

# Ciência Atual

Revista Científica  
Multidisciplinar das  
Faculdades São José

2013

Volume 1 | Nº 1



FACULDADES  
SÃO JOSÉ

ISSN 2317-1499

Access to justice: action brought against act performed by Government officer while  
conducting a public exam. Judicial activism versus of the administrative act.

---

**Márcia Michele Garcia Duarte** | [marciaduarte.juridico@gmail.com](mailto:marciaduarte.juridico@gmail.com)

Advogada. Doutora e Mestra em Direito pela UNESA/RJ (ex-bolsista do PROSUP - CAPES). Especialista em Direito e em Didática do Ensino Superior. Professora Adjunta e Pesquisadora da FAAr/RO. Coordenadora do Núcleo de Pesquisas e Iniciação Científica (NPIC) e Professora das Faculdades São José, RJ. Professora da Universidade Cândido Mendes. [www.marciaduartejuridico.com.br](http://www.marciaduartejuridico.com.br).

## RESUMO

Trata-se de Parecer Técnico-Jurídico conferido em situação concreta na qual determinado candidato ao concurso público de provas e títulos para ingresso no Magistério Superior em entidade federal autárquica foi reprovado na fase de análise de títulos, última etapa do certame. Analisados os aspectos jurídicos do caso chegou-se à estratégia jurídico-processual a fim de garantir ao candidato o Acesso à Justiça para muito além do mero acesso ao Poder Judiciário. A visão do Estado como um Poder Único, embora dividido em Três Poderes, é o elemento central a justificar que a Jurisdição Constitucional seja prestada e o Poder Judiciário possa de imiscuir no certame como forma última a corrigir desvio do ato administrativo ilegal e a evidente violação ao texto constitucional daí decorrente, o que não pode ser admitido no Estado Democrático de Direito.

**Palavras-Chave:** concurso público; prova de títulos; classificatória; determinação do STF

## ABSTRACT

The document concerns a Legal Opinion set within a factual case in which an applicant towards Public Civil Service Exam and Testing, which includes Evaluation and Certification, intended for University Teaching in federal autarkic entity was refused when in the stage of authenticating qualifications that is the final part of the assessment. Since juridical features regarding the issue were scrutinized the following step was the legal-procedural approach in order to guarantee to the applicant the Access to Justice for much beyond the mere admission into the Judiciary Power. State's view as a Unique Power, although divided into three Powers, is a decisive factor near to validate the concept that the Constitutional Jurisdiction must be provided and that the Judiciary Power might interfere in the candidate's selective process as an ultimate mean so as to mend administrative act deviation when it noticeably embraces a constitutional text violation, which may not be consented in a Democratic State of Law.

**Keywords:** Brazilian public civil service exam and testing - evaluation and certification – rank examination–Brazilian Supreme Court decision

## RELATÓRIO

Trata-se de situação concreta em que determinado candidato ao cargo de Professor no Magistério Superior Federal submeteu-se a concurso público de provas e títulos para ingresso no serviço público.

O candidato foi o único a ter inscrição deferida para participar do certame que ofertava duas vagas, sendo aprovado com excelente nota na prova de conteúdo de cunho eliminatório, obteve êxito na prova didática e recebeu notas baixas na prova de títulos. Considerando a extração da média ponderada o candidato foi reprovado, embora não fossem eliminatórias as etapas seguintes à prova de conhecimento.

Não obstante o caráter eliminatório indevidamente conferido à fase de prova de títulos, a Banca Examinadora composta por cinco membros, conferiu notas heterogêneas ao mesmo lote de títulos apresentados e, sendo assim, constataram-se valorações subjetivas e individuais feitas por cada um dos examinadores, uma vez que não havia tabela (barema) única e previamente divulgada a orientar a distribuição das notas aos títulos, o que também foi questionado e investigado para ser respondido por este Parecer.

Ao saber da reprovação na última etapa do certame, o candidato ingressou com recurso administrativo alegando erro material e requerendo a reapreciação dos títulos. Como no início da consultoria prestada não havia resposta ao recurso administrativo, bem como a entidade federal autárquica já houvera iniciado novo processo seletivo, ingressamos com a chamada tutela de urgência e, pela via da ação cautelar inominada, obtivemos êxito em pleito de decisão liminar que determinou a “reserva da vaga” para o caso de o candidato sair vencedor na contenda então já levada ao Poder Judiciário.

Na sequência, elaboramos a estratégia técnica para fundamentar o objeto da chamada ação principal, veículo adequado a que o Poder Judiciário exerça a cognição exauriente analisando os fatos, fundamentação jurídica e, pela via do livre convencimento motivado, conferir resposta jurisdicional satisfatória ao candidato. Este Parecer traz como ponto nodal a aplicação das decisões paradigmas prolatadas no AI 194188 e no MS 31176 MC / DF, ambas do Supremo Tribunal Federal.

## FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A situação narrada é de alta indagação jurídica e de grande complexidade, visto que presentes violações aos preceitos constitucionais e infraconstitucionais com efeitos extremamente nocivos ao administrado e ao interesse público.

O caso permite a intervenção do Poder Judiciário como forma de correção do desvio ocorrido na realização do certame de modo a torná-lo válido em sua integralidade com base na Constituição Federal, notadamente em seu art. 37, II, a respectiva orientação doutrinária reiterada e pacífica interpretação desse dispositivo pelo STF.

## DECISÕES PARADIGMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No curso de nossa pesquisa encontramos que a discussão acerca do caráter meramente classificatório da prova de títulos em concurso público fora levada ao Supremo Tribunal Federal e decidida em 1997 (AI 194188), oportunidade em que brilhantemente o Ministro Marco Aurélio entendeu que:

*CONCURSO PÚBLICO - TÍTULOS - REPROVAÇÃO. Coaduna-se com o princípio da razoabilidade constitucional conclusão sobre a circunstância de a pontuação dos títulos apenas servir à classificação do candidato, JAMAIS definindo aprovação ou reprovação. Alcance emprestado por tribunal de justiça à legislação estadual, em tudo harmônico com o princípio da razoabilidade, não se podendo cogitar de menosprezo aos critérios da moralidade e da impessoalidade.*

(Grifamos).

E mais, para o Excelentíssimo Ministro:

*Relativamente à questão de fundo, a segurança foi concedida a partir de interpretação emprestada aos procedimentos e à Carta Estadual. Digo, mais, **teve-se presente a razoabilidade constitucional. Ora, con-substancia verdadeiro paradoxo exigir-se para um certo concurso titulação do candidato, ou seja, diploma específico e, em passo seguinte, uma vez aprovado nas provas escritas e orais, logrando as notas e a média final previstas no edital, vir a declará-lo reprovado em consequência de pontos atribuídos aos títulos. Conforme assentou o Colegiado, estes somente servem à classificação do candidato, jamais à definição de tê-lo como aprovado ou reprovado.***

AI/194188 - AGRAVO DE INSTRUMENTO Classe: AI Procedência: RIO GRANDE DO SUL Relator: MIN. MARCO AURÉLIO Partes AGTE.(S) - ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL ADV.(A/S) - PGE-RS - SÉRGIO VIANA SEVERO AGDO.(A/S) - ANITA JOB LUBBE ADV.(A/S) - LAURDIS DEMETRIO SEBBEN  
Matéria: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO | Concurso Público / Edital | Prova de Títulos.

(Grifamos).

No momento seguinte a Egrégia Corte renovou o sólido posicionamento ao julgar o Agravo Reg. em Agravo de Instrumento n. 1994.188-8 Rio Grande do Sul:

*CONCURSO PÚBLICO – TÍTULOS – REPROVAÇÃO. Coaduna-se com o princípio da razoabilidade constitucional conclusão sobre a circunstância de a pontuação dos títulos apenas servir à classificação do candidato, jamais definindo aprovação ou reprovação. Alcance emprestado por tribunal de justiça à legislação estadual, em tudo harmônico com o princípio da razoabilidade, não se podendo cogitar de menosprezo aos critérios de moralidade e da impessoalidade <sup>2</sup>.*

(Grifamos).

Em decisão recente, o Guardião da Constituição, pela decisão do Excelentíssimo Ministro Luiz Fux, asseverou que esse permanece sendo o entendimento do Pretório Excelsior.

**DECISÃO:** *Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Pedro Walter de Pretto, postulando a anulação da decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça nos autos do Procedimento de Controle Administrativo nº 0004923-16.2011.2.00.0000, que referendou a sua reprovação no 7º Concurso de Ingresso e Remoção para outorga de delegações de notas e de registros do Estado de São Paulo, com a consequente nomeação e posse na serventia de Piratininga/SP, que restou vaga na lista-gem de sessão de escolha.*

(...)

*Alega o Impetrante, em síntese, **que o edital do certame atribuiu, por via oblíqua, caráter eliminatório à avaliação de títulos dos candidatos, quando, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deveria ser meramente classificatória.** Em sede de liminar, requer a outorga da serventia ou, subsidiariamente, a suspensão dos efeitos do ato impugnado para que aguarde o julgamento final do mandamus.*

(...)

<sup>1</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=170&dataPublicacaoDj=04/09/1997&incidente=1661316&codCapitulo=6&numMateria=123&codMateria=3>. Acesso em 14/05/2013.

<sup>2</sup> Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=283253>. Acesso em 14/05/2013.

Assiste razão ao Impetrante.

(...)

*Essa Antinomia Editalícia, porém, admite apenas uma solução administrativa compatível com a Constituição da República. Isso porque, consoante já decidiu essa e. Corte, a prova de títulos em concursos públicos somente possui natureza classificatória (jamais eliminatória). Nesse sentido, vaticinou o i. Min. Marco Aurélio:*

*CONCURSO PÚBLICO - TÍTULOS - REPROVAÇÃO. Coaduna-se com o princípio da razoabilidade constitucional conclusão sobre a circunstância de a pontuação dos títulos apenas servir à classificação do candidato, jamais definindo aprovação ou reprovação. Alcance emprestado por tribunal de justiça à legislação estadual, em tudo harmônico com o princípio da razoabilidade, não se podendo cogitar de menosprezo aos critérios da moralidade e da impessoalidade.*

*(AI nº 194188 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 30/03/1998, DJ 15-05-1998).*

(...)

*Com efeito, extrai-se da leitura da Constituição da República que a fase de títulos, em qualquer concurso público, assume caráter acessório ou ancilar. Sua realização, em verdade, sequer é imposta pela Lei Maior, que se limita a exigir provas, cumuladas ou não com a análise de títulos, consoante expressa redação do seu art. 37, inciso II. A contrario sensu, veda-se a realização de concurso público apenas baseados em provas de títulos, justamente porque tal exame não é capaz de identificar o candidato necessariamente portador de maior conhecimento. Somente as provas é que permitem inferir quão preparado o concorrente efetivamente está. Os títulos, ainda que possam revelar experiências, não traduzem mecanismo idôneo para a avaliação do mérito individual.*

*Ademais, como bem apontado pela abalizada doutrina, eventual caráter eliminatório da prova de títulos ofende a isonomia, porquanto exige maior pontuação de candidatos mais jovens, os quais sequer viveram o suficiente para se qualificar<sup>3</sup>.*

*(Grifamos).*

O Ministro Luiz Fux invocou os ensinamentos do Ministro Ayres Brito e do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho:

*Em sede doutrinária, também já se manifestou o i. Min. Carlos Ayres Britto, cujo magistério preciso merece transcrição in verbis:*

***“É falar: os títulos que o candidato exhibe como constitutivos do seu ‘curriculum vitae’ exprimem um tipo de habilitação ou conhecimento apenas presumido, porque não testado. O candidato não é posto a prova quanto ao seu efetivo preparo pessoal. Não há concurso de títulos, mas de provas... e títulos. Não constituindo provas, os títulos não aprovam, nem reprovam. servem tão somente como critério de classificação dos candidatos, até porque, se ostentassem natureza eliminatória, fariam com que os candidatos carecedores de denso currículo (os mais jovens e os mais pobres, principalmente) já entrassem para a prova de conhecimento com a obrigação de saber mais do que os outros. E é intuitivo que tal ‘obrigação antecipada’ de saber mais lesionaria o princípio da igualdade”.*** (grifos no original).

*(BRITTO, Carlos Ayres. “Concurso Público: requisitos de inscrição” In: Revista Trimestral de Direito Público nº 6. 1994, p. 70).*

*Registro ainda o escólio de José dos Santos Carvalho Filho:*

<sup>3</sup> Decisão prolatada no MS 31176 MC / DF – Distrito Federal, com julgamento realizado em 06/06/2012.

*“O concurso de provas e títulos, se observarmos com lógica e coerência o intento constitucional, indica que os candidatos devem ter seu conhecimento mediado pelas provas a que se submeterem, porque esse é o objetivo delas. Por esse motivo é que são comumente denominadas de provas de conhecimento. Obviamente, não é esse o escopo do concurso de títulos, integrante do concurso de provas e títulos. A titulação dos candidatos não pode servir como parâmetro para aprovação ou reprovação no concurso público, pena de serem prejudicados seriamente aqueles que, contrariamente a outros candidatos, e às vezes por estarem em início da profissão, ainda não tenham tido oportunidade de obterem esta ou aquela titulação. Entendemos, pois, que os pontos atribuídos à prova de títulos só podem refletir-se na classificação dos candidatos, e não em sua aprovação ou reprovação”.* (grifos no original)  
(CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 622-623).

(Grifamos).

Neste contexto podemos afirmar que a prova de títulos, segundo previsão constitucional, tem como propósito refletir a classificação dos candidatos e não puni-los com a reprovação, posto que se destina a investigar a capacidade pessoal de cada candidato e selecionar o mais hábil a ocupar a vaga do concurso e desempenhar as atividades ofertadas.

Cuida-se de mera fase complementar e subalterna, afirmando jurisprudência e doutrina que o art. 37, II da Carta Maior admite, inclusive, concurso público realizado por meio de “prova” - elemento imprescindível ao ingresso na carreira pública - e sem a fase de títulos.

Nesse turno podemos afirmar que a prova de títulos não tem o condão de reprovar o candidato, pois, se de forma inversa fosse, reprovava a priori qualquer candidato que ainda não tivesse acesso a ferramentas de aprimoramento profissional em razão do tempo ou do baixo poderio financeiro, conforme asseverou o Ministro Carlos Britto, o que por si só já feriria a Constituição por violação à isonomia por motivo de discriminação por fator etário ou socioeconômico.

## PROVA DE TÍTULOS À LUZ DA INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA

Em complemento ao entendimento doutrinário citado pelo Excelentíssimo Ministro Luiz Fux reservamos especial destaque aos textos assinados por notáveis juristas de sólida formação acadêmica.

Começamos por Cristina Fortini<sup>4</sup> e Virgínia Kirchmeyer Vieira<sup>5</sup> que afirmam a relatividade da prova de títulos que se destina meramente a revelar conhecimento presumido<sup>6</sup> e citam o Ministro Carlos Britto que, analisando a temática, destacou que os títulos servem como critério de classificação e que se ostentam natureza eliminatória, senão: “fariam com que candidatos carecedores de densos currículos (os mais jovens e mais pobres, principalmente) já entrassem para a prova de conhecimento com a obrigação de saber mais do que os outros”, afrontando o princípio da igualdade<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Doutora em Direito Administrativo pela UFMG. Presidente do Instituto Mineiro de Direito Administrativo. Procuradora Geral Adjunta de Belo Horizonte. Professora da Faculdade de Direito da UFMG e de diversas outras instituições. Coordenadora da área de Direito Administrativo da Escola Superior da OAB/MG.

<sup>5</sup> Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Especialista em Direito Municipal pelo JN&C IDM. Gerente de Atividades em Controle Externo da Procuradoria Geral de Belo Horizonte. Co-coordenadora do Curso de Especialização em Direito Municipal do CEAJUFE.

<sup>6</sup> Apud FORTINI, Cristiana; VIEIRA, Virgínia Kirchmeyer. “Ponderações sobre a prova de títulos nos concursos públicos” in Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Edição Especial — ano XXVIII, p. 63. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/925.pdf>. Acesso em 14/05/2013.

<sup>7</sup> Entendem ainda as Ilustres Professoras: “Desde logo se percebe que a análise dos títulos não tem o condão de identificar o candidato portador de maior conhecimento. As provas, e apenas elas, permitem inferir quão preparado o concorrente está. Não é por outra razão que a Constituição da República inadmitte concurso público limitado à investigação e valoração dos títulos, exigindo, ao revés, provas em todo concurso público. Os títulos, ainda que possam revelar experiências, a depender do que venha a ser reconhecido como título hábil em dado certame, não traduzem o mecanismo correto para a avaliação do mérito. Por isso, a avaliação dos títulos assume caráter acessório, complementar e ancilar quando comparada às provas de conhecimento. (...) a apresentação de títulos em concursos públicos tem como finalidade valorar a experiência profissional e o aspecto intelectual do candidato, a formação acadêmica na área específica de atribuição do cargo e a realização de pesquisas e elaboração de trabalhos técnicos, mas não pode ser tomada como

Para Cretella Júnior<sup>8</sup>: “a prova de títulos nada mais é do que uma das fases do procedimento seletivo maior — o concurso de provas e títulos — não tendo, assim, o caráter autônomo do concurso de títulos, tão só.” e Diogenes Gasparini<sup>9</sup> descreve que o concurso de provas e títulos caracteriza-se por submeter o candidato a provas escritas e eventualmente orais e se devem “considerar os títulos por ele apresentados como fator de classificação”.

Cabe-nos lembrar que a prova de títulos para ingresso no magistério nas redes públicas tornou-se obrigatório a partir da EC 53/2006<sup>10</sup>, e tem caráter meramente de encerramento formal do certame. Louvável tal medida porque busca o aprimoramento dos candidatos, mas, por outro lado, não pode servir como ferramenta de violação dos princípios da Administração Pública e desvirtuação do processo seletivo.

## PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E ANTINOMIA DO EDITAL: INVOCAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

O ato administrativo deve seguir os preceitos orientadores esculpido na Constituição Federal, atender à forma expressamente disposta em lei para sua exteriorização e estar atenta às solenidades necessárias, sob pena de invalidade do ato por ausência de atendimento pressupostos formalístico.

Para que exista, um ato deve atender ao pressuposto de indicativo do objeto e ser pertinente à função administrativa; para ser válido, há de atender aos pressupostos de sujeito produtor do ato, motivo, atendimento aos requisitos procedimentais, finalidade, causa e formalização, explica Celso Antônio Bandeira de Mello.

O art. 37, caput, da Constituição Federal estabelece que os atos da Administração Pública devem se orientar pelo princípio da legalidade.

Nesse contexto, lembremos que o edital é a lei do concurso público, vinculando administrador e administrado. Outrossim, temos que **a administração deve agir em virtude de lei, concluindo-se que somente poderá fazer aquilo que estiver descrito na ferramenta editalícia.**

O **particular**, por outro turno, encontra guarida no próprio texto constituinte para que se exima daquilo que não se encontra previsto em lei, uma vez que o art. 5º, II, estabelece que **“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”**.

No caso objeto deste Parecer, feita a leitura das regras editalícias e da Resolução Interna da entidade federal autárquica que realizou o concurso, em nenhum dos dois textos foi encontrada a atribuição de caráter eliminatório à prova de títulos, não cabendo, pois, ao administrador, conferir-lhe tal atributo com o certame já em curso.

Tomemos por empréstimo o instituto do ato licitatório a fim que o princípio da vinculação do instrumento e o princípio do julgamento objetivo nas situações paralelas nos atos convocatórios sirvam-nos como marcos orientadores para que o desvio de finalidade, a inobservância da teoria dos motivos determinantes e a violação aos princípios da administração previstos no caput do art. 37 da Carta Maior não maculem o certame nem análise.

<sup>8</sup> CRETILLA JUNIOR, José. Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. 4, 1991, p. 2.178.

<sup>9</sup> GASPARINI, Diogenes. In MOTTA, Fabrício (Coord.). Concurso Público e Constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 34.

<sup>10</sup> art. 206, V, da CF/88.

<sup>11</sup> Curso de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 396 - 413.

Enquanto princípio basilar de toda e qualquer atividade administrativa, iniciemos pelo princípio da legalidade que garante aos indivíduos que não haverá abusos de conduta e desvios de objetivos, uma vez que a atuação do administrador deve obedecer ao que a lei impõe.

Na hipótese narrada, faltou autorização legal no edital e na Resolução para que as etapas de prova didática ou prova de títulos tivessem caráter eliminatório. Assim não pode imperar a vontade e a suposta discricionariedade do administrador sob pena de infringir neste e noutros elementos que igualmente devem nortear os atos da Administração Pública, tais como os princípios da moralidade e da impessoalidade, e conseqüentemente, o princípio da probidade administrativa.

Invocamos ainda o **princípio da vinculação ao instrumento convocatório**, que se traduz em verdadeira garantia dos administradores e administrados. Uma vez traçadas as regras editalícias, essas devem ser fielmente observadas por todos evitando-se alterações nos critérios de julgamento.

A ausência de observância do princípio da vinculação torna o ato suscetível de correção na via administrativa ou mesmo judicial.

Do mesmo modo, o princípio da vinculação evita que brechas sejam oportunidades para a violação dos deveres do administrador de probidade e impessoalidade. Tal princípio é tão essencial que a sua inobservância pode gerar a nulidade do ato, devendo, pois, ser cumpridas as normas e condições estritamente vinculadas pelo edital.

Por fim, valemo-nos do **princípio do julgamento objetivo**, segundo o qual devem ser afastadas quaisquer surpresas, descartando-se subjetivismos e personalismos, gostos pessoais e favorecimentos<sup>14</sup>. Este princípio também estabelece que os julgamentos devam ser feitos nos exatos critérios fixados no edital<sup>15</sup>.

O **interesse público** deve ser atendido pelos atos da administração pública e na hipótese em estudo vislumbramos que há demanda para a realização do concurso e discentes sem professores, o que compromete o cumprimento do programa previsto do Projeto Pedagógico.

A escassez de profissionais dotados de títulos de doutor inviabiliza o ingresso de novos docentes, como ocorreu no caso do concurso em tela em que duas vagas foram disponibilizadas e apenas um candidato teve a sua inscrição deferida, motivo pelo qual não só o particular como a coletividade estão sob os efeitos nocivos decorrentes do ato ilegal da Administração Pública.

Conforme já afirmamos, o edital não previa – e nem poderia estabelecer - o caráter eliminatório para a prova de títulos, mas a atribuição de pontos e pesos à prova de títulos ensejou a reprovação de candidatos em fase que estaria dotada apenas de cunho classificatório.

Assim foi que a extração de média nessa fase do certame gerou a não habilitação do candidato, o que consagra evidente antinomia editalícia e, a esse respeito também se manifestou o Supremo na decisão paradigma MS 31176 MC / DF:

<sup>12</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 201/4.

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 306/7.

<sup>14</sup> "MEC recua e exige doutorado de professor de universidade federal. Após dispensar a exigência de mestrado e doutorado, permitindo que docentes com apenas a graduação pudessem disputar vagas nas universidades federais, o Ministério da Educação (MEC) recuou da medida, em vigor desde março. Agora, o candidato a docente deverá ter título de doutor. 'Para não ser doutor, o órgão superior, o conselho universitário, tem que aprovar os casos excepcionais', disse o ministro Aloizio Mercadante. As informações são do jornal Folha de S. Paulo. A exceção será aceita em apenas duas condições: cursos em regiões mais remotas ou graduações em que há carência de doutores, como é o caso da área de artes. Mercadante reconheceu que houve erro do Ministério do Planejamento ao redigir o texto do projeto de lei. 'O fato é que o governo cometeu uma barbearagem e induziu o Senado a uma barbearagem', disse o senador Aloisio Nunes (PSDB-SP), apontando falta de tempo para discutir o tema". Fonte: <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2013/05/15/mec-recua-e-exige-doutorado-de-professor-de-universidade-federal/>. Acesso em 15/05/2013.

*A nota final do candidato será a média ponderada das notas das provas e dos pontos dos títulos, de acordo com a seguinte fórmula: (...) É de clareza meridiana que a fórmula matemática empregada pelo Edital pode, a depender da interpretação que lhe seja atribuída, conferir natureza eliminatória à prova de títulos. (...)*

*Essa antinomia editalícia, porém, admite apenas uma solução administrativa compatível com a Constituição da República. Isso porque, consoante já decidiu essa e. Corte, a prova de títulos em concursos públicos somente possui natureza classificatória (jamais eliminatória).*

*(Grifamos)*

Tal como nessa hipótese julgada, o caso em análise nesta Parecer também se encontra eivada pela antinomia, já que a administração não poderia ter atribuído a posteriori o caráter eliminatório a qualquer das fases do certame não indicadas previamente no edital – flagrante ofensa ao dever de vinculação do ato administrativo - sem prejuízo da afirmação de que o ato é ilegal e, conseqüentemente, inconstitucional por ter reprovado o candidato na fase de análise dos títulos.

A questão da antinomia pode ser resolvida com o acolhimento do pleito de invalidação do ato que reprovou o candidato na prova de títulos, tornando o certame adequado ao entendimento pacífico do STF (decisões paradigmas) e ao princípio da legalidade do caput do art. 37.

## **AUSÊNCIA DE BAREMA; CRITÉRIOS SUBJETIVOS E OFENSA AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE**

A seleção isonômica dos candidatos em concurso público é um dos propósitos estabelecidos na Carta Constitucional. É o escopo maior do qual a administração não pode se desvirtuar.

A intervenção do Poder Judiciário se justifica neste caso como meio último a coibir a prática da ilegalidade e violação aos demais princípios que devem reger os atos da Administração Pública, reconhecendo a invalidade do ato e atendendo ao melhor interesse público.

No caso em análise apontamos mais um vício editalício, além da antinomia já discutida. Trata-se de ausência de barema, implicando na omissão quanto à exposição prévia e pública de notas e títulos que seriam admitidos no concurso público.

Preveem as regras do certame que cada membro da Banca Examinadora goza de liberdade para atribuir pontos a cada título apresentado segundo seus próprios critérios subjetivos, seu próprio juízo de valor, e deixando de especificar os parâmetros utilizados na valoração dos documentos apresentados.

De certo temos risco evidente de que esta fase do certame seja contaminada pela pessoalidade se considerarmos que os avaliadores podem já possuir em mãos os dados e fotos dos candidatos, de cujos títulos estejam em análise.

Como forma de impedir tal despropósito defendemos que toda prova de títulos deva contar com prévia e pública indicação de quais documentos serão aceitos, qual a valoração de cada um e a pontuação máxima possível, possibilitando que todos os candidatos conheçam de antemão suas reais possibilidades para, inclusive, decidir quanto a participar ou não do certame.

Afirmamos<sup>17</sup> que essa publicidade deve ser observada como forma de conferir segurança aos candidatos para os quais será assegurada a avaliação de forma neutra, com motivação prévia, clara, objetiva e restritiva, bem como aqueles conhecerão os critérios a serem empregados na avaliação e restarão protegidos de eventual mau uso da discricionariedade. Nessa mesma linha de raciocínio jurídico, temos que o princípio da motivação visa a impedir que critérios subjetivos e injustificados toquem os atos administrativos na análise de títulos nos concursos públicos<sup>18</sup>.

Caso contrário, estaríamos sujeitos indiscutivelmente ao retrocesso à fase de autoritarismo do Estado e, por isso, defendemos que na avaliação dos títulos todo e qualquer véu que possa obnubilar a lisura do ato administrativo deve ser removido pelo Poder Judiciário<sup>19</sup>.

No curso de nossa pesquisa, encontramos ainda o posicionamento do Ministério Público Federal<sup>20</sup> manifestado na Ação Civil Pública com pedido de antecipação de tutela em face da UNIFESP - Universidade Federal do Estado de São Paulo, em razão da instauração e instrução do procedimento n. 1.34.014.00002/2008-71, iniciado por força de concurso público para os cargos de Magistério de Ensino Superior nas áreas de matemática e computação.

<sup>15</sup> A partir da leitura do manifesto decisório do E. TRF da 4ª Região: "A análise de títulos requer a adoção de critérios objetivos, a fim de evitar que paire qualquer dúvida acerca da qualificação de cada candidato", não sendo "dado à Administração poder discricionário para agregar maior ou menor valor ao título". Remessa ex officio em MS n. 1999.04.01.018.974-5/RS, Relator Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, 3a Turma, DJ, 20/09/2000.

<sup>16</sup> Sobre esse tema: "Acórdão. Origem: TRF-2. Classe: REOMS - REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 67803 Processo: 200650010052018 UF: RJ Orgão Julgador: QUINTA TURMA ESPECIALIZADA. Data Decisão: 09/04/2008. Documento: TRF-200181292. Fonte: DJU - Data: 16/04/2008 - Página: 376. EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DE TÍTULOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO. COMPETÊNCIA LIMITADA AO EXAME DA LEGALIDADE DO CERTAME. PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA. - Cuida-se de remessa necessária de sentença que, em sede de ação mandamental, concedeu a segurança, deixando de condenar a parte ré ao pagamento da verba advocatícia, atendendo à Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal. - A hipótese é de demanda ajuizada objetivando, em síntese, a parte autora, a anulação do ato administrativo que na fase de prova de títulos, o eliminou do concurso público de professor do CEFET - ES. Requer o impetrante que seja determinada a correção de sua prova de títulos mediante avaliação motivada dos títulos apresentados, com a atribuição da correspondente pontuação, nos moldes previstos no edital. - O Supremo Tribunal Federal, bem como o Superior Tribunal de Justiça possuem jurisprudência uniforme no sentido de que, em concurso público, não cabe ao Poder Judiciário examinar o critério de formulação e avaliação das provas e notas atribuídas aos candidatos, ficando sua competência limitada ao exame da legalidade do edital e do cumprimento de suas normas. - No caso dos autos, a banca examinadora apenas informou que o candidato foi eliminado, deixando de prestar as informações cabíveis e de indicar quais critérios foram utilizados em sua avaliação. Destarte, revela-se impossível saber se os critérios constantes do edital foram utilizados como parâmetros para a atribuição das notas do candidato, bem como quais os motivos que levaram à sua eliminação do certame. - Compete aos examinadores, ainda que de forma sintética, motivarem sua avaliação de maneira a fundamentar a nota atribuída ao candidato, em obediência ao princípio da motivação dos atos administrativos, propiciando eventual exercício do contraditório e da ampla defesa. - Assim, deve se proceder à reavaliação da Prova de Títulos do Impetrante, motivando, ainda que de forma concisa, porém clara, completa e suficiente, os pontos considerados para atribuição da sua nota, na forma do edital originário. - Remessa necessária desprovida. Relator: Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA. Votantes: VERA LÚCIA LIMA. MAURO LUIS ROCHA LOPES. ALEXANDRE MIGUEL. Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento à remessa, na forma do voto da Relatora". (Grifamos).

<sup>17</sup> Destacamos a decisão do Tribunal Federal da Segunda Região: "Acórdão. Origem: TRF-2 Classe: REO - REMESSA EX OFFICIO EM AÇÃO CÍVEL - 493100 Processo: 200950020018525 UF: RJ Orgão Julgador: SEXTA TURMA ESPECIALIZADA Data Decisão: 29/11/2010 Documento: TRF-200245690 Fonte E-DJF2R - Data: 07/12/2010 - Página: 503. Ementa: REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. CRITÉRIOS PARA CÔMPUTO DE VALORES DE TITULAÇÃO. OMISSÃO. REVISÃO DO ATO COATOR PELA PRÓPRIA AUTORIDADE IMPETRADA. IMPROVIMENTO 1. A questão em debate no presente feito versa sobre a suspensão de concurso para professor substituído do Instituto Federal do Espírito Santo, realizado conforme o Edital nº 09/2009, suspendendo-se a contratação da primeira colocada no certame, por violação aos critérios de cômputo de titulação dos candidatos. 2. Compulsando os autos, verifica-se que do Edital nº 09/2009 do Instituto Federal do Espírito Santo, que trata do processo seletivo simplificado para preenchimento de vaga de professor, não consta que poderia ocorrer o somatório de titulação de idêntica categoria dos candidatos. 3. Como o edital não apresentou critérios explícitos acerca da forma de cômputo das titulações, não poderia a comissão organizadora do referido certame se utilizar de critérios não previstos expressamente no edital, sob pena de violação ao princípio da vinculação ao edital e da legalidade, vez que, como bem afirmado na sentença monocrática, "se utiliza de critérios discricionários para estabelecer a metodologia de correção de provas, um ato que deve ser isonômico e previamente estabelecido no edital". 4. A própria Autoridade Impetrada reconheceu o reviu o ato inquinado de ilegalidade e reformulou o resultado da seleção pública passando a constar o Impetrante como primeiro colocado do certame, tendo sido o mesmo, inclusive, já contratado. 5. Remessa necessária improvida. Sentença confirmada. Relator: Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA. Votantes: GUILHERME COUTO, GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA e LEOPOLDO MUYLAERT". (Grifamos).

<sup>18</sup> Medida intentada em março de 2008. Fonte: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:aM\\_2cQFzByoJ:www.prsp.mpf.gov.br/institucional/atuacao/6\\_/Qualidade%2520do%2520servi/Concurso%2520Publico%2520-%2520Irregularidades%2520-%2520Universidade%2520Federal%2520do%2520Estado%2520de%2520Sao%2520Paulo%2520-%2520UNIFESP%2520-%2520Cargos%2520de%2520magisterio%2520de%2520matematica.pdf/at\\_download/file+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:aM_2cQFzByoJ:www.prsp.mpf.gov.br/institucional/atuacao/6_/Qualidade%2520do%2520servi/Concurso%2520Publico%2520-%2520Irregularidades%2520-%2520Universidade%2520Federal%2520do%2520Estado%2520de%2520Sao%2520Paulo%2520-%2520UNIFESP%2520-%2520Cargos%2520de%2520magisterio%2520de%2520matematica.pdf/at_download/file+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br). Acesso em 14/05/2013.

Na ocasião, o Procurador signatário da medida judicial de caráter coletivo, Márcio Schusterschitz da Silva Araújo, aduziu que o Ministério Público Federal formara sua convicção no sentido de que o procedimento então adotado pela ré era estranho à determinação constitucional de concurso público, por ser essencialmente subjetivo, descontrolado e ofensivo à exigência constitucional de livre acesso às funções e cargos públicos por procedimento impessoal, razoável e proporcional.

Na peça inaugural narrou o MPF que haveria inconstitucionalidade uma vez que a prova de título estava sendo “simplesmente uma nebulosa avaliação do ‘memorial, dos títulos e documentos comprobatórios apresentados pelo candidato’”, e requereu que ficasse definido em edital a especificação dos títulos que seriam valorados com a respectiva pontuação.

Maria Cecília Mendes Borges<sup>21</sup> afirmou que: “Seja qual for o método de avaliação, ele deve ser objetivo, padronizado e vinculado à natureza das funções a serem exercidas”. E assegurou que a objetividade do processo seletivo é necessário como forma de atendimento aos “princípios da impessoalidade e da igualdade, bem com da eficiência e da moralidade”.

A posição jurisprudencial é assente em estabelecer que a falta de motivação do ato administrativo na valoração dos títulos gera o vício de ilegalidade, ferindo o princípio correlato e os da publicidade e moralidade administrativa. Por isso, quando a Administração Pública não corrige seu próprio ato, cabe ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional do ato impugnado<sup>22</sup>.

Temos, portanto, que a ausência de barema compromete a lisura da apreciação dos títulos ante a possibilidade de ser maculada ainda que involuntariamente pela pessoalidade do agente, o que ofenderá em absoluto a moralidade dos atos administrativos.

Diante de quadro de incorreção administrativa, resta ao candidato se socorrer do Poder Judiciário como forma última a corrigir o desvio que corrói a fase da prova de títulos do concurso público em questão.

Assim, apontamos como solução aplicável a sanar o vício que o Poder Judiciário reconheça que não foram atendidos os princípios que devem orientar os atos da Administração Pública, notadamente os da legalidade, moralidade, impessoalidade, bem como dos motivos determinantes a fim de que seja declarada a invalidade ao ato que eliminou indevidamente o candidato do certame.

<sup>19</sup> “Editais de Concursos Públicos e seus elementos Padrões diante dos princípios constitucionais” In Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Jan., fev., mar 2009. v. 70, n. 1, ano XXVII, pp. VVV. Disponível em <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/391.pdf>, acesso em 11/05/2013).

<sup>20</sup> “REOMS 103 DF 2002.34.00.000103-8 Relator(a): DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA. Julgamento: 03/11/2008. Órgão Julgador: QUINTA TURMA Publicação: 21/11/2008 e-DJF1 p.872. Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE VAGAS NO CARGO DE FISCAL FEDERAL AGROPECUARIO. EDITAL Nº. 1/2001 - MA. REVISÃO DE NOTAS DE PROVAS DE TITULOS. IMPOSSIBILIDADE DE REFORMATIO IN PEJUS. ATO ADMINISTRATIVO QUE PROVOCA PREJUIZO AO ADMINISTRADO SEM A DEVIDA MOTIVAÇÃO. ULTRAJE AOS PRINCIPIOS DA LEGALIDADE, PUBLICIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVA. REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDA. (...) 2. Os atos administrativos que possam causar prejuízo aos administrados, ainda que discricionários, devem ser motivados, exigência esta que não foi observada pela CESPE ao modificar a nota do impetrante. A falta de motivação também inquitou o ato de ilegalidade, ferindo os princípios da legalidade, publicidade e moralidade administrativa. O princípio da autotutela garante à administração a possibilidade de rever os seus próprios atos, anulando os ilegais e revogando os que deixam de ser oportunos e convenientes. Entretanto, a Administração não admitiu a ilegalidade do seu ato, restando, assim, ao Poder Judiciário o controle jurisdicional do ato impugnado. 3. Diante do vício de ilegalidade causado pela reformatio in pejus não prevista em lei (edital) e pela falta de motivação do ato impugnado, se faz necessária a anulação da revisão da nota e, por consequência, do resultado final da 1ª etapa do Concurso Público para Provimento de Vagas no Cargo de Fiscal Federal Agropecuário, na Especialidade de Engenheiro Agrônomo - Área Fomento e Fiscalização da Produção Vegetal. 4. REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDA”. (Grifamos).

## INTERVENÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

*"O Direito que imediatamente conhecemos e aplicamos, posto pelo Estado, dele dizemos ser 'posto' pelo Estado não apenas porque são escritos pelo Legislativo, mas também porque suas normas são produzidas pelo Judiciário"<sup>23</sup>*

Optamos por inaugurar este tópico com uma citação doutrinária do Prof. Lenio Streck, ante o brilhantismo das palavras e a profunda tradução jurídica que toca às diversas esferas das relações jurídicas, sejam ou não objetos de atividade judicante.

O Estado é detentor do monopólio de "dizer o direito", o que se realiza pelos diversos campos de atuação que vão desde a concepção da norma até a sua applicatio concreta, sempre à luz da Constituição. Para Hans-Georg Gadamer<sup>24</sup> a tarefa de interpretação consiste na concretização da lei em cada caso concreto, e para Paulo Bonavides, a interpretação conforme a Constituição é "*um princípio da interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição*"<sup>25</sup>.

O poder-dever do Estado de "dizer o direito" se realiza por meio do Poder Judiciário, cuja esfera de atuação é bem delimitada. Entretanto, destacamos a evidência de que o Estado é um Poder Uníssono com tarefas desempenhadas por cada um dos Três Poderes sem que isso implique em isolamento e imunidade entre os esses.

Quem corrige a desvirtuação de um ato da administração não é o Judiciário em sentido estrito, mas sim o Estado analisando-o conforme a legalidade imposta pelo próprio Estado. A tarefa de dizer o Direito é do Estado que estabeleceu o contrato social, interpretando e aplicando a jurisdição frente a cada desafio posto em juízo.

O ordenamento jurídico contemporâneo deve dizer o direito interpretando as normas e aplicando-as caso a caso, sempre pautado no texto constituinte e no anseio de melhor interesse social. A função do Direito é transformadora na condução da guarda da materialidade dos textos constitucionais, despidendo-se de formalidades que bloqueiem a análise concreta e segura do caso concreto.

Vivemos num novo cenário de intensa potencialidade das normas à luz do princípio democrático, e o ativismo judicial aclara bem a nova postura que superou a jurisprudência mecânica e bouche de la loi paralisados por um sistema limitador da atividade judicante, ante aos interesses sociais e políticos daquela época.

Na nova dimensão imposta ao Direito, as minorias não mais são massacradas e não se sujeitam ao despotismo e arbitrariedade do Governo. Ainda assim convivemos com algumas "regalias" mantidas para o Poder Público em Juízo e outros privilégios gerais inerentes à atividade administrativa, mas isso não é um permissivo a que elementos como discricionariedade sejam utilizados como ferramenta lícita, mas para fim moralmente inadmitido.

Frente aos riscos que os administrados ainda se encontram, a tarefa do sistema jurídico é corrigir qualquer irregularidade voluntária ou não de atos que violem direitos e garantias fundamentais dos administrados.

No concurso público o mesmo deve imperar. Por isso dissemos que há um novo paradigma de legitimidade do direito constitucional a ser utilizado sumariamente quando da ocorrência de qualquer violação por meio de conduta abusiva de entes públicos.

<sup>21</sup> "Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil". In A Constitucionalização do Direito: A Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 04.

<sup>22</sup> GADAMER, Hans-Georg Verdade y Método. Vol. I. Tradujeron Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. 11a. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2005, p. 489.

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 432.

Para Lenio Streck<sup>26</sup> existe especial relevância da jurisdição constitucional a partir da positivação dos direitos sociais-fundamentais, e o Poder Judiciário passou a ter um papel primoroso na garantia da realização desses. Isso é parte das “promessas da modernidade incumpridas”, afirma. E Mais:

*Dito de outro modo, descumprir os dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição, isto é, aqueles que estabelecem os fins do Estado (o que implica trabalhar com a noção de “meios” aptos para a consecução dos fins), representa solapar o próprio contrato social (do qual a Constituição é o elo contencioso que liga o político e o jurídico da sociedade). O texto constitucional, fruto desse processo de repactuação social, não pode ser transformado em um latifúndio improdutivo. Não pode, pois, ser deslegitimado<sup>27</sup>.*

*(Itálico original. Grifos nossos).*

Crerios discriminatórios violam o princípio da isonomia. No ingresso em concurso público o seletor é a própria administração, que tem dever moral e ético de observar as regras da sociedade contemporânea, exercendo, inclusive, a autotutela como forma de corrigir erros que tenha praticado.

Existe, claro, o minimalismo constitucional, estampado pelo formalismo que deve caracterizar as decisões dos Tribunais, mas, explica Cláudio Pereira de Souza Neto<sup>28</sup>, a atividade judicial construtiva será atingida por meio da hermenêutica constitucional pautada no enraizamento em razões de cunho filosófico-político e que, a partir disso, o movimento contemporâneo de ideias tenderia a reinserir a razão prática da metodologia jurídica gerando “a possibilidade de se validar essas razões como argumento de fundamentação das decisões judiciais”.

Sendo assim, por outro lado, a máxima efetividade da Constituição Federal permite uma postura ativista do Poder Judiciário como decorrência dos princípios do Estado Democrático de Direito, explica Cláudio Pereira, e o Poder Judiciário aplicando a fundamentalidade material da Constituição Federal é indispensável à efetividade da norma.

A Concepção do Estado Democrático de Direito pressupõe que a jurisdição exerça a tarefa de guardiã dos valores materiais positivados na Constituição, explica Lenio Streck<sup>29</sup>.

Havemos de destacar que o mérito administrativo é blindado à interferência do Poder Judiciário, salvo quando se tratar de violação ao princípio da legalidade, violação à teoria dos motivos determinantes, o desvio de finalidade e violação aos princípios da administração em sentido amplo.

Retomando a análise do concurso público, esse tem por escopo de escolher os melhores candidatos para ocupar os cargos e empregos públicos, e devem ser realizados em consonância com os princípios da impessoalidade, legalidade, eficiência e moralidade.

De certo, o Poder Judiciário não tem ingerência sobre esses aspectos peculiares de cada concurso público que melhor será examinado por seus organizadores sempre orientados pelos princípios e necessidades especificadas de cada cargo ou emprego público. Daí a impossibilidade de o Poder Judiciário se imiscuir no mérito administrativo, o que é razoável.

<sup>24</sup> “Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil”. In A Constitucionalização do Direito: A Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 03-41.

<sup>25</sup> “Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil”. In A Constitucionalização do Direito: A Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 26.

<sup>26</sup> “Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático” In A Nova Interpretação Constitucional. BARROSO, Luís Roberto (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 299.

<sup>27</sup> “Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil”. In A Constitucionalização do Direito: A Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 03-41.

Igualmente não compete ao Poder Judiciário substituir-se à Banca Examinadora, como já é pacífico na jurisprudência, limitando-se à análise da legalidade do certame e cumprimento dos preceitos constitucionais.

Por outro lado, o preceito constitucional esculpido no art. 5º, XXXV, informa que não será afastado da apreciação pelo Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, bem como violação da ordem justa deve ser corrigida de pronto pelo Estado-Juiz sob pena de se infringir o Estado Democrático enquanto ordem social contemporânea.

**Esses elementos dão subsídio suficiente à intervenção do Judiciário na esfera da Administração Pública sem que isso implique em violação à separação de Poderes ou intromissão no mérito administrativo**, sob pena de o concurso público incorrer em forma de escolha livre de pessoal simpático à Banca Examinadora e que não cumpra com os elementos mínimos ao ingresso na carreira pública.

O controle jurisdicional se justifica não para ingressar no mérito administrativo, mas como forma de adequar o certame aos preceitos constitucionais e à ordem jurídica, bem como sanar os vícios do ato praticado, isso porque: *“Por outro lado, ao Judiciário cabe manifestar-se sobre os aspectos de legalidade e verificar se a administração não ultrapassou os limites da discricionariedade, cometendo arbitrariedade<sup>30</sup>”*.

No caso em análise, não só a inconstitucionalidade da reprovação na prova de títulos é questionada, mas também a própria ausência da valoração prévia dos títulos, que deveria ter sido apresentada no edital e assim ter atendido ao princípio da motivação dos atos administrativos ao vincular publicamente os termos da análise do curriculum vitae.

A observância do princípio da impessoalidade se impede que o administrador público de alguma forma favoreça ou persiga administrados ao conferir-lhes tratamento desigual. A atuação pública deve se pautar segundo a lei ou haverá desvio ou abuso de poder. Somente quando observados os deveres restritivos da administração: *“o administrado estará imune a atos administrativos que não possuam motivação ou que sejam baixados com falsa motivação<sup>31</sup>”*.

A moralidade é indispensável à validade do ato administrativo que deve obedecer à lei jurídica e à lei ética e moral que impõem ao agente público o dever de condutas interna e externas que sirvam ao bem comum.

Em perfeita sintonia devem ser observados os princípios da finalidade e da impessoalidade para que o administrador público pratique atos observando sua finalidade legal, ou seja, aquela que o Direito indica como o objetivo do ato.

Por fim, temos que o reconhecimento de invalidade de ato administrativo é corrigível em sede de jurisdição constitucional, que se dará por meio da *“supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica”* que teve por motivação a *“ofensa ao direito”*, ensina Bandeira de Mello<sup>32</sup>.

Também entende dessa forma Diógenes Gaspariri ao observar que o que motiva a invalidade é a *“imprestabilidade jurídica”* do ato administrativo. Quanto ao seu conteúdo, o *“desfazimento do ato inválido”* deve ser imposto e cabe ao Poder Judiciário valer-se da própria essência da sua função e dizer o direito ao caso concreto<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> TRF 2. Apelação Cível. - Processo: 200651020011817. Sexta Turma Especializada.

<sup>29</sup> ALMEIDA FILHO, Agostinho Teixeira de; PEDRAS JÚNIOR, Gabriel Luiz Junqueira; LOYOLA, Bernardo Guimarães; VIANNA, Roberto Vieira. “O Princípio Constitucional da Impessoalidade”. In A Constitucionalização do Direito: A Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 81-94.

<sup>30</sup> Curso de Direito Administrativo. 27ª ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 462/4.

<sup>31</sup> Direito Administrativo. 15ª ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 165/6.

No que toca ao concurso público em especial, os agentes devem se orientar pela transparência e publicidade, como formas de se possibilitar a averiguação quanto à presença dos critérios de eficácia e lisura, sob pena de se mutilar a essência do certame.

Reiteramos que embora seja vedado ao Poder Judiciário substituir o papel das Bancas Examinadoras, na tarefa de controle jurisdicional do ato administrativo pode sim se imiscuir na esfera da Administração Pública de modo a prover o atendimento aos preceitos legais axiológicos que devem nortear os atos dos órgãos integrantes dessa última.

No caso em exame, verifica-se a insurgência de elementos teratológicos nas leis do certame e no ato que gerou a reprovação do candidato na prova de títulos, o que justifica a intervenção da atividade jurisdicional como forma de correção de irregularidades do ato a fim de atender ao melhor interesse público.

## CONCLUSÃO

Concluimos que as regras editalícias decorrem do uso da discricionariedade da Administração Pública o que não isenta ou imuniza a apreciação ou qualquer intervenção perpetrada pelo Poder Judiciário que tem o papel de socorrer os administrados em caso de ilegalidade e consequente inconstitucionalidade ofuscados pelo dito uso de oportunidade e conveniência.

Para corrigir erro evidente entendemos que o Poder Judiciário poderá intervir de modo a reconhecer e declarar a invalidade do ato da administração e anular a inabilitação do candidato reprovado em concurso público na fase de prova de títulos sem que isso implique em interferência no mérito administrativo.

Ademais, estamos diante de necessária jurisdição constitucional a fim de ser aplicada em absoluto a interpretação uníssona que o STF conferiu ao inciso II do art. 37 da CF/88, segundo a qual a prova de títulos em concurso público tem caráter meramente classificatório e “jamais” eliminatório, conforme precedentes recentes invocados como decisões paradigmas.

Na sequência, entendemos que o Poder Judiciário poderá reconhecer e declarar a habilitação do candidato no certame, uma vez que esse obteve êxito na prova de conhecimento (eliminatória) e cumpriu todas as formalidades das etapas seguintes, no tempo e modo exigidos nas regras editalícias (prova didática, habilitatória; prova de título, classificatória), bem como determinar que a Administração proceda com os meios necessários à investidura do particular no cargo de Professor de Ensino Superior.

A nosso ver, somente assim o candidato que teve seu direito violado encontrará o legítimo Acesso à Justiça em sua plenitude pela via do ativismo judicial que se traduzirá por meio do processo justo e da prestação jurisdicional que efetivamente entregue a tutela tempestiva e gravada pela mais lúdima expressão da Justiça.

## AGRADECIMENTO

Pelas sugestões para a realização desta pesquisa, registro os meus agradecimentos aos Professores Antônio Renato Cardoso da Cunha, Doutorando em Direito e Professor de Direito Administrativo, e Edézio de Castro Ramos Junior, Delegado de Polícia no Estado do Rio de Janeiro, Professor de Direito Administrativo e Constitucional.

Ao Professor Pós-Doutor Fernando Galvão de Andrea Ferreira, Jusfilósofo e Procurador de Justiça/RJ, pelas riquíssimas contribuições jurídicas de longa data.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Agostinho Teixeira de; PEDRAS JÚNIOR, Gabriel Luiz Junqueira; LOYOLA, Bernardo Guimarães; VIANNA, Roberto Vieira. "O Princípio Constitucional da Impessoalidade". In *A Constitucionalização do Direito: A Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 81-94.

BANDEIRA DE MELLO Curso de Direito Administrativo. 27ª ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1993.

BORGES, Maria Cecília Mendes, no estudo científico "Editais de Concursos Públicos e seus elementos Padrões diante dos princípios constitucionais" In *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Jan., fev., mar 2009. v. 70, n. 1, ano XXVII, pp. VVV. Disponível em <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/391.pdf>, acesso em 11/05/2013.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 6.944, de 21 de agosto de 2009. Estabelece medidas organizacionais para o aprimoramento da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, dispõe sobre normas gerais relativas a concursos públicos, organiza sob a forma de sistema as atividades de organização e inovação institucional do Governo Federal, e dá outras providências.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRETELLA JUNIOR, José. Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. 4, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. "20 anos da Constituição de 1988: A Evolução da Jurisdição Constitucional no Brasil" In FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa; GALVÃO, Paulo Braga (org). *Direito Contemporâneo: Estudos em Homenagem a Sérgio de Andréa Ferreira*. Rio de Janeiro, De Andréa & Morgado Edites, 2008, pp – 123-173.

FORTINI, Cristiana; VIEIRA, Virginia Kirchmeyer. "Ponderações sobre a prova de títulos nos concursos públicos" in *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Edição Especial — ano XXVIII. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/925.pdf>. Acesso em 14/05/2013.

GADAMER, Hans-Georg *Verdad y Método*. Vol. I. Tradujeron Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. 11a. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2005.

GASPARIRI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 15ª ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. In MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. "Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático" In *A Nova Interpretação Constitucional*. BARROSO, Luís Roberto (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 285-325.

STRECK, Lenio. "Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil". In *A Constitucionalização do Direito: A Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 03-41.

## SITES ACESSADOS

<http://portal.trf1.jus.br/>

<http://revista.tce.mg.gov.br>

<http://revista.tce.mg.gov.br/>

<http://stj.jus.br/>

<http://trf2.jus.br/>

<http://www.jb.com.br>

<http://www.prsp.mpf.gov.br/>

<http://www.stf.jus.br>

<http://www.trf5.jus.br/>

<http://www2.trf4.jus.br/trf4/>



[www.saojose.br](http://www.saojose.br) | (21) 3107-8600  
Av. Santa Cruz, 580 - Realengo - Rio de Janeiro