, fls. 2/4:

"I. — A suplicante, em 06 de agosto do ano de 1982, assumiu o cargo de Pretor, após haver sido aprovada em concurso público de provas e títulos, tendo exercido jurisdição na comarca de Pelotas, em Varas Cíveis e Criminais, estando, atualmente, em razão de haver sido reconduzida, titulando a 3ª Vara Cível da aludida comarca (doc. nº 2).

2. — Face ao Edital nº 24/83, publicado no D.O. de 23.09.83, a impetrante inscreveu-se no concurso para provimento de cargos de Juiz de Direito, tendo se submetido a todas as etapas previstas, logrando completa aprovação. Assim, na fase preliminar, obteve as seguintes notas: seis e doze (6,12) em Português e sete (7,0) em Conhecimentos de Direito. Em razão desse resultado a requerente obteve a *inscrição* definitiva no concurso, nos termos do item 3 do Edital.

3. — A segunda etapa constituiu-se de provas escritas, tendo a suplicante novamente obtido aprovação, com as seguintes notas: sete (7,0) na sentença cível, seis e cinco (6,5) na sentença criminal; oito (8,0) em Direito Civil; quatro (4,0) em Direito Comercial; seis (6,0) em Direito Processual Civil; quatro (4,0) em Direito Penal e cinco (5,0) em Direito Processual Penal.

4. — Tendo em vista esse resultado, a impetrante submeteu-se às provas orais, onde também, mais uma vez, logrou êxito, com as notas seguintes: oito (8,0) em Direito Civil; oito (8,0) em Direito Comercial; quatro (4,0) em Direito Processual Civil; cinco (5,0) em Direito Penal; nove (9,0) em Direito Processual Penal; sete (7,0) em Direito Constitucional; nove e cinco (9,5) em Direito Administrativo e seis (6,0) em Organização Judiciária.

Em após, avaliaram-se os títulos apresentados pela requerente, tendo sido atribuída a nota seis e cinco (6,5).

5. — Realizada a média de acordo com os termos do Edital, a suplicante obteve aprovação com a nota final de seis e trinta e um (6,31), posto que satisfeitas todas as condições estabelecidas, tendo o seu nome sido incluído na relação dos candidatos classificados, como se pode constatar do incluso documento e colocado em 51º lugar (doc. nº 3).

As notas referidas pela impetrante acham-se consignadas na inclusa certidão (doc. nº 4).

6. — Além da aprovação no concurso de provas e títulos, foi a impetrante considerada APTA nos exames de saúde física e mental (item 7 do Edital), conforme comprovam os inclusos documentos (docs. nºs. 5, 6 e 7).

7. — Surpreendentemente, contudo, na relação publicada no Diário Oficial de 22 de maio p.p., dando notícia dos candidatos aprovados (doc. nº 8), não constou o nome da impetrante, *aliás o único que foi excluído da relação primitiva* e ora apresentada sob o documento nº 3.

Inconformada com a não inclusão do seu nome na aludida relação, a impetrante manifestou "pedido de reconsideração" o qual, todavia, restou improvido (doc. nº 9).

8. — Exaurida a área administrativa, vem agora a impetrante, com a devida vênia, para a esfera jurisdicional, onde espera ver reconhecido o direito, líquido e certo, qual seja o de ver o seu nome incluído na relação de candidatos aprovados no concurso para Juiz de Direito, realizado sob a égide do Edital nº 24/83."

II
O DIREITO

1. Para justificar a ilegalidade do ato impugnado, indica a impetrante vários dispositivos legais, a começar pela Constituição Federal e do Estado, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, do Código de Organização Judiciária do Estado, bem como de normas constantes do Edital nº 24/83, com o qual se tornou pública a abertura do concurso para provimento do cargos de Juiz de Direito, sobre o qual versa este parecer.

São eles, os dispositivos, da Constituição Federal e do Estado, respectivamente, arts. 144, I, 153, §§ 4º e 33; da L.O.M.A.N., art. 78, § 2º; da Lei Estadual nº 6.929/75, inte-

grando o C.O.J.E., como o da Lei nº 7.356/80, art. 7º; e, ainda, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, e alguns do citado edital, operando, ainda, com citações de tratadistas e julgados dos Tribunais.

De outra parte, as informações prestadas pelo nobre Presidente do Tribunal de Justiça, procurando sustentar a legalidade do ato impugnado, acena com o C.O.J.E, art. 12; Assento Regimental nº 1/80, regulamentando os concursos, art. 33, e disposições do edital já aludido.

2. Por último, o parecer contrário da Procuradoria-Geral de Justiça aponta a aplicação do art. 12 do Estatuto da Magistratura do Estado, com as alterações que lhe atribuiu a Lei Estadual nº 7.288/79, art. 12, depois de mencionar dispositivos da Constituição da República, arts. 144, 97 e 153, §§ 4º e 15; e, finalmente, com a L.O.M.A.N., art. 78, §§ 2º e 9º.

Procura, outrossim, arrimar seu pronunciamento na opinião de Seabra Fagundes, transcrevendo, por fim, decisões do Egrégio S.T.F., publicadas na R.T.J.

III
DA CONTROVÉRSIA JURÍDICA E DO SEU CORRETO DESLINDE

A) *Considerações Preliminares*

1. Os fatos são, em sua substância, precisos e certos, sobre eles não ocorrendo qualquer dúvida ou discussão.

Daí o acerto do remédio judicial do qual se valeu o ilustre patrono da requerente — mandado de segurança —, dado que o direito é sempre certo. Ele existe ou não. É o que afirmava o saudoso Ministro Costa Manso, ao votar em célebre julgamento no Plenário do Egrégio S.T.F., quando conceituou a expressão consignada na Constituição de 1934, art. 113, § 33 — direito certo e incontestável —, equivalente a que adotaram as Constituições e leis que vieram após, usando dos termos "direito líquido e certo". É, também, o que registra Castro Nunes em sua festejada obra, *Mandado de Segurança*, ed. 1949, ps. 81 e seguintes.

2. De outra parte, correta a jurisdição da qual se valeu a postulante, o Plenário do T.J., por seu Órgão Especial (Constituição Federal, art. 119, I,."i"; Constituição do Estado, art. 132, parágrafo único, e C.O.J.E., art. 12, III, 2, 3ª indicação).

B) *Do mérito do mandado de segurança*

1. A pretensão da suplicante é, como se constata do exame da petição inicial, desconstituir a deliberação do citado Órgão Especial do T.J. que a excluiu, sumariamente, da relação dos candidatos ao provimento do cargo de Juiz de Direito, já aprovados e classificados, na fase final e derradeira, máxime negando-se a declinar o motivo do seu proceder, ainda que por ela provocado, não lhe proporcionando, conseqüentemente, a oportunidade de oferecer qualquer defesa.

2. Considero, *data maxima venia*, que já não poderia legalmente fazê-lo àquela altura do procedimento concursal, quando não mais dispunha o Tribunal do poder discricionário, segundo as próprias disposições do minucioso edital que, fundado nas normas legais e regimentais, disciplinou o certame, desde a sua fase inicial, compreendendo os pedidos iniciais das inscrições preliminares, provisórias ou precárias dos candidatos, até sua aprovação, classificação, indicação, nomeação, posse e final exercício.

E o fez, inegavelmente, com clareza, não deixando, sobretudo no pertinente a suas faces, destinação de cada uma, e área de compreensão, qualquer margem de dúvida.

3. E, tão claro e translúcido, parece-me o direito da requerente que custa-me a atinar e compreender quão infeliz foi a inspiração da Egrégia Corte ao assim proceder. Divergiu da orientação, ao menos quando, para honra minha, integrei o seu Plenário, fazendo parte das inúmeras Comissões de Concurso e, quando chamado a apreciar situações semelhantes, ou

mesmo idênticas às reveladas neste processo, distinguiu *sempre* o poder que dispunha *inicialmente*, para excluir da inscrição quaisquer candidatos a ela requerentes, *discricionariamente*, daquele outro que, a partir de então, lhe restava, e a todo tempo, mesmo após a classificação, quando seu poder seria apenas *regrado*, ou seja, menos amplo, obrigado que estava a declinar o motivo pelo qual pudesse justificar a exclusão do concorrente, acoimado de falta ou defeito que comprometesse sua moralidade, proporcionando-lhe, então, sua defesa e produção de provas, tudo sumária e secretamente, e apreciando, com o mesmo cuidado, de sua procedência ou não. De três deles, ao que me recordo, foram as acusações assim consideradas inteiramente rejeitadas, sendo eles nomeados, exercendo a magistratura com dignidade, por vários anos, um dos quais encontrei não faz muito, aposentado, e, segundo informou-me, ao atingir a 4ª entrância. Por óbvias razões, estou impedido de declinar seus nomes.

4. É sabido e ressabido que a nomeação de Juiz de Direito constitui ato administrativo complexo, do qual participam, obrigatoriamente, dois dos Poderes do Estado: o T.J. e o Governador.

Versa a espécie sobre o citado ato administrativo, na sua fase primeira, antes da indicação dos concorrentes aprovados e classificados para sua regular nomeação.

Em dita fase, o procedimento concursal divide-se em outras tantas, as quais integram o que os autores denominam fases progressivas ou sucessivas (O. Ranelletti, in *Le Guarentigie della Giustizia nella Pubblica Ammnistrazione*, 4ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, 1934, p. 117, n. 76). Assemelha-se o concurso a uma espécie de escada, cujos degraus têm área própria e devida destinação. Por eles, degraus, vai ascendendo o concorrente, conquistando, em cada um deles, um relativo direito subjetivo.

Parecem-me os concursos para provimento dos cargos públicos, especialmente os dos juízes, de maior qualificação, às licitações nas concorrências públicas, como fazem notar os tratadistas da matéria. Deles, limito-me a indicar, por sua habitual clareza, o sempre consultado Professor Hely Lopes Meirelles, em várias de suas obras, inclusive Pareceres, e das quais destaco seu considerado *Direito Administrativo Brasileiro*, 5ª ed., pp. 396 e seguintes, e a clássica *Licitação e Contrato Administrativo*, 3ª ed., pp. 117 e seguintes, todas elas ilustradas com julgados, especialmente do Egrégio S.T.F.

4.1. O que brota da simples leitura do edital em comentário é o que acaba de ser afirmado. Sua clara linguagem e disciplinação, referente às várias fases do certame, mostra a sua racionalidade, permitindo verificar, como nas concorrências públicas já citadas, que, cumpridas que sejam pelo concorrente, completam-se, ultimam-se, a elas não mais se retornando. Certamente não se afirmará que gozam, cumpridas, do poder da *res judicata*, mas, porque definitivas, não se reabrem.

5. Com efeito.

O edital que rege o presente concurso, nº 24/83, é longo, detalhado e bem sistematizado. Proporciona, assim, fácil compreensão. É penoso para o concorrente pelas exigências muitas que lhe impôs cumprir.

5.1. Começa ele disciplinando o pedido de inscrição provisória, nº 1, seguindo-se a chamada "Fase Preliminar", nº 2. Nessa, se realiza a nominada "prova escrita preliminar", dividida em duas partes devidamente esclarecidas, nºs. 2.1 a 2.6.

Aos que forem nela aprovados, proporciona-se o direito de requererem a "Inscrição Definitiva", n. 3.1, impondo ao requerente, além de petição detalhada, a apresentação de novos documentos, n. 3, alíneas *a* e *e*.

Convém, desde já, sublinhar o que estatuem seus sub-itens, 3.2 a 3.4.

Dizem eles, *verbis*:

"3.2 O Órgão Especial do Tribunal de Justiça, em sessão secreta decidirá, *conclusivamente, e por livre convicção*, a respeito da admissão dos candidatos aprovados na prova escrita preliminar, atendendo às suas qualidades e aptidão para o cargo.

3.3 A Comissão colherá informes sobre os candidatos, procedendo à sindicância da vida pregressa e investigação social.

3.4 Os candidatos aprovados na prova preliminar serão submetidos a entrevista com a Comissão de Concurso".

5.2 Sucessivamente seguem-se as "Provas Escritas", n. 4, disciplinadas nos sub-itens 4.1 a 4.6; "Prova Oral", n. 5.1; a de "Aferição dos Títulos", n. 5, integrada pelos sub-itens 5.1, alíneas *a* a *n*, e 6.2 a 6.5; as dos "Exames de Saúde, Física e Mental e o Psicotécnico", n. 7.

Atinge-se, assim, a cognominada "Nota Final", n. 8; e, à derradeiro, o "Julgamento do Concurso", n. 9. Encerra-se com os esclarecimentos do prazo de "validade" do concurso, n. 10. Segue-se a da "Nomeação", n. 11, "Observações Gerais", ns. 12 a 12.5; e, para encerrar, o de n. 13, o da "Comissão de Concurso".

6. A requerente submeteu-se a todas elas e as satisfez, cumpridamente, tanto que atingiu àquela da aprovação e subseqüente classificação, cabendo-lhe o 51° lugar, em lista que foi divulgada.

6.1 Foi aí que aconteceu o pior, resultando, após dita divulgação, omitido o seu nome ao ser publicada a relação no D.O. de 22.05.85. Continua ela a ignorar o motivo da exclusão, ainda que, em reclamo administrativo, o propugnasse, sendo ele indeferido, o que lhe obstou qualquer gênero de defesa da presuntiva ocorrência da falta, a qual há de ser grave, face ao grau de penalidade que lhe foi imposta, com o elenco de efeitos, os mais variados e negativos, quanto à sua personalidade.

Observo, *data venia*, que em épocas passadas, como já salientei atrás, diversa era a orientação da Colenda Corte.

Vigilante sempre como me impendia o ser, como os demais Colegas, estive sempre atento a repelir concursandos sobre cuja idoneidade moral pairasse dúvida. E isto desde os momentos iniciais de análise da inscrição. Nessa fase, fazendo-o *discricionariamente*, como já era admissível (M. Petrozziello, in *Il Rapporto di Pubblico Impiego*, Società Editrice Libraria, 1935, p. CLI). Mas, note-se, procedia o Eg. Tribunal diversamente quando a acusação ocorria em fases posteriores do concurso, quaisquer que fossem elas, mesmo à altura posterior a da aprovação e prestes à indicação dos candidatos já classificados. Ouvia-se, nesse ínterim, o acusado para que a conhecesse, oferecesse defesa e, se o quisesse, apresentasse provas. Em sessão secreta, o Tribunal apreciava o ocorrido e decidia, por maioria de votos, pela sua procedência ou não. Excluía-se o concorrente na primeira hipótese, ou mantinha-se-o no lugar conquistado na segunda. E assim era o seu procedimento habitual, repetido e unânime, isso porque seu ato administrativo era, manifestamente, *regrado*, em harmonia com os termos da lei e em consonância com as garantias que a Constituição assegurava ao candidato.

Em precioso estudo intitulado "L'Esclusione dai Pubblici Concorsi e L'art. 51 della Costituzione", publicado na renomada *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1952, conclui, em significativo trecho, Giovanni Miele, *verbis*:

"Quindi, di fronte a un atto amministrativo lesivo di un diritto o interesse legittimo v'è sempre la possibilità della tutela giurisdizionale; ma, poichè la lesione di un diritto o interesse legittimo può essere in relazione ai motivi determinanti dell'atto, la persona cui il provvedimento si riferisce deve essere messa in grado di conoscerli. Ne consegue allora, che, allo stesso modo in cui gli altri elementi rilevanti per la legittimità dell'atto risultano o debbono risultare dall'atto stesso, come la competenza, l'osservanza delle forme e della procedura, la menzione che è stato udito un parere obbligatorio, così parimenti deve risultare dall'atto la specificazione delle ragioni giustificative che siano giuridicamente rilevanti per la legittimità di esso".

7. Considero, por isso, *data venia*, que mal orientada esteve a Egrégia Corte ao proferir a deliberação com respeito à requerente.

8. A análise do edital do concurso não autoriza, *data venia*, a exclusão comentada.

Realmente, e cabe insistir.

Em duas oportunidades o respeitável Órgão Especial do Tribunal de Justiça examina e decide a respeito da idoneidade do concorrente: primeiramente, na chamada "Inscrição Definitiva", ns. 3 e 3.2; posteriormente, a segunda das fases para o exame da honorabilidade do candidato é a do "Julgamento do Concurso", n. 9, e, em especial, n. 9.1.

Convém ter presente essas normas indicadas, as quais me abstenho de transcrever para não estender em demasia o presente pronunciamento, posto que as recordando a cada passo, pois elas são decisivas para apreciar o procedimento recursal.

8.1 Na primeira fase, o poder da Corte é *discricionário*, tal como o conceitua a doutrina e repetem os julgados dos Tribunais.

Na segunda das fases indicadas seu poder é *regrado*, como em qualquer outro momento, até o da posse do candidato. E, ocorrendo a indicação da falta, o comportamento do Tribunal é diverso, obrigado que está a convocar o acusado, revelando-lhe em que consiste a inculpação.

Oferece-lhe, então, oportunidade de defesa e até de produção de provas. Secretamente as examina e decide, já não mais de plano e conclusivamente, como sucede quando dispõe do poder discricionário, posto que com base no livre convencimento, e conclui por sua procedência ou não, com os efeitos daí emergentes e já considerados, como é próprio do ato regrado.

O cuidado que deve orientar o Tribunal no exame da honorabilidade dos candidatos à judicatura é questão que me dispenso de considerar, pois é conhecido o alto proceder com que sempre atua a mais alta Corte de Justiça local.

Ora, se a honradez do cidadão merece integrar sua personalidade, admitindo presuntivamente sua ocorrência, com mais forte razão a do funcionário público que dispõe de parcela de autoridade, notadamente o juiz, que vai julgar os atos de seus jurisdicionados, nos mais variados sentidos, seja na família, como marido e pai; seja no ambiente de trabalho, quando pratica tantos atos administrativos, no exercício da função, quanto na tela criminal, quando aplica as mais graves sanções.

São os magistrados como a mulher de César, sejam, em realidade, honrados, mas parecerem o ser, como requer a comunidade onde irão praticar o seu delicado ofício.

8.2 Não foi em vão que o Egrégio Tribunal de Justiça, ao ser procedida a adaptação da Constituição do Estado à Carta Federal, propôs — e a Colenda Assembléia Legislativa aceitou — a adaptação que constou do novo texto constitucional do Estado, em seus arts. 109, V, e 115.

Todavia, o Governador representou à Procuradoria-Geral da República arguindo a inconstitucionalidade dos preceitos citados, além de muitos outros.

Tomou dita Representação o nº 749 e foi julgada improcedente (*Representações no S.T.F.*, t. II, pp. 206 e seguintes; RTJ, vol. 50, pp. 738 e seguintes).

Criou-se, na ocasião, a figura do Juiz Adjunto, estatuindo-se que só se tornaria Juiz de Direito aquele que, depois de ultrapassado o prazo de dois anos da investidura no cargo para o qual havia prestado concurso apenas nas provas intelectuais, prestasse, agora, decorrido o biênio, concurso de títulos.

A excelência do novo sistema, salientei então, e com ligeiras modificações de forma, consta hoje da Carta local, Emenda n. 7.

8.3 Invoco o precedente para mostrar que a vigilância dos Órgãos Disciplinares não se finda com os concursos, sobre os quais se discute neste mandado de segurança. Prorroga-se, ela, pela vida inteira dos magistrados em atividade. E ela se torna quão mais fácil, proveitosa e salutar ao Poder Judiciário quando antes de adquirir o magistrado as prerrogativas de juiz vitalício. Ela já ocorria, há anos, no Estado de São Paulo, no extinto Estado da Guanabara, onde o prazo era de quatro anos, e, pelas virtudes do sistema, outras unidades da federação o aceitaram.

É que, até então, precárias eram as condições para examinar de requisitos outros a satisfazer pelo juiz, além daqueles comprovados no concurso de provas.

Os que versaram os predicamentos impostos aos bons juízes os destacam em suas obras, votos e artigos de doutrina (Mário Guimarães, *O Juiz e a Função Jurisdicional*; identicamente o salientou o julgado em M.S. n. 2.267, em 30.11.53, publicado na R.D.A., v. 60, ps. 120/3). O *Diagnóstico* elaborado pelo S.T.F. sobre a Reforma do Poder Judiciário realizada em 1977, quando eu exercia a Presidência daquela Alta Corte, depois do estudo meditado dos mais de noventa volumes com proposições dos Tribunais e mais aquelas que constam hoje de seus arquivos, o salienta. Igualmente o faz a Proposta de Reforma do mesmo Estatuto, em 11.05.56 (in R.D.A., v. 46, pp. 54 e seguintes).

Cabe ler, para melhor ilustrar, todo o debate que se fez na Egrégia Suprema Corte quando, larga e profundamente, houve por bem rejeitar a inconstitucionalidade da representação, no particular, para se verificar a importância que aquela Corte emprestou aos predicamentos impostos aos juízes (Rp. n. 749, in R.T.J., v. 50, pp. 738 e seguintes).

8.4 Essas observações que acabam de ser feitas para bem evidenciar a exigência mais que indórmita que se reclama quanto aos juízes e dos Órgãos Superiores que sobre eles têm jurisdição, notadamente disciplinar, — faltas de ordem moral e social — acaso ocorrentes, ao menos a eles imputadas, impõe-se, como não poderia deixar de ser, sob pena de contrariar a Constituição, assegurar-lhes toda defesa, dependendo os procedimentos adotados dos direitos subjetivos que já dispõem, tal como estatuem os diplomas citados. E acentue-se que sempre opera-se veladamente, discretamente e até, por vezes, secretamente, para assegurar, a cada passo, a discrição na sua apuração, em prol do Poder Judiciário.

Falam por si alguns julgamentos ocorridos na Suprema Corte, muitos dos quais participei, como se vê das publicações já feitas (R.T.J., v. 85, pp. 986 e segs.; v. 86, ps. 619 e segs.; v.89, pp. 846 e segs.; e v. 109, ps. 48 e segs.).

9. *In caso*, a requerente foi excluída, cancelando-se a sua inscrição sumariamente, nas circunstâncias já por vezes várias sublinhadas, quando, até então, sua inscrição prevaleceu para justificar as muitas provas que lhe sucedeu.

Procedeu a Egrégia Corte como se dispusesse do poder *discricionário* que já não possuía, o qual era evidentemente *regrado*. Obrigado, então, ao exercício de atividade sujeita à disciplina legal, seja como se deduz das disposições constantes do edital já comentado, as quais condensam toda a legislação pertinente, seja da própria Constituição, ao calor das quais devem ser consideradas e obedecidas.

9.1 Na espécie já tão examinada, omitindo-se o Colendo Tribunal em proporcionar à requerente, como lhe cumpria, o direito de defender-se, praticou ato administrativo eivado de nulidade mortal, tal como dispõe o Código Civil, art. 145, IV, aplicável também aos atos administrativos, na lição unânime dos autores, como já salientava há anos o Mestre saudoso Ruy Cirne Lima (*Princípios de Direito Administrativo*, 5ª ed., 1982, p. 94), combinado com o art. 153, §§ 15, 21 e 4º, da Constituição Federal de 1969.

Outro não é o ensinamento de Raphael Alibert, em sua obra clássica *Le Contrôle Juridictionnel de L'Administration*, Paris, 1926, pp. 221/2, *verbis*:

"Le vice de forme en droit administratif est une nullitté qui provient de la violation de formes édictées par les lois et règlements. Cette nullité existe sans texte et elle est en principe absolue.

Les formalités administratives ne sont pas des procédures de pure forme dont il serait loisible à l'administration d'éluder l'accomplissement. Ce sont des garanties accordées aux administrés; elles sont pour eux la contre-partie des pouvoirs exorbitants de l'administration, ainsi qu'une assurance contre le risque des décisions hâtives, mal étudiées et vexatoires. Elles sont en principe d'ordre public".

9.2 É lamentável que a Egrégia Corte tenha procedido contra a lei, realizando o ato impugnado, deslembrada de assegurar o direito

de defesa à concorrente, máxime nas circunstâncias em que o fez. Dito direito é inato à criatura humana.

O próprio Deus, o mais sábio e justo dos juízes, assim o entendeu, apesar do seu poder total, desde o princípio do mundo. Externou-o ao ser cometido o primeiro homicídio ocorrido sobre a Terra, quando Caim, levado pela inveja, matou seu irmão Abel.

São palavras do Senhor, segundo a *Bíblia Sagrada*, *Genesis*, cap. 4, nº 9:

"E o Senhor disse a Caim: onde está teu irmão Abel ao que Caim respondeu. Eu não sei. Acaso sou eu guarda do meu irmão?"

E consta do mesmo livro e capítulo, nº 10:

"Disse-lhe o Senhor: Que é o que fizeste? A voz do sangue de teu irmão clama desde a terra até mim."

E, só então, o Senhor o puniu. Não se animou, o maior Juiz, a aplicar-lhe a sanção, como o fez, *sem ouvi-lo para que se defendesse*.

E assim seguiu-se na marcha das gerações.

Entre nós, o direito de defesa jamais foi ignorado e deixou de ser reconhecido. Desde o regime republicano, conforme a Constituição de 1891, resultou expresso, art. 72, § 16. Integrou, ele, as demais Constituições que àquela se seguiram: 1934, 1937, 1946, 1967 e Emenda nº 1/69, art. 153, § 15, em pleno vigor.

9.3 Por certo os fatos mais comuns ocorrem nos procedimentos criminais. Mas sempre se reconheceu a necessidade de observar-se o direito de defesa nos processos administrativos, quando do seu exame se imputa falta grave ao servidor. No presente procedimento, a toda evidência, ele é de aplicar-se, eis que trata de processo semelhante ao qual incidem normas decorrentes do Direito Administrativo.

9.4 Cabe assinalar que mesmo no regime revolucionário instaurado no País em 1964, os Atos Institucionais, embora sobranceiros à própria Constituição, reconheceram o direito de defesa, deixando-o expresso. Assim ocorreu com o primeiro deles, AI n. 1/64, art. 7º, § 4º, com a regulamentação que lhe atribuiu o Decreto nº 53.897, de 27.04.1964, art. 5º (in R.F., v. 206/434), ao impor graves sanções.

No S.T.F. concorri com meu voto para anular diversas sanções impostas com base no citado art. 7º, § 4º. E o fundamento central das nulidades dos procedimentos referidos assentou na falta de audiência dos imputados, como o impunha a citada legislação. Destaco de tais julgamentos os primeiros deles, publicados na R.T.J., v. 47/211; v. 50/67; e v. 53, pp. 120 e 379.

Inegavelmente o princípio em comentário, direito de defesa, aplica-se ao procedimento do concurso quando, é certo, ocorre acusação sobre o concorrente já admitido em definitivo, depois de procedido o seu respectivo exame, discricionariamente, pelo Tribunal. Certo ele não vem expresso, apesar dos detalhes introduzidos na regulamentação do concurso, seja, no edital, seja em leis outras a ele referentes.

Dito direito, que o Padre Vieira acentuava em seus "Sermões" ser "sagrado", está implícito na sua disciplinação, eis que a Constituição sobre ele incide, projetando-se com toda a força e intensidade.

Cabe, aqui, invocar a lição do saudoso mestre Pontes de Miranda, em seus *Comentários à Constituição de 1967 c/c a Emenda nº 1/69*, t. 4º, p. 624, "c", *verbis*:

"Nenhuma lei brasileira pode ser interpretada ou executada em contradição com os enunciados da Declaração de Direitos, nem em contradição com quaisquer outros artigos da Constituição de 1967; porém alguns dos incisos do art. 153 são acima do Estado, e as próprias Assembléias Constituintes, não os podem revogar ou derrogar. Tais incisos são os que contêm declaração de direitos fundamentais supra-estatais".

10.1 Certamente se dirá que, em sendo assim, mesmo na primeira fase do certame, havendo dúvida sobre a idoneidade do concorrente, o direito de defesa tinha de lhe ser reconhecido. Sem qualquer razão o argumento porque opera, então, o Tribunal, discricionariamente, com o poder que sempre se lhe

reconheceu e sempre constou das leis e regulamentos dos concursos. E inexiste, ademais, qualquer direito do candidato de ser admitido naquele instante prefacial do respectivo procedimento. Jamais daí por diante, quando o seu pedido de inscrição já fora reconhecido como definitivo, tal como ocorreu com a requerente.

10.2 Por último, e para concluir.

O Egrégio Tribunal teria cancelado a inscrição da postulante e, conseqüentemente, a excluído do rol dos candidatos já classificados, onde se encontrava. Presumidamente, por considerá-la inidônea.

10.3 Todavia, surpreendentemente, em momento posterior, propôs a sua recondução no cargo de Pretor para a mesma comarca a qual já jurisdicionava, Pelotas, onde sempre viveu na condição, outrossim, de mulher casada, como o era e é, no mesmo lar, o qual, também, jamais fora afetado.

10.4 Para admissão ao cargo em questão, Pretor, é condição ser pessoa idônea, exigindo-se que faça prova de idoneidade moral, conforme Assento Regimental nº 1/82, art. 10, nº 4. Tal condição foi feita e reconhecida no respectivo concurso. Agora, reiterou o Egrégio Tribunal seu reconhecimento, ao propor sua recondução, como o requer o Assento Regimental nº 2/84, art. 22.

10.5 Inexplicavelmente, negou perdurasse dita idoneidade no procedimento aqui atacado, quando, em conseqüência, adveio o ato impugnado.

10.6 Uma única solução é de extrair-se: a idoneidade da postulante a acompanhou sempre ou, entrementes, dela tendo decaído após o julgamento final do concurso. Entretanto, a reconquistara mais tarde, ao propor o Tribunal a sua recondução ao cargo de Pretor ou, ainda, a acusação que levara a Corte a excluí-la do concurso e gerou o ato impugnado teria sido julgada improcedente, quando melhor apurado o fato imputado.

10.7 O que era, então, de esperar-se do Egrégio Colegiado era corrigir seu erro anterior, que ocasionara a prática do ato atacado, com base no princípio insculpido na Súmula do S.T.F., verbetes ns. 346 e 473, primeira parte, condensando julgamentos seus, fundados na melhor doutrina.

Dispõe o primeiro, *verbis*:

"A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos."

E o segundo:

"A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais porque deles não se originam direitos."

10.8 A essa altura somente resta lançar a conclusão deste parecer. É o que se faz, encerrando-o; nele, por vezes se repetiu certas deduções mas, repita-se, com a intenção única de melhor esclarecê-las, para salientar o direito líquido e certo da requerente.

III
CONCLUSÕES

Espera-se, assim, que o Egrégio Tribunal, por seu Órgão Especial, em sua alta sabedoria, defira o presente *mandamus*, reconhecendo a nulidade do ato impugnado, repondo a postulante na mesma situação em que se encontrava quando a afastou da relação classificatória (R. Alibert, *in Op. cit.*, p. 53); ou, pelo menos, defira-o em parte para, anulando o citado ato, proporcionar à postulante a defesa da falta que lhe é imputada, declinando-se, concretamente, qual seja ela, e, se considerar necessário, produzir provas de sua improcedência.

É o PARECER.

Porto Alegre, 18 de abril de 1986.

Carlos Thompson Flores, Ministro aposentado e ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal.

O presente parecer foi acolhido pelo STF quando do julgamento do RE nº 116.070-RS, rel. Min. Aldir Passarinho, in RTJ 129/883.