

## **COMUNICADO 12**

### **CONCURSO PÚBLICO - 2ª ETAPA - PRIMEIRA PROVA PRÁTICA**

Ref.: MS nº 023.11.040194-0

O Presidente da Comissão do 8º Concurso para Provimento de Cargo de Procurador do Estado de Santa Catarina vem a público, pelo presente ato, dar conhecimento da manifestação da Procuradora do Estado, Drª Bárbara L. M. Thomaselli, integrante da banca examinadora, em decorrência de nova decisão judicial exarada nos autos do Mandado de Segurança nº 023.11.040194-0, que tramita perante o Juízo da Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital.

Florianópolis, 29 de Agosto de 2011.

**Antonio Fernando A. de Athayde Jr.**  
Sub-Procurador-Geral do Contencioso

1. Trata-se de despacho que, nos autos do MS nº 023.11.040194-0, da Capital, nega provimento a recurso de embargos de declaração e, em adendo, reitera imposição de reavaliação de prova, comina multa para o caso de desatendimento do preceito, imputa inobservância de ordem judicial anterior e determina a extração de cópias do processo para encaminhamento ao Ministério Público a fim de que se apure a prática de crime de desobediência.

2. Por designação do Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado, Dr. Nelson Antônio Serpa, integro a Comissão do 8º Concurso Público de Provas e Títulos para o provimento de cargos de Procurador do Estado. Sou graduada em Administração pela Escola Superior de Administração e Gerência (ESAG) e em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pela mesma instituição federal de ensino, obtive o título de Especialista em Direito Processual Civil e, posteriormente, realizei e concluí o curso de Mestrado em Direito, com a defesa da dissertação "A Construção Judicial do Direito Constitucional". Desde 1998, por concurso público, estou investida e em exercício no cargo de Procuradora do Estado de Santa Catarina. Nesta função, fui designada para atuar, entre os anos de 2002 e 2005, no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, e pelos serviços então prestados, fui agraciada com a Medalha do Mérito Judiciário. No ano passado, tendo sido incluída em lista tríplice composta pelo Pleno do Tribunal de Justiça do Estado, fui nomeada Juíza Substituta do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República. Por indicação do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, Dr. Paulo Borba, representei a entidade nos últimos dois concursos públicos para o provimento de cargos de Promotor de Justiça, organizado e executado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, integrei seguidas vezes a Comissão do Exame de Ordem, além de outras comissões internas. Por vários períodos, lecionei a disciplina de Direito Administrativo nos Cursos de Direito da Universidade do Vale do Itajaí, na Faculdade Estácio de Sá e no Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC), bem como atuei como professora em cursos e concursos da Fundação de Pesquisas e Estudos Sócio-Econômicos (FEPese), vinculada ao Centro Sócio-Econômico da Universidade Federal de Santa Catarina. Faço estes breves apontamentos, preliminarmente, apenas para destacar que, ao longo de minha vida, dei o melhor dos meus esforços para aprimorar conhecimentos, guardadas minhas consideráveis limitações, bem como para colaborar, sempre com boa dose de sacrifício pessoal, com instituições fundamentais de nossa

organização social, entre elas, o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Ordem dos Advogados e a Procuradoria Geral do Estado.

**3.** Em 03.08.2001, o Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, nos autos do MS nº 023.11.040194-0, deferiu medida liminar nos termos do "item 4 da petição inicial (primeiro pedido: fls. 18 dos autos e 17 da petição inicial)", ou seja, determinando à Comissão do 8º Concurso Público de Provas e Títulos para o provimento de cargos de Procurador do Estado que se reunisse para reavaliar uma vez mais a prova de candidato que houvera sido reprovado. Em resposta ao imperativo, que interpretei diferentemente dos demais membros da comissão, assim anotei, *in verbis*:

Por imposição judicial (liminar em mandado de segurança), reunida novamente a Comissão do Concurso que presentemente integro, efetuei nova análise da prova realizada pelo impetrante e entendi de manter a nota que originalmente havia atribuído, ou seja, 2,0. Persisto no entendimento de que o candidato, ao elaborar sua peça, demonstrou não saber que, ao prestar Informações em mandado de segurança, a autoridade prescinde, para vir a juízo, de representação por Procurador do Estado. Demonstrou, ainda, não saber que o Procurador do Estado é representante da pessoa jurídica de direito público, isto é, da unidade federada, nos termos do art. 132 da Constituição Federal. Assim concluí porque, de um lado, no preâmbulo de sua petição, o candidato fez constar que a autoridade se manifestava nos autos "pelo Procurador do Estado". De outro, porque a petição, ao final, apresentou dupla assinatura, a da autoridade e a do Procurador do Estado, o que, no contexto da peça, indica a errônea suposição de que o Procurador do Estado estava subscrevendo as Informações como o representante da autoridade, e não meramente como um abonador técnico. Em meu julgamento, no exercício da competência de avaliadora designada pela administração pública, entendi - e continuo a entender - que se trata de erro grave, crasso, revelador de deficiência de discernimento sobre matéria elementar, razão pela qual, seguindo padrão aplicado universalmente a todas as provas, valorei a falta como suficiente para zerar a nota relativa à peça processual. Não vejo razões para alterar minha compreensão. Trata-se de concurso público para o provimento de cargos de Procurador do Estado, e à Comissão impõe-se rigor de análise na tarefa de recrutamento de profissionais qualificados. Enfim, insisto que houve erro, que este é crasso e que justifica a nota por mim atribuída. Registro, em razão das discussões travadas no âmbito da Comissão, que não identifiquei, na manutenção da avaliação, qualquer violação à liminar deferida pelo douto Juízo da Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital porquanto, conhecendo as qualidades do ilustre magistrado prolator, não interpreto a decisão no sentido de impor aos avaliadores a adoção de pontos de vista ou juízos de valor de terceiros.

Tenho a mais absoluta fé que Sua Excelência jamais cogitou de interferir sobre a correção sob a forma de uma determinação de revisão de entendimento, ou seja, de modo a coagir os avaliadores a considerarem como um acerto o que tomam por um erro, segundo a compreensão que têm do direito. Se assim tivesse sido determinado, o Poder Judiciário, muito mais do que simplesmente controlar o mérito do ato administrativo, estaria a exercer coerção sobre a consciência e as convicções dos avaliadores, violando direitos de autonomia inerentes à personalidade. Seria algo tão extremo e tão iníquo que, nas lições de Gustav Radbruch (Cinco minutos de filosofia do direito), justificaria a recusa de qualquer força vinculante ou obrigatória. Por isso, no caso, em nenhuma hipótese suponho fosse este o sentido da medida liminar.

ANTE O EXPOSTO, reavaliada uma vez mais a prova, mantenho a nota atribuída.

4. Quase concomitantemente, o Estado de Santa Catarina, habilitando-se nos autos do processo, formulou Pedido de Reconsideração da liminar. Transcrevo, por sua extensão, apenas parte dos argumentos apresentados, sem reproduzir os precedentes judiciais que os respaldavam amplamente.

Está suficientemente evidenciado, a partir da decisão liminar, que existe divergência de valoração entre Vossa Excelência e a Comissão do Concurso, composta por dois Procuradores do Estado e um Advogado indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil. O que os avaliadores da prova entenderam como erro grave, Vossa Excelência parece interpretar como alentado acerto ao concluir que, "na situação, meramente não vejo equívoco".

Para a Comissão, um candidato ao cargo de Procurador do Estado deve saber que, ao prestar Informações em mandado de segurança, a autoridade coatora **prescinde de representação** por Procurador do Estado. Deve saber também que o Procurador do Estado representa em juízo a pessoa jurídica de direito público, ou seja, a **unidade federada**, conforme resulta do artigo 132 da Constituição da República Federativa do Brasil.

No caso, quando no preâmbulo de sua peça o impetrante registra que a autoridade coatora vem prestar Informações por meio de Procurador do Estado, descortina-se, segundo a compreensão da Comissão, manifesta incorreção técnica que expõe deficiência de discernimento sobre noções elementares, cujo domínio é exigível de qualquer candidato a um cargo público de relevo. Não ter aptidão para claramente separar o joio do trigo em matéria tão básica, para a Comissão, segundo o critério interno aplicado universalmente a todas as provas em atendimento ao princípio da igualdade, é erro crasso, por si só desqualificante.

Segundo pensa Vossa Excelência, não é assim. De um lado, porque ao final o impetrante fez a petição ser subscrita tanto pela autoridade quanto pelo Procurador do Estado, "*nenhum juiz repudiaria aquelas informações*". Na praxe forense, "*vê-se de tudo; apenas assinatura do advogado público, subscrição somente por 'assessor jurídico', falta de assinatura e assim indefinidamente*". *Data venia*, cabe aí um comentário.

...

A comissão de um concurso público está em trabalho de recrutamento dos aptos e dos melhores, bem como de julgamento da qualidade das provas. Uma comissão não pode relevar qualquer coisa, não pode consolar-se a si mesmo com um "na prática, vê-se de tudo".

De outro lado, Vossa Excelência acredita que não houve equívoco. Ter o candidato pressuposto que a autoridade coatora deve vir a juízo representada por Procurador do Estado no momento da prestação das informações em mandado de segurança não se qualificaria como tal. É estranho porque as lições doutrinárias transcritas na decisão ensinam justamente o contrário.

De qualquer modo, o que importa destacar é que, entre Vossa Excelência e a Comissão do Concurso, verifica-se uma discordância. Onde um vê acerto, ou talvez impropriedade inofensiva, a outra identifica erro grave, desqualificante. Nesse caso, o que se tem de questionar é se a divergência em que Vossa Excelência se posiciona, como pensador, legitima a sua intervenção, como Juiz, na forma em que realizada.

Vossa Excelência parte da premissa de que detém o poder de invalidar o critério de correção e determinar nova análise porque assim decorre do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. *Data venia*, há algo de obscuro no argumento, talvez de obscurantismo. No Estado Constitucional de Direito, todos os poderes são limitados, e o princípio da inafastabilidade da jurisdição não confere poderes ilimitados ao poder judicial, de modo a legitimar qualquer interferência.

É fácil ilustrar. Um juiz não pode, por exemplo, decretar a perda da função pública do Presidente da República por ato de improbidade em ação civil pública. Só o Senado Federal pode fazê-lo porque é da sua competência exclusiva (leia-se, excludente). Um juiz não pode também reformar, no mérito, a decisão do Senado Federal que decreta o *impeachment* do Presidente da República, mesmo sob a evidência de injustiça.

Outra demonstração singela: é célebre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto a não ser dado ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo em questões controvertidas em torno do princípio da igualdade. Assim, admite-se que o Poder Judiciário reconheça a invalidade de

leis que estabeleçam privilégios indevidos, mas não que estenda o benefício a categorias não contempladas. Mencione-se, ainda, os limites relacionados aos atos *interna corporis* do Parlamento.

Recentemente, em episódio rumoroso, o país assistiu o Supremo Tribunal Federal reconhecendo os limites relacionados aos efeitos da decisão proferida nos processos de extradição, as quais, mesmo quando no sentido do deferimento, são entendidas como não imperativas ou coercíveis para o Presidente da República. Não é rigoroso, e carece de esclarecimento, o sentido que se empresta à norma da inafastabilidade da jurisdição.

A verdade é de que mesmo o Poder Judiciário tem limites, e estes decorrem e são identificáveis a partir do confronto das competências que a própria ordem constitucional assinala a cada um dos poderes estatais, explícita ou implicitamente. Com efeito, o princípio da separação de poderes encontra sua especificidade no jogo das competências constitucionais.

No caso concreto, a decisão de Vossa Excelência ultrapassa os limites do poder jurisdicional. Em primeiro lugar, porque o Poder Judiciário não detém competência para funcionar como **instância revisora ou recursal relativamente às comissões de concurso público**. Em segundo lugar, porque o Poder Judiciário não detém competência para impor a quem quer que seja **a reformulação de suas convicções ou a aceitação de suas verdades**.

A Constituição assegura, como direito fundamental da personalidade, pressuposto jurídico da dignidade da pessoa, à **liberdade de crença e de consciência**, bem como a correlativa **liberdade de expressão da atividade intelectual e científica**. Sobreditas normas consagram os mais importantes limites aos poderes estatais, inclusive ao judicial, impedindo-o de tentar sujeitar as consciências individuais a uma qualquer ortodoxia, o que é uma forma de violência contra o primado da autonomia.

Nenhum juiz pode pretender, por isso, conformar as opiniões, convicções ou juízos de valor de uma pessoa às suas próprias, por mais sábio, erudito, preclaro que seja. Em nenhum caso é admissível, assim, que exija de alguém, menos ainda, como na espécie, aos avaliadores de um concurso público, que abandonem suas próprias valorações quanto ao conteúdo e a qualidade de uma prova e as substituam pelas suas, deixando de considerar erro ou grave ou desqualificante aquilo que assim lhes parece. Nenhum juiz tem o direito de subjugar as idéias alheias porque a liberdade de consciência é justamente liberdade contra o controle da mente por governos, legisladores e juízes.

No caso concreto, a decisão liminar que pretende impor à Comissão do Concurso o afastamento do critério de correção e a nova correção da prova interfere sobre a autonomia de

consciência dos avaliadores à medida que deles requisita que passem a tomar como correto e adequado o que estão convencidos de ser incorreto e absurdo. *Data venia*, Excelência, a consciência individual, cujo principal atributo é a capacidade de julgar com autonomia, é inalienável e indisponível.

...

Em concurso público, a competência para formular questões, estabelecer critérios de correção, avaliar e atribuir notas por desempenho e decidir os respectivos recursos é da administração pública, através das bancas que designa. Trata-se de competência exclusiva (e excludente), e ao Poder Judiciário não cabe atuar como instância revisora ou recursal, ou seja, como órgão dotado do poder de reforma das decisões de mérito com base em discordâncias em torno do bom ou mau desempenho do candidato.

Os julgamentos de mérito da Comissão do Concurso e suas instâncias recursais são soberanos, definitivos. Não são como a sentença de um juiz, submetidas ao princípio do duplo grau de jurisdição quanto à correção substantiva ou não da decisão. É o princípio da separação das esferas que atua, como projeção do princípio da separação dos poderes, e por isso se assentou que o Poder Judiciário pode sindicatar somente sobre aspectos formais e externos, mas não sobre o mérito da avaliação da banca.

...

No presente caso, *data venia*, Vossa Excelência está assumindo a função de corretor de provas como que em grau recursal, porquanto defende ser correto o que a Comissão diz ser incorreto, defende ser ótimo o que a Comissão diz ser ruim, defende ser adequado o que a banca diz ser inadequado, ou defende ser irrelevante o que a Comissão diz ser erro grave, tudo com respeito ao conteúdo da peça elaborada pelo candidato. Trata-se de intervenção sobre o mérito do ato administrativo.

Decerto, é cristalino que, na espécie, Vossa Excelência não está a proteger o impetrante contra a violação de direito subjetivo, porquanto este não faz jus a que a Comissão do Concurso avalie seu desempenho com mais benevolência ou menos rigor do que o fez. Por mais que Vossa Excelência discorde, a deficiência de discernimento que resulta da prova do candidato é fato auto-evidente, e não ofende direito individual a decisão da Comissão que, por critério universalmente aplicado, o reputa grave e suficiente para justificar a nota baixa e a reprovação.

**5.** Em 15.08.2011, o Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, nos autos referidos, indeferiu o Pedido de Reconsideração, o que fez nos seguintes termos:

1. Mantenho a decisão. 2. A liminar determinou que, afastada razão precedente para a atribuição de nota mínima a prova prática em concurso público, fosse afastado o critério que governou administrativamente a reprovação precedente. A Banca se reuniu novamente e dois dos seus membros deram cumprimento à decisão, conferindo novo conceito. Terceiro integrante da Comissão, porém, insistiu no pensamento pretérito. Todos têm liberdade de pensamento e de manifestação, isto é evidente. Só que se está diante de questão administrativa, não particular. O agente público, nessa condição, tem restrições quanto ao seu agir. Fosse de outro modo, o direito constitucional e administrativo não teriam razão de ser, pois ao ser invocado o livre arbítrio cada servidor faria o que lhe parecesse correto. Não se pode, muito menos, debitar o destino um concurso público a posições estritamente pessoais. Por analogia, será que seria possível, por exemplo, que eu invocasse a liberdade de pensamento para rejeitar o cumprimento de decisões do Tribunal que reformassem decisões minhas? Enfim, tenho que a liminar não foi cumprida. Mas não vou presumir má-fé por parte da Administração. Creio que seja suficiente que seja reiterada a imposição para que todos os membros da Comissão editem novas notas, afastado o critério já posto na decisão inicial havida nestes autos. Para evitar prejuízo ao candidato, ele poderá prosseguir quanto às demais etapas, ao menos até que a decisão de urgência seja cumprida.

6. Em face de tal despacho, e tendo o impetrante assegurado o direito de participar da prova seguinte, marcada para o dia 13.08.2001, o Estado de Santa Catarina interpôs recurso de embargos de declaração, cujo teor é o seguinte:

#### **INTERESSE CONCRETO VERSUS INTERESSE TEÓRICO**

Em Pedido de Reconsideração, o Estado argumentou que a decisão liminar ultrapassaria os limites do poder jurisdicional. Fundamentou-se a asserção: "*Em primeiro lugar, porque o Poder Judiciário não detém competência para funcionar como **instância revisora ou recursal relativamente às comissões de concurso público**. Em segundo lugar, porque o Poder Judiciário não detém competência para impor a quem quer que seja **a reformulação de suas convicções ou a aceitação de suas verdades***". Com a celeridade e a objetividade habituais, Vossa Excelência decidiu a matéria, mantendo a liminar. Contudo, entendendo o Estado que o despacho de indeferimento é contraditório, o que adiante se explica, são interpostos os presentes Embargos de Declaração.

Primeiramente, cumpre ressaltar que o recurso não é manejado para o fim de promover ou persistir em um debate teórico, um acertamento de idéias. O interesse estatal é concreto.

O despacho de indeferimento mantém, com outras palavras, a ordem dirigida à Comissão no sentido de que deixe de

considerar a composição jurídica do candidato como veiculadora de erro crasso, justificador da nota zero. Seguiu-se impondo, pois, aos avaliadores, a revisão de entendimento, vale dizer, um típico ato de pensamento. Reunida a Comissão, um de seus membros, a partir de interpretação liberal da liminar, entendeu de manter a avaliação, reiterando suas convicções quanto ao desacerto e sua gravidade. Sobre o mesmo, pesa agora, dada a clareza do despacho que renova o imperativo e cogita de descumprimento de decisão judicial, embora sem presunção de má fé, o constrangimento de ter que, enfim, acatar a avaliação do juízo (isto é, de outrem), sob pena de, não o fazendo por razões de convicção, ficar exposto a alguma forma de represália, inclusive criminal.

O dilema é nítido. Mantida a liminar e renovado o comando, o membro que defende a manutenção da avaliação está ameaçado de retaliação penal em função de um mero ato de julgamento.

Portanto, fique assentado que os presentes Embargos de Declaração não colimam travar uma batalha argumentativa e diminuir ou exaltar o valor de tais ou quais idéias jurídicas. Vossa Excelência tem, como magistrado, professor, pesquisador e escritor, uma respeitável compreensão do direito em geral e de temas jurídicos em particular, e de modo algum se pretende, confundindo o âmbito acadêmico com o âmbito processual, transformar o litígio numa polêmica meramente ideológica. A razão e o escopo da insurgência são de outra natureza.

#### **RAZÕES DO INDEFERIMENTO DA RECONSIDERAÇÃO**

...

Antes de apontar a contradição intrínseca do despacho, é importante examinar criticamente as suas premissas.

#### **OBRIGAÇÕES DE CONDUTA E OBRIGAÇÕES DE PENSAMENTO**

A primeira observação a fazer é a de que o despacho confunde, com relação aos agentes públicos a que se refere, duas coisas distintas, vale dizer, **obrigações de conduta** e **obrigações de pensamento**. Mesmo considerando servidores públicos em atuação fora do âmbito de uma comissão de avaliação de provas de concurso, caso em que submetidos ao poder hierárquico da administração, jamais estarão os mesmos **obrigados a pensar** de conformidade com o seu superior. Decerto, poderão ser **obrigados a agir** de um modo determinado, ou seja, a fazer ou deixar de fazer algo, nunca a pensar ou deixar de pensar de um certo modo.

Ilustrativamente: o Procurador-Geral do Estado poderia determinar a um Procurador do Estado, porque entendendo presentes os pressupostos de admissibilidade, que interpusesse um Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (obrigação de conduta) em um certo processo. Mas o

Procurador-Geral do Estado não poderia determinar ao Procurador do Estado que interiormente considerasse admissível o recurso (obrigação de pensamento) quando, ao manifestar-se previamente, está convicto da inadmissibilidade e faz ponderações neste sentido. Ordenar uma conduta é diferente, obviamente, de ordenar um pensamento.

A título de curiosidade, anote-se que o direito, desde a sua magnífica elaboração romana, sempre classificou as obrigações em de dar, fazer e não-fazer, categorias que, de nenhum modo, são abrangentes de obrigações de pensar ou não-pensar. Portanto, o superior hierárquico pode impor a um servidor público que adote condutas inerentes às suas atribuições e deveres funcionais, mas não que o servidor público cogite, pense, conclua ou julgue sobre algum assunto de conformidade com ele, o chefe.

É claro que o mesmo vale para todas as relações de natureza laboral. O patrão pode determinar ao empregado que limpe os vidros das janelas porque entende que os mesmos estão sujos (obrigação de conduta). O empregado terá de limpá-los mesmo que, a seu juízo, não fosse preciso porque não existe sujeira suficiente. Todavia, o patrão jamais poderá impor ao empregado que conclua que os vidros estão realmente sujos (obrigação de pensamento). Quer-se crer que seja nítida a distinção.

Em resumo, é livre de dúvida que nem o direito constitucional, nem o direito administrativo, nem o direito do trabalho fundamentam a imposição de obrigações de pensar ou não-pensar. A razão é singela, e o Pedido de Reconsideração a indicou longamente. O pensamento de um homem, atributo de sua consciência, qualquer que seja a relação jurídica implicada (de direito público ou de direito privado), é absolutamente inviolável e protegido contra quaisquer modos de coerção.

#### **JUÍZES DO CONCURSO E AUTONOMIA DE JUÍZO**

A segunda observação a fazer é a de que o despacho confunde as figuras do servidor público (agindo no exercício do seu cargo) com a de um avaliador de provas em um concurso público (que poderá ou não ter vínculo permanente com o serviço público). Em consequência, equiparando as situações e misturando os conceitos, deixa de discernir algo de decisivo. Enquanto o servidor público está submetido ao poder hierárquico (relativamente às suas condutas), o membro de uma comissão de avaliação não o está (relativamente a seus julgamentos, que são, note-se bem, modalidades típicas de atos de pensamento).

Os avaliadores não desempenham, na correção de provas, as atribuições de cargos ou empregos públicos, mesmo que eventualmente sejam titulares de um ou outro. Eles atuam, por assim dizer, como julgadores, e sua posição jurídica não

é, em substância, diferente daquela dos Juizes de Direito quando processam e decidem litígios. Nessa condição, os avaliadores gozam das mesmas garantias de independência no que diz respeito aos julgamentos que proferem quanto ao mérito das provas. Como a um magistrado, nenhum superior ou poder externo pode lhes impor que julguem desde ou daquele modo, neste ou naquele sentido.

...

A garantia da independência do julgamento e a imunidade em face de intromissões e coações externas sobre o mérito da avaliação, mais do que meras condições de exercício, são elementos definidores e inseparáveis da função que lhes está cometida. Mais importante: são conferidas para serem exercidas; são, em verdade, deveres, e não direitos ou faculdades do avaliador.

Por isso, para a banca examinadora, julgar com independência, de acordo com as próprias convicções técnicas, é inerente às próprias atribuições. Exercer, portanto, para usar expressão constante do despacho embargado, o livre-arbítrio (em puro pensamento e decisão conseqüente) é justamente o que se impõe ao avaliador, como forma, inclusive, de realização da idoneidade do concurso. Nesse caso, não se pode, sem confusão e inexatidão de conceitos, acusar o agente público de valer-se do livre-arbítrio no sentido de estar fazendo o que bem lhe aprouver em detrimento do cumprimento de tarefas exigíveis e devidas (leia-se bem, obrigações de conduta), situação que somente seria aplicável a um servidor no exercício de cargo ou emprego público e sujeito ao poder hierárquico da administração. Não faz isso quem simplesmente reafirma uma avaliação, a menos que se suponha, no ordenamento jurídico, algo como um "crime de liberdade".

E, *data venia*, não se trata de debitar o destino de um concurso a "posições estritamente pessoais". A questão é outra. Trata-se de debitar o destino do concurso ao juiz natural, competente, que é a banca de avaliadores designada pela administração. Toda decisão é expressão de interpretação pessoal, inclusive a judicial, como a proferida liminarmente por Vossa Excelência. Falamos de pessoas, afinal. Ocorre que toda disputa, para não ser interminável, precisa ser decidida um dia, definitivamente, e o direito se serve, por isso, de regras de competência. O que prevalece, portanto, na avaliação de um prova, não é um capricho, mas a decisão de quem detinha a competência.

#### **ANALOGIA: SENTENÇA REFORMADA E CUMPRIMENTO**

A terceira observação a fazer é a de que a analogia sugerida pelo despacho de indeferimento da reconsideração, se bem compreendida, é de molde a reforçar a necessidade de revogação da imposição a que submetidos os avaliadores. Nesse sentido, entre as razões do despacho e a sua conclusão

ou dispositivo, existe uma manifesta contradição intrínseca, a garantir a admissibilidade dos presentes embargos declaratórios.

Quanto o tribunal reforma a decisão de um juiz, e este se vê obrigado a realizar a execução, verificam-se duas coisas. De um lado, a decisão do tribunal não determina ao juiz que altere seu pensamento, suas convicções. Este, se quiser, morrerá com elas. De outro, conseqüentemente, o que se impõe ao juiz não é a obrigação de pensar deste ou daquele modo, mas a obrigação de praticar atos de execução da decisão do próprio Tribunal, e não dele, atos estes que não se confundem com atos de pensamento. Se o Juiz absolveu e o Tribunal condenou em ação de indenização, o ato de citação do devedor para pagar em 24 horas é diferente do que seria o ato de rever a convicção quanto à inocência.

No caso, se o presente caso tivesse o mesmo tratamento, o juiz, reformando a decisão dos avaliadores (se pudesse), não determinaria ao avaliador que abandonasse suas convicções (ato de pensamento), mas apenas que desse conseqüência à decisão judicial, impondo-se à comissão que, por exemplo, permitisse ao candidato realizar a prova (ato de execução diverso do ato de pensamento). Portanto, se o que temos aqui é uma situação análoga à mencionada, o despacho deveria ter o sentido de liberar os avaliadores do constrangimento de repensar, de passar por cima do que entendem por gravemente incorreto.

**ANTE O EXPOSTO**, requer-se a Vossa Excelência que, superando as obscuridades e a contradição apontadas, dê efeitos infringentes ao despacho embargado para o fim de, ao menos, levantar o constrangimento ilegal a que submetida a banca de avaliadores, muito especialmente o membro resistente à modificação de seu entendimento, assegurando-se o exercício regular e pleno dos direitos de autonomia que demarcam as atribuições e competências da administração pública e de seus agentes na espécie.

7. Em 22.08.2011, sobreveio a decisão que negou provimento aos embargos de declaração interpostos pelo Estado de Santa Catarina, vazada nos seguintes e exatos termos:

*1. O mandado de segurança questiona critérios de correção em prova de concurso público. Foi dada liminar: deveria ser novamente corrigida prova do impetrante, descartando-se fundamento inicial (no sentido de considerar como um erro o fato de o candidato, na elaboração de fictícias informações em mandado de segurança, lançar simultaneamente as assinaturas de Procurador do Estado e de autoridade). Foi comunicado que dois dos três examinadores cumpriram o provimento. Terceiro insistiu no pensamento original e que tinha liberdade para tanto. A decisão foi reiterada. Presumi que não haveria má-fé e permiti que, então, houvesse o cumprimento da decisão judicial. A Administração apresentou embargos de declaração no afã de alterar a conclusão*

precedente. 2. Os embargos de declaração procuram meramente alterar a decisão recorrida. Não descrevem concretamente omissão, contradição ou vício equivalente. Os declaratórios não valem para rever critérios de julgamento. Tanto não havia nenhum problema quanto à compreensão da interlocutória que dois dos membros da Comissão, como era natural, já a cumpriram. 3. Não vou tratar mais dos assuntos subjacentes à liminar. Ela já foi deferida e se negou pedido de reconsideração. Apenas reafirmo (e digo pela terceira vez) que a tese estatal tem um erro que me parece muito evidente. É que, a se seguir seu pensamento, um concurso público representaria situação única de imunidade à jurisdição. O art. 5, inc. XXXV, da CF deveria ser reescrito. As pessoas, mesmo possível amplamente a incursão jurisdicional, podem pensar livremente, bem como se manifestar. Mas quando há decisão judicial eficaz, devem cumprir seus provimentos. Não fosse assim, as deliberações jurisdicionais teriam apenas a força de aconselhamentos. Comissão de concurso exerce função administrativa. Está submetida - estou enfasiado de repetir - ao controle jurisdicional. 3. Cuidando-se de mandado de segurança, a prestação jurisdicional (...) é mandamento. O juiz ou tribunal manda; o que ele manda já é conteúdo dessa prestação. (...) O juiz ou tribunal, que manda, não empossa, não reintegra, não readmite, não faz cessar a infração; manda que se empossa, que se reintegre, que se readmita (Pontes de Miranda, Tratado das Ações, t. VI, Bookseller, 2000, p. 73). A decisão tem que ser cumprida - e agora se vê que o Poder Público não tem a intenção de atender à determinação judicial espontaneamente. Vale o art. 461 do CPC. Desse modo, fixo multa diária de R\$ 10.000,00 para o caso de novo desatendimento, a qual correrá depois do segundo dia posterior à juntada do último dos mandados de intimação. A penalidade incidirá cumulativamente em relação à Fazenda Pública e do membro da Banca que resiste ao cumprimento da decisão, Bárbara L. M. Thomaselli. Alerto, a propósito, que a cominação de astreintes prevista no art. 11 da Lei n 7.347/85 pode ser direcionada não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais" (REsp 1.111.562-RN, rel. Min. Castro Meira) - como decidiu o TJSC ao confirmar decisão do subscritor (AI 2011.030013-1, da Capital, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz). 4. Os embargos de declaração interrompem o prazo para outros recursos, mas não têm necessário efeito suspensivo em face da decisão que eles atacam. Dito de outro modo, se opostos contra decisão interlocutória, não tendo o agravo efeito suspensivo, os declaratórios também não podem tê-lo (Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, Curso de direito processual civil, v. III, 2 ed., Juspodium, 2006, p. 138). Por isso, já está configurada a desobediência - e devem ocorrer as correspondentes sanções. 5. Assim: a) Conheço, mas nego provimento aos embargos. b) Fixo multa de R\$ 10.000,00 ao dia, a qual incidirá cumulativamente sobre a Fazenda Pública e a Procuradora do Estado Bárbara L. M. Thomaselli, arbitrando prazo de dois dias para o cumprimento da liminar. A penalidade fluirá depois da juntada dos

*mandados cumpridos (pelo regime de plantão) em relação ao Presidente da Comissão, Antônio Fernando de Alcântara Athayde Júnior, e da mencionada Procuradora do Estado. b) Extraíam-se as necessárias cópias, oficiando-se ao Ministério Público para apuração de crime de desobediência e de ato de improbidade administrativa quanto à Procuradora do Estado.*

**8.** O princípio da inafastabilidade da jurisdição não precisaria ser reescrito para que se tutelasse o que é justo na espécie. Precisaria apenas ser compreendido. Bastaria, simplesmente, que não se fizesse confusão entre o poder de aplicar o direito (jurisdição) com a função de aplicar conhecimentos sobre determinada matéria (magistério). Quem avalia e sopesa respostas em provas de concurso público, mesmo quando versam sobre temas jurídicos, não aplica o direito, mas conhecimento sobre o direito, isto é, não pratica ato de jurisdição, mas ato, por natureza, de magistério. É o "óbvio ululante" de que falava Nelson Rodrigues: o professor, mesmo o de direito, quando corrige provas, não aplica normas, nem exerce jurisdição. Por extensão, se o juiz, em processo judicial, se sub-roga nas funções da banca examinadora, avaliando e pesando as respostas de um candidato, igualmente não pratica ato de jurisdição, mas ato de magistério, ou seja, não aplica o direito, mas conhecimentos sobre o direito. É por isso que a jurisprudência dos tribunais afirma, sem qualquer redução do postulado constitucional da jurisdição irrestrita, que o Poder Judiciário não pode substituir-se aos professores avaliadores e imiscuir-se na correção de provas; que se o fizer, excede seus poderes e usurpa atribuições alheias porquanto, em vez de jurisdição, realiza missão de natureza diversa, que a ordem constitucional não só não lhe incumbe como proíbe. É por isso também que, na avaliação e valoração de respostas em provas de concursos públicos, diversamente do que ocorre quando há exercício de jurisdição, eventual compreensão divergente do juiz sobre o conteúdo do direito não desfruta dos atributos de autoridade, hierarquia ou precedência sobre o entendimento dos professores avaliadores.

**9.** Mas o raciocínio, até aí, talvez contenha sutilezas demais. Deixo de aprofundar, até porque o ponto jamais me pareceu o mais importante. Em suas manifestações nos autos do MS nº 023.11.040194-0, o Estado sempre deixou claro que, apesar de entender faltar ao Poder Judiciário competência para atuar como corretor de provas, não haveria qualquer dificuldade em acatar, sem prejuízo dos recursos cabíveis, a nota de aprovação que fosse atribuída pelo Juízo (já que entendia estar no exercício de função jurisdicional) e a conseqüente determinação de que se assegurasse ao impetrante a participação na etapa seguinte. Compartilho o

mesmo sentimento. O que realmente choca é o fato de o juiz da causa reivindicar seu poder jurisdicional não apenas para corrigir a prova, ainda que em parte, mas para coagir os membros da banca examinadora a reverem seu entendimento, de modo tal que, incorporando as avaliações do juízo, qualifiquem como certo o que têm por um erro, e como insignificante o que têm por desqualificante. Está claro agora que este é o propósito da medida liminar. Com efeito, não se quer apenas que a avaliação judicial prevaleça, como fato exterior; quer-se que a banca a declare como sendo dela mesma, um fato interior. A princípio, todavia, pareceu-me algo tão absurdo e tão nocivo que um juiz esclarecido pudesse pretender algo assim, isto é, controlar mentes alheias e submeter convicções, que me limitei a reexaminar a prova, com cuidado redobrado, mas mantendo, ao final do procedimento, o meu julgamento. Afinal, qual magistrado, em um Estado Constitucional de Direito, suporia ter jurisdição sobre a consciência individual? Percebi que talvez estivesse enganada quando o Pedido de Reconsideração formulado pelo Estado de Santa Catarina restou laconicamente indeferido. Ainda assim, creditando o fato à falibilidade e ao excesso de serviço, o Estado de Santa Catarina interpôs embargos de declaração, por meio do qual, insistindo apenas neste aspecto, requereu ao próprio juiz da causa que assegurasse a mim os direitos de autonomia inerentes às atribuições de avaliadora, uma vez que, no contexto dos autos, eu estava sob a ameaça de retaliação penal. Seguiu-se então a decisão que, negando provimento aos embargos declaratórios, comina multa pessoal de R\$ 10.000,00 por dia e acusa-me de crime e improbidade.

10. Eu não pratiquei crime algum, menos ainda de desobediência. Primeiramente, cumpri a medida liminar nos termos em que a havia entendido, com boa fé inclusive reconhecida pelo juízo. Posteriormente, através da instituição a que sirvo, por meio de petição e recurso previstos em lei, ampla e seriamente fundamentados, postulei ao próprio juízo, que era o autor da violação, a proteção de meus direitos. Busquei salvaguarda contra imposição ilegítima perante aquele de quem a mesma emanava, e especificamente para que, agindo serena e razoavelmente, ele próprio desfizesse os riscos de eu vir a sofrer represálias violentas. Há, ainda, agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo pendente, não apreciado, cujo efeito, embora devolutivo, opera *ex tunc* se deferido, sendo inclusive questionável que o cumprimento da liminar seja ainda agora exigível. Também não me opus à realização, pelo impetrante, da prova relativa à etapa seguinte. Se crime há, portanto, o tipo penal é outro, bem como a autoria.

11. A cominação de multa é flagrantemente descabida. O impetrante realizou a prova. Alcançou-se o resultado prático equivalente. Mas farei dispensável o recurso. Não me interessa litigar em cruzadas de auto-afirmação.

Ante o exposto, sob coerção (que reputo iníqua), aplicando os critérios sem rigidez da avaliação judicial (que privilegiam um candidato em face dos demais), atribuo ao impetrante do MS nº 023.11.040194-0, relativamente à Composição Jurídica (Primeira Prova Prática), a nota máxima (7,0), a qual, somada à pontuação das questões discursivas (2,0), conduz à nota final 9,0, cuja vigência dar-se-á até que seja cassada a medida liminar, mantida em foro íntimo minha avaliação original (0,0 na Composição Jurídica).

Encaminhe-se cópia da presente manifestação ao Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado a fim de que possa conhecer e avaliar a ocorrência de crime de abuso de autoridade, bem como ao Exmo. Sr. Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina.

Florianópolis, 29 de agosto de 2011.

Bárbara Lebarbenchon Moura Thomaselli  
Procuradora do Estado  
OAB/SC 9194



ESTADO DE SANTA CATARINA  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

---

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA  
FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL.**

**MANDADO DE SEGURANÇA N° 023.11.040194-0**

**IMPETRANTE: DANIEL ARTUR CASTRO DIAS**

**IMPETRADO: ESTADO DE SANTA CATARINA**

Antonio Fernando de Alcantara Athayde Júnior,  
Presidente da Comissão do 8º Concurso para Ingresso  
na Carreira de Procurador do Estado de Santa  
Catarina, abaixo assinado, vem ante Vossa  
Excelência, requerer a juntada aos autos do  
Comunicado da Comissão do Concurso referente a este  
processo, documento anexo.

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

Florianópolis, 29 de agosto de 2011.

Antônio Fernando de A. Athayde Junior  
Presidente da Comissão do Concurso