

EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR RELATOR DO MANDADO DE SEGURANÇA N.º 94/2005, DO ÓRGÃO ESPECIAL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

Mandado de Segurança n.º 2005.004.00094

Impetrante: GUSTAVO BANDEIRA DA ROCHA OLIVEIRA

Impetrados: EXMO. SR. CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E COMISSÃO DO XXXV CONCURSO DE ADMISSÃO NAS ATIVIDADES NOTARIAIS

O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pessoa jurídica de direito público interno, com endereço para o recebimento de intimações na Rua Dom Manuel, 25, Centro, Rio de Janeiro/RJ, vem, nos autos do Mandado de Segurança sob o número em epígrafe, por seu Procurador in fine, nos termos do art. 228 do CODJERJ, expor para, ao final, requerer o que segue.

I – DO HISTÓRICO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por magistrado, em virtude da instauração de processo administrativo para fins de eventual eliminação do XXXV Concurso Público para Admissão às Atividades Notariais e de Registro.

Alega o Impetrante que, após a sua aprovação em 9.º lugar no certame acima mencionado, foi investido na delegação para o exercício da atividade extrajudicial do Serviço do 8.º Ofício de Notas da Comarca da Capital, encontrando-se em vias de tomar posse e, concomitantemente, exonerar-se do cargo público de magistrado.

Afirma que, mesmo após encerrado o concurso público, o Centro de Produção da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – CEPUERJ encaminhou correspondência à Corregedoria-Geral da Justiça, informando haver identidade na marcação das respostas da prova objetiva do Impetrante e de sua esposa, sendo certo que prestaram o exame na mesma sala e que, estatisticamente, a probabilidade de coincidência é reduzida. Diante disso, instaurou-se processo administrativo com vistas à eventual eliminação de ambos os candidatos.

Concedida a medida liminar, foram prestadas as informações pela autoridade impetrada. Foi o **ESTADO DO RIO DE JANEIRO** intimado, por intermédio da Procuradoria Geral do Estado, a manifestar-se no feito, sendo certo que, *permissa maxima venia*, não merece prosperar a pretensão do Impetrante, como se demonstrará adiante.

II – DA ILIQUIDEZ E DA INCERTEZA DO DIREITO INVOCADO PELO IMPETRANTE

É possível sintetizar os argumentos do Impetrante – como o próprio, aliás, faz às fls. 07-08 do presente – em quatro teses principais:

- a. o edital do concurso público não previa eliminação em virtude de “coincidência estatística” ou a realização de processo eliminatório;
- b. não caberia a realização de procedimento sancionatório em desfavor do Impetrante, tendo em vista suposta ausência de elementos mínimos de convicção;
- c. a eliminação do Impetrante representaria a inobservância das regras legais de investidura e de perda de delegação das atividades notariais, desconsiderando, ainda, uma suposta preclusão administrativa;
- d. o Impetrante teria direito à investidura na delegação sem qualquer condição resolutiva.

Cumprido rechaçar, uma a uma, tais teses.

a. Da adequação da conduta da autoridade impetrada às normas editalícias

Alega o Impetrante que sua eliminação – que ainda não ocorreu – violaria as regras do edital, que permitiriam a exclusão de candidato apenas em caso de flagrante de comunicação na prova. Contudo, não é essa, *data venia*, a interpretação mais razoável da norma editalícia aplicável.

Com efeito, verifique-se o disposto na cláusula n.º 12.5 do edital do concurso público em questão, *in verbis*:

12.5. Será eliminado do Concurso, em quaisquer das suas fases, o candidato que:

[...]

b) durante a aplicação das provas, for surpreendido em comunicação, de qualquer natureza, com outro candidato;

De acordo com a interpretação do Impetrante, apenas a hipótese de flagrante de comunicação, na ocasião da realização da prova, permitiria a eliminação. No entanto, é de meridiana clareza que a *ratio* dessa regra é a de fixar o lapso temporal em que a comunicação é vedada e não apenas a de indicar um único momento em que se poderia verificar a comunicação.

Vale dizer, o elemento temporal indicado por “*durante a aplicação das provas*” designa o momento em que a comunicação é proibida entre os candidatos. Não seria razoável que, caso a Administração tivesse conhecimento de comunicação entre os candidatos posteriormente ao momento da prova, restasse impedida de proceder à respectiva eliminação.

Demais disso, tal exegese da regra do edital não seria apenas irrazoável, como também atentatória ao princípio constitucional da moralidade

administrativa (art. 37, *caput*), na medida em que, em injustificável formalismo, impusesse à Administração o dever de admitir candidatos de cuja violação às regras do concurso teria conhecimento.

Pois é esse, *concessa venia*, o caso dos autos. A Administração, no caso, tem lastro probatório (cópia às fls. 53) para concluir que há indícios de fraude às regras do certame, perpetrada pelo Impetrante e por sua esposa. Não poderia, portanto, cruzar os braços e ignorar o fato – assim foi que houve por instaurar processo administrativo para apurar o fato.

Logo, não houve, em suma, descumprimento da regra editalícia – ao revés, observou-se a sua finalidade última, que é a de punir com a eliminação os candidatos cuja comunicação é detectada pela Administração.

Não é demais registrar – e isso será reiterado no item seguinte – que os documentos da Administração que atestam, *prima facie*, a possível ocorrência de fraude são dotados de presunção de veracidade, cumprindo ao Impetrante, eventualmente, ilidi-la.

De resto, não se sustenta o argumento de que o edital do XXXV Concurso Público para Admissão às Atividades Notariais e de Registro não prevê processo eliminatório, mesmo porque **o Impetrante, cumpre frisar, ainda não foi eliminado do concurso. Se haverá processo administrativo para a eventual eliminação, assim se dá em benefício do próprio Impetrante**, que terá, no curso do processo, a possibilidade de oferecer defesa à imputação de possível violação das normas do concurso, que será devidamente submetida ao crivo do contraditório.

Tem-se, portanto, situação mais benéfica que a eliminação sumária do Impetrante, razão pela qual a irresignação do Impetrante, *concessa venia*, é inteiramente descabida.

b. Da existência de prova mínima para a instauração de processo administrativo para a eliminação do Impetrante

De outro giro, não há descurar que a conduta da Administração – consubstanciada na deliberação em favor da instauração de processo administrativo prévio à eventual eliminação do Impetrante – foi adotada com base nos cartões de resposta, preenchidos pelo Impetrante e por sua esposa quando da participação no concurso.

Os cartões, cujas cópias encontram-se às fls. 53 destes autos, não deixam margem de dúvida quanto aos fatos: **ambos os candidatos prestaram exame na mesma sala e tiveram exatamente os mesmos erros e acertos**. A probabilidade estatística de coincidência, como asseverado pela entidade organizadora do concurso, é remotíssima.

Ora, se a existência de cartões com idênticas respostas e a informação da entidade que organizou o certame, de que era improvável a coincidência, não podem ser consideradas provas mínimas para a instauração de processo administrativo, o que, então, o será? Registre-se,

ainda uma vez, que em nenhum momento se procedeu a uma eliminação sumária do Impetrante – as prova, no caso, serviu para que a Administração se convencesse de que era necessário apurar a eventual ocorrência de fraude e, sendo assim, permitir a manifestação dos envolvidos e a apresentação de defesa.

A Administração, portanto, praticou ato regular, **com base em elementos de convicção presumidamente legítimos**. Nesse diapasão, convém recordar que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e de veracidade quanto aos fatos a que se referem. É o que se colhe, por exemplo, da lição do eminente MARÇAL JUSTEN FILHO, em textual:

“A presunção de legitimidade consiste na presunção relativa quanto à regularidade jurídica dos atos produzidos pelo exercente de função administrativa, do que decorre sua aptidão para gerar efeitos vinculantes erga omnes.

[...]

O primeiro aspecto da presunção de legitimidade se relaciona com o conteúdo do ato administrativo. Presume-se que o conteúdo é compatível com o direito e que os fatos cuja ocorrência é afirmada efetivamente ocorreram.

Isso envolve a presunção de regularidade quanto:

- à interpretação jurídica adotada pela Administração para o direito aplicável ao caso;
- à avaliação e qualificação jurídica dos fatos relevantes para o caso;
- ao exercício de competências discricionárias e vinculadas atribuídas à Administração;
- à afirmação da Administração quanto à ocorrência dos fatos relevantes.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 203-204)

Logo, milita em favor da Administração Pública a presunção de que os fatos foram adequadamente interpretados, *permissa venia*, como indícios de fraude às regras do concurso, idôneos a ensejar a instauração de processo administrativo. Havia, pois, **prova suficiente** a motivar a realização do ato administrativo impugnado pelo Impetrante.

Obviamente, a presunção é relativa, mas caberia ao Impetrante ilidi-la, o que não seria possível em sede de mandado de segurança, como se verá adiante.

c. Da constitucionalidade e da legalidade da instauração de processo

administrativo com vistas à eliminação do certame – do poder-dever de autotutela da Administração Pública

Demais disso, a conduta da Administração foi perfeitamente compatível com as normas constitucionais e legais aplicáveis à espécie. Com efeito, os documentos encaminhados à Corregedoria-Geral de Justiça configuraram indícios de grave afronta às regras do concurso público, sendo certo que, uma vez comprovadas de forma inequívoca, haveriam de gerar sanção. É certo, então, que, infringidas as normas do concurso público, a sanção cabível é a eliminação do candidato.

Ocorre que o Impetrante não foi sumariamente eliminado do concurso. Bem ao revés, trata-se de caso em que, previamente à imposição de sanção ao Impetrante, ser-lhe-ão assegurados o contraditório e a ampla defesa, através de processo administrativo instaurado para esse fim. Indubitável, portanto, que restaram plenamente atendidos os incisos LIV e LV do art. 5.º da Constituição da República. Noutras palavras, a instauração de processo administrativo garantirá, em favor do Impetrante, a observância do devido processo legal.

Insubsistente, ademais, a alegação de que a eliminação do Impetrante violaria o disposto na Lei n.º 8.935/94 relativamente à perda da delegação. Com efeito, enuncia o art. 35, inciso II, do mencionado diploma legal:

Art. 35. A perda da delegação dependerá:

[...]

II – de decisão decorrente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, assegurado amplo direito de defesa.

Assim, se o processo administrativo for instaurado por autoridade competente e se forem garantidos o contraditório e a ampla defesa, restarão preenchidos os requisitos para a observância do *due process of law*.

Note-se, por seu turno, que o art. 44, inciso VI, do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado confere ao Corregedor-Geral da Justiça a competência para conhecer de representação contra serventuários (entre os quais se incluem os delegatários das atividades notariais). Logo, compete ao Corregedor-Geral da Justiça instaurar o procedimento administrativo para fins de perda da delegação.

Ora, se o Exmo. Sr. Corregedor-Geral da Justiça presidiu a Comissão do XXXV Concurso Público para Admissão às Atividades Notariais e de Registro, que, mediante as informações prestadas pelo CEPUERJ, decidiu pela instauração de processo administrativo, com a intimação do Impetrante para oferecer defesa, **dúvida não há de que restou preenchido o requisito da competência.**

Não merece acolhida, de resto, a alegação de que o curso de tal processo administrativo seria inadmissível em virtude de a delegação ter sido feita por ato do Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça. Se assim fosse, seriam inválidos todos os processos administrativos do Tribunal, que não são presididos pelo Exmo. Sr. Presidente da Corte.

Vale dizer, a discussão sobre a competência para desfazer o ato de delegação do Impetrante, *concessa venia*, é irrelevante para o deslinde da causa, tendo em vista que o processo administrativo foi instaurado pela autoridade competente.

d. Da impropriedade da digressão acerca da delegação sob condição resolutiva

Há que se apontar, ademais, o desvio de perspectiva do Impetrante ao afirmar que não seria cabível a delegação sob a pendência de condição resolutiva.

Com efeito, confere-se nas lições de ODETE MEDAUAR (*Direito Administrativo Moderno*, 8. edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 317-318) – que, muito embora referidas ao provimento de cargos públicos, é perfeitamente compatível com as funções públicas de delegatários de serviços notariais – que as atividades dos que exercem função pública são iniciadas mediante a nomeação, a posse e o início do exercício.

Também para os serviços notariais a mesma lógica se impõe: são etapas necessárias a **delegação**, a **posse** e o **início do exercício**. Segundo a administrativista, dá-se a **posse** quando são aceitas as atribuições e as responsabilidades inerentes à função, de tal forma que, **inocorrida a mesma, a delegação perde a eficácia**. Vale dizer, a investidura somente de aperfeiçoa mediante a prática dos três atos acima referidos; **mais ainda, é, sim, condição resolutiva para o aperfeiçoamento da delegação que o delegatário a aceite, por termo escrito – ou seja, que tome posse.**

Trata-se, é bom frisar, de circunstância de conhecimento do Impetrante, que, em seu pedido liminar, pede a suspensão da posse, justamente com vistas a preservar os efeitos da delegação até o julgamento de mérito deste *writ*.

Pois bem. É obrigação da Administração Pública dar posse a quem for investido de função pública. No entanto, assevera o já citado Professor MARÇAL JUSTEN FILHO (ob. cit., p. 630) que a posse é direito subjetivo daquele que foi **regularmente investido** no cargo ou função pública.

No caso em apreço, há indícios de que a delegação concedida ao Impetrante não foi regular, porque pode ter havido fraude às regras do concurso em que foi aprovado. Em suma, se restar, ao final do processo administrativo, que o Impetrante praticou fraude ao concurso, sua investidura se revelará irregular e ele, portanto, não terá direito à posse. Acentue-se, à exaustão, que a Administração não poderia haver adotado outra conduta a não

ser a de proceder à apuração, com a oitiva do Impetrante, de situação que poderia significar a mácula na aprovação do Impetrante no certame e, assim, de sua posterior delegação.

Não é demais recordar que, havendo indícios de ilegalidade, é dever da Administração apurar o fato e, se for o caso, anular os atos praticados em desconformidade com o Direito. Como é cediço, ao Poder Público cabe, a todo momento, o reexame da legalidade dos atos que pratica, cabendo-lhe anular os atos ilegais, como, aliás, cristalizado está no **Verbete Sumular n.º 473** do E. Supremo Tribunal Federal, em textual:

“A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, tal orientação foi, inclusive, positivada, constando do **artigo 80 da Constituição Estadual**. Trata-se, no dizer de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, de mais do que um poder-dever, sendo, na verdade, um *“dever-poder”*. O Estado não pode deixar de, dentro do seu poder de autotutela, anular os atos ilegais que houver praticado, mesmo porque deles não se originam direitos.

A autotutela, de acordo com o magistério de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (**Direito Administrativo**. 10.ª edição. São Paulo: Atlas, 1999, p. 66), é *“uma decorrência do princípio da legalidade; se a Administração Pública está sujeita à lei, cabe-lhe evidentemente, o controle da legalidade”*.

Evidente, pois, que não houve, por parte do Poder Público, qualquer ilegalidade ou abuso de poder idôneo a ensejar a concessão do *mandamus* vindicado pelo Impetrante.

e. Da inexistência de prova pré-constituída

Sem prejuízo de todas essas considerações, impende considerar que o Impetrante alega que o cálculo estatístico adotado pelo CEPUERJ para fins de verificação de indícios de fraude, foi feito incorretamente. Chegou, inclusive, a juntar, **após a prestação de informações pela autoridade impetrada**, de laudo técnico nesse sentido.

No entanto, é certo que a apuração da correção do cálculo estatístico impugnado pelo Impetrante não se pode dar se não através de imprescindível etapa instrutória, com produção de **prova pericial**, que, no entanto, não se admite em sede de mandado de segurança. Logo, da forma

como foi apresentado a V. Exas., o direito alegado pelo Impetrante carece de liquidez e certeza. Nessa linha de raciocínio, convém trazer à colação o magistério de HELY LOPES MEIRELLES, *in verbis*:

“Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior não é líquido nem certo, para fins de segurança. (...)”

Por se exigirem situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança. (...)” (*Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*. 13. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 14. Os grifos são do original.)

Em outras palavras, é de se salientar que, para que se verificasse, com absoluta certeza, se o Impetrante tem o direito alegado, necessária seria a dilação probatória.

Inegável, portanto, que o direito alegado pelo Impetrante não é comprovável de plano, carecendo, pois, da liquidez e certeza indispensáveis para que seja viável a impetração do mandado de segurança. Vale dizer, a demanda em apreço exige a instauração de fase instrutória que, em absoluto, não se coaduna com a estreita via do remédio heróico. Assim entende o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, como se vê nos arestos a seguir reproduzidos:

“A estreita via do ‘writ of mandamus’ não se presta a que as partes possam produzir provas.” (STJ, 1.ª Seção, MS462-DF, rel. Min. PEDRO ACIOLI, j. 25.09.1990, ac. unânime, DJ 22.10.1990, p. 11.646)

“Fundando-se o mandado de segurança em direito líquido e certo, que pressupõe incidência de regra jurídica sobre fatos incontroversos, a necessidade de dilação probatória para acertamento dos fatos sobre os quais se assenta a pretensão impõe a denegação da segurança.” (STJ, 4.ª Turma, RMS 3.529-8-PA, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, ac. unânime, j. 03.05.1994, DJ 30.05.1994, p. 13.484)

Inaceitável, portanto, que se discuta, na estreita via do remédio heróico, questão que, evidentemente, ensejaria a produção de prova pericial. Também não se há de aceitar, *permissa maxima venia*, como elemento

probante o parecer técnico de fls. 69-70, por duas razões: a uma, porque, como já dito, somente poderia ser contraditada mediante perícia técnica, que não se coaduna com o rito do mandado de segurança; a duas, porque, se o procedimento legalmente previsto para esta espécie de remédio constitucional não admite etapa instrutória, seria flagrantemente contrário à lei considerar como elemento de prova documento trazido aos autos após o ajuizamento do *writ* e não concomitantemente à sua impetração.

f. Da conclusão

Há de se concluir, com isso, que não se encontram presentes os requisitos constitucionais para a concessão de mandado de segurança no caso vertente. Permita-se recordar a dicção do art. 5.º, inciso LXIX, da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 5.º [...]

LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente e pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Permissa maxima venia, não há como se reconhecer liquidez e certeza em direito cuja comprovação, mediante a instauração de fase instrutória, se mostra indispensável. Ademais, o direito líquido e certo deve, além da certeza quanto aos fatos, deve apresentar outros requisitos, dentre os quais MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (*Direito Administrativo*. 10. edição. São Paulo: Atlas, 1999, p. 523) destaca a **certeza jurídica**, consubstanciada no postulado de que *“o direito deve decorrer de norma legal expressa”*. Ora, *a contrario sensu*, não se vislumbrará liquidez e certeza no alegado direito que, na verdade, não encontra amparo na Constituição e na legislação de regência. Se não há supedâneo constitucional e legal para que se reconheça o direito alegado pela Impetrante, não há falar em liquidez e certeza.

Ausente, portanto, qualquer direito a ser amparado pela estreita via deste *mandamus*, impõe-se a denegação da ordem, no que confia o **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**.

IV – DO PEDIDO

Diante do acima exposto, requer o **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, ora Impugnante, seja **DENEGADA A SEGURANÇA**, com base nos argumentos acima aduzidos, cassando-se a medida liminar concedida.

Termos em que
Pede Deferimento.

Rio de Janeiro, 16 de março de 2005.

FELIPE DERBLI C. BAPTISTA
Procurador do Estado do Rio de Janeiro
Matr. n.º 859.927-6