

**EGRÉZIA CONGREGAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO:**

HELENO TAVEIRA TORRES, Professor Associado desta Faculdade, infra-assinado, candidato do Concurso Público de Provas e Títulos para provimento do Cargo de Professor Titular de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário – Área de Direito Tributário, nos termos do Edital FD 37/2009, realizado entre os dias 25 e 28 de outubro do presente ano, vem, mui respeitosamente, com fundamento nos artigos 254 e 255 do Regimento Geral da USP, interpor,

RECURSO

Contra a deliberação contida no Relatório Final da Comissão Julgadora do mencionado Concurso, proferida no dia 28.10.2010, pelas razões de fato e de direito a seguir.

I – PRELIMINAR - DO PRAZO PARA RECORRER

Em consonância com o artigo 254 do Regimento Geral da USP, o recurso contra decisões dos órgãos executivos e colegiados deve ser interposto pelo interessado, no prazo máximo de dez dias, contados da data da ciência da decisão a recorrer.¹

A proclamação do resultado ocorreu no dia 28.10.2010, quando o Recorrente teve ciência da decisão ora impugnada. No dia 29, a Faculdade esteve fechada por motivo de requisição pelo Tribunal Eleitoral. Nos dias 1º e 2 de novembro, também não houve expediente, por causa do feriado de finados. Em consequência, o prazo de dez dias para interposição do recurso começou a correr no dia 3, vencendo no dia 12 do corrente mês.

A presente contagem do prazo foi confirmada pela Assistência Acadêmica junto à Consultoria Jurídica da Universidade, na pessoa do Dr. Gustavo Mônaco, Procurador Geral desta Universidade.

II - DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA

O Concurso Público de Provas e Títulos para provimento do Cargo de **Professor Titular de Direito Tributário**, junto ao Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário, foi realizado no período compreendido entre 25 e 28 de outubro do corrente ano, com a participação de três candidatos, sendo o Recorrente e o Professor Estevão Horvath desta Faculdade, e o Prof. Humberto Bergmann Ávila, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

A Comissão Julgadora foi composta pelos Professores Hermes Marcelo Huck (Professor Titular desta Faculdade – Direito Econômico), que a presidiu, Eros Roberto Grau (Professor Titular aposentado desta Faculdade – Direito Econômico), César Saldanha de Souza Júnior (Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul), Luiz Edson Fachin (Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná) e Diogo José Paredes Leite Campos (Professor Catedrático de Direito Civil da Universidade de Coimbra - Portugal).

Após a abertura dos envelopes lacrados e lidas as notas atribuídas por todos os examinadores pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da Comissão Julgadora, verificou-se o empate de todas as notas (9,0 – nove) atribuídas pelo Professor Diogo Leite de Campos, ao Recorrente e ao candidato Humberto Bergmann Ávila.

Diante do dever de indicação exigido pelo parágrafo único do art. 159 do Regimento Geral da Universidade de São Paulo, o Presidente solicitou ao Examinador externo que este promovesse a devida “indicação”.

¹ Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo - Lei nº 10.261, de 28.10.1968. “**Art. 323.** Os prazos previstos neste Estatuto serão todos contados por dias corridos. **Parágrafo único.** Não se computará no prazo o dia inicial, prorrogando-se o vencimento, que incidir em sábado, domingo, feriado ou facultativo, para o primeiro dia útil seguinte.”

O Professor Diogo Leite de Campos, então, manifesta-se, única e exclusivamente, sobre as razões de atribuição da nota máxima 9,0 (nove) aos candidatos, quando caberia pronunciar-se sobre as razões de decidir. Limitou-se a citar o nome do candidato indicado, sem fazer qualquer alusão, mínima que fosse, quanto aos motivos que pudessem justificar, a partir dos critérios admitidos pelo Edital ou pela legislação de regência, sua preferência. Veja-se:

“<HERMES MARCELO HUCK: (...) Já o professor Diogo Leite de Campos, por nota, ele... empata as notas, ou seja, a classificação dele por notas revela um empate. E segundo o Regimento não há esta possibilidade de não haver indicação. Pode haver empate no resultado se, por exemplo, no nosso caso concreto, tivéssemos dois candidatos com dois votos... um candidato com dois votos um candidato com dois votos e o quinto examinador atribuiu o voto ao terceiro candidato. Aí teríamos um empate e seria resolvido... e seria resolvida essa situação, conforme o nosso Regimento, pela Congregação. No caso concreto, cabe ao professor Diogo Leite de Campos, indicar um dos dois candidatos, para os quais atribuiu notas idênticas. Professor Diogo Leite de Campos.>

<DIOGO LEITE DE CAMPOS: (ao fundo) eu posso dar uma explicação pública?>

<HERMES MARCELO HUCK (?): pode.>

<DIOGO LEITE DE CAMPOS: (1min e 27s) Ora.. bem, eu queria, digamos assim, elucidar o júri, que aliás já elucidei, mas elucidar os candidatos e todos os presentes que eu dei 9,0 (nove) como nota máxima. Quer dizer, de acordo com os meus critérios e os meus parâmetros de avaliação, se for de 0 a 10, 9 é nota máxima e se for de 0 a 20, 18 é a nota máxima. Nunca dei, e na Faculdade de Direito de Coimbra, nos últimos setecentos anos, nunca se deu... nunca, ninguém deu mais de 18. 18 é o máximo. Pronto. De maneira que eu preciso, como parâmetro, único parâmetro é 9. Nove é a expressão da mais alta consideração e apreço que posso indicar a alguém. Sabendo que esta pessoa, apesar de tudo, não é perfeita. Pronto. Nem nunca seria perfeita. Ora bem, mas neste momento, eu tenho de fazer uma coisa que nunca quis fazer, ou seja, ser juiz... Tenho de escolher um dos candidatos. E o candidato que vou escolher é o Dr. Humberto Ávila.>

<HERMES MARCELO HUCK: Com a indicação de três membros da Banca, declaro preenchida a vaga de Professor Titular pelo Candidato Humberto Bergmann Ávila a quem, em nome da Banca, da Faculdade e de sua Congregação, dou os parabéns. Seja bem-vindo!>”

Eis uma decisão oracular. Sua abrupta menção final não pode sequer ser classificada de lacônica, porque, mais do que ser breve, ou econômica, não fez alusão alguma aos critérios e parâmetros do seu julgar, ao decidir pela indicação com ocultação dos motivos, numa espécie de “reserva mental”. A invalidade do ato administrativo praticado é vitanda.

Assume relevo a referida indicação devido ao empate de indicações quanto aos demais examinadores: Professor Hermes Marcelo Huck e Professor Luiz Edson Fachin (Recorrente); Professor Eros Roberto Grau e Professor Cezar Saldanha de Souza Júnior (Humberto Ávila). E o mais grave, após conhecer nota e indicação dos demais examinadores – contra as regras regimentais mais elementares. Com isso, todo o concurso quedou-se inteiramente em suas mãos, para, ao final, eximir-se de pronunciamento sobre qualquer aspecto que se pudesse qualificar como “motivação” da sua “indicação”, que era o ato administrativo a ser praticado, para a definição integral do certame.

Nos termos do Regimento Geral da USP a “indicação” deve ser feita ao candidato segundo as notas atribuídas *individualmente* pelo examinador; nesse caso, a própria nota (a mais elevada média ponderada atribuída pelo examinador) já expressa um valor indicativo dos motivos da indicação. No entanto, quando as notas são idênticas para dois candidatos, como se viu neste caso (nota 9,0 para ambos em todas as provas), a indicação de um deles teria que vir necessariamente acompanhada da motivação. O dever de “indicar” pressupõe, inexoravelmente, o dever de motivar.

Os muitos professores presentes, inclusive membros dessa Congregação, funcionários e estudantes são testemunhas que se podem constituir para confirmar o fato, ademais, da degravação dos registros sonoros e do próprio Relatório Final, onde não consta motivação escrita por parte do Examinador.

Do Relatório Final, consta unicamente o quanto segue abaixo:

“Verificadas as indicações individuais e constatado o empate nas notas dos candidatos Humberto Bergmann Ávila e Heleno Taveira Torres pelo membro da Banca Prof. Diogo José Paredes Leite Campos, o Senhor Presidente dos trabalhos, Prof. Hermes Marcelo Huck, instou o mesmo para que procedesse à indicação, de forma a desempatar. Este fez a sua indicação na pessoa do candidato Humberto Bergmann Ávila para prover o cargo de Professor Titular vago em decorrência da aposentadoria do Professor Paulo de Barros Carvalho, cargo este lotado junto ao Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário, conforme mapa de notas anexo. Findo o julgamento, a sessão foi suspensa para que a Banca Examinadora elaborasse o presente relatório, que será submetido oportunamente à E. Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.”

Nada há que justifique a ausência de motivação, especialmente em uma Faculdade de Direito, e, dentre todas, a mais tradicional, que deve transmitir aos seus alunos lições de justiça, legalidade, moralidade, isonomia, transparência e impessoalidade em todas as suas decisões. A motivação dos julgamentos encontra-se expressa na Constituição Federal e aparece como “Fundamento do Estado” no art. 4º da Constituição do Estado de São Paulo.

De fato, a aceitação pacífica de validade para decisão de julgamento por agente no exercício de função pública desprovido de *motivação* faria esta Faculdade regredir a períodos *protoconstitucionais*, típicas do *Brasil Colônia*, pela negação aos fundamentos mais basilares da noção de “Estado de Direito”. Esqueceu, porém, o ilustre Professor de Coimbra, que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e que nas Arcadas do Largo São Francisco, seus mestres, alunos e funcionários encontram-se comprometidos com a democracia, a liberdade e a justiça de modo permanente.

Como pode o Recorrente conformar-se com a decisão de um dos membros da Comissão Julgadora que o exclui, definitivamente, de progressão na carreira de Professor de Direito Tributário, iniciada em 2002, e na função de Professor Associado desde 2003, diante de um suposto “desempate” com total ausência de motivação? Se o Recorrente obteve igual avaliação no tocante às notas, não tem o direito de conhecer as razões que levaram à escolha do outro candidato? Como efetuar o controle desse ato?

Fica a indagação: se todas as autoridades administrativas, por mais elevadas que sejam as suas posições na hierarquia da Administração Pública, estão obrigadas a motivar as suas decisões; se até o Poder Judiciário, desde a primeira instância até a instância máxima constituída pelo Supremo Tribunal Federal, está obrigado a motivar as suas decisões, como admitir que um membro de Comissão Julgadora de concurso público, declarando expressamente que o faz como “juiz”, possa omitir a razão pela qual fez a indicação de um dos candidatos em detrimento do outro, decidindo imotivadamente o resultado de um concurso para o cargo de nível mais elevado da principal Universidade brasileira? Ter-se-ia aqui o que José Joaquim Gomes Canotilho denomina de “critérios não codificados”, substitutivos dos critérios fundamentadores da decisão por “manhas” dos “tribunais acadêmicos”?²

Todos os títulos do ora Recorrente, de mestre, doutor e livre-docente, foram obtidos na área de direito tributário. Toda a sua produção científica concentra-se nessa área. Vem desempenhando várias atividades administrativas no âmbito desta Faculdade. Sem qualquer desdouro aos méritos do outro candidato, o mínimo que o Recorrente poderia esperar é que lhe fosse garantido o

2 Em tom crítico contra a falta de motivação nas decisões acadêmicas, a justificar o devido controle, diz Canotilho – o que nos faz intuir que seja esta prática recorrente em Portugal (mas que não se pode reproduzir no Brasil): “Se não temos experiência de julgador e decisor das questões judiciais, vimos, pelo contrário, acumulando uma razoável experiência nas decisões de juízes universitários. Quer num caso quer no outro existem espaços de invisibilidade onde se programa informação relevante para a decisão. Nas antecâmaras da decisão ‘produzem-se critérios não codificados’ que acabam por se transformar, ao arpejo dos critérios formais, nos critérios fundamentadores da decisão. Dir-se-ia, em termos de teoria da informação, que existe aqui um verdadeiro paradoxo da decisão: só se pode decidir depois de se obter a informação, mas a informação aqui é discriminatória e invisivelmente introduzida, e é mesmo remetida para o ‘silêncio’ na explicitação fundamentadora. (...) A invisibilidade é total quando se chega à fase de fundamentação. Em grande número de casos de júris acadêmicos, primeiro decide-se e depois adapta-se a fundamentação à decisão previamente tomada. (...) É facilmente intuível que o ‘julgar’ e o ‘decidir’ estão sujeitos a ‘manhas’ cujos contornos permanecem na sombra da investigação jurídica. Tentemos aproximarmo-nos destes ‘génios invisíveis’ que povoam as cidades universitárias (e também judiciais).” CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Julgar e decidir - As invisíveis manhas da decisão nos "tribunais académicos". In: **Julgar**. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, nº 1, p. 13-14.

direito de conhecer as razões que levaram o douto Examinador a desempatar em favor do outro candidato. Foi a sua indicação baseada em razões de fato e de direito justificáveis? Foi ela feita com desvio de poder? Houve critérios? Quais? Ou teria sido ela baseada em interesses puramente subjetivos ou ocultos?

A motivação de atos administrativos deve ser capaz de demonstrar alguma conexão lógica entre a situação fática e a finalidade do ato administrativo. No caso, esta finalidade equivaleria ao exercício das atividades de ensino superior no cargo mais elevado da Universidade. Diante do supracitado empate de notas pelo Examinador, assomam, tanto mais, razões para justificar a eleição perpetrada, mediante o dever de ressaltar a prevalência do “ingresso” sobre a “progressão na carreira”, em relação ao interesse público e eficiência administrativa, ou ainda sobre aspectos pertinentes ao julgamento das provas ou quanto à especialidade.

A ausência de motivação constitui, por si, causa de invalidação do concurso, porque afasta do candidato e de toda a comunidade o direito de conhecer a razão que levou ao resultado final específico; e retira à Administração e ao Poder Judiciário a possibilidade de examinar a validade da “indicação” e, por conseguinte, de todo o resultado do concurso.

Dada a falta ou insuficiência de motivação, como consequência, deve ser reconhecida a invalidade integral do resultado do concurso, pela não homologação do Relatório Final, haja vista o descumprimento dos art. 4º e 111, da Constituição do Estado de São Paulo, cuja invalidade deverá ser reconhecida pela aplicação do inciso VI, do art. 8º, da Lei Estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, em louvor aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e à garantia de decisão de concurso público *de acordo com a natureza e a complexidade do cargo, exclusivamente na forma prevista em lei*, como consta do art. 37, II, da CF.

É inconteste que, na espécie, não se viu observada a recomendação da parte final do Parecer emitido pela Professora Titular **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, de 15 de março de 2004 (Processo nº 2004.1.19.2.5), para evitar o vício de nulidade de concursos para cargos de Professor Titular na Faculdade, *in verbis*, quanto à orientação dos examinadores no sentido de que “*devem desempatar as notas dos candidatos ou fazer a indicação por critério diverso, devidamente justificado, hipótese em que a mesma deve constar de relatório parcial inserido em envelope fechado a ser aberto no momento da abertura dos envelopes e divulgação do resultado final do concurso*”.

Deve-se, porém, registrar o zelo do Presidente da Comissão Julgadora, o Professor **Hermes Marcelo Huck**, na condução dos seus labores. Não lhe caberia, é certo, intervir no ato decisório do examinador externo, haja vista o regime de aprovação basear-se exclusivamente nas indicações individuais, e não de média global ou deliberações unitárias, e tampouco poderia acrescentar motivação *a posteriori*, na medida em que as competências dos membros e da Comissão cessam *in totum* com a proclamação dos resultados.

III - DA NULIDADE DO PROCEDIMENTO

1. Nulidade dos atos administrativos por falta de requisitos formais exigidos pela Constituição, leis e regimentos da Universidade

No Estado Democrático de Direito todas as pessoas tem o *direito público subjetivo* de conhecer a motivação das decisões que amparam os atos com eficácia individual decorrentes de julgamentos. É que a *motivação*, ou dever de fundamentação expressa desses atos decisórios, impõe-se em todo e qualquer processo ou procedimento que se ultime com “julgamento”, ao tempo que expressa condição de *validade* do ato administrativo, presta-se como elemento de *controle* para aquele contra quem o ato é desfavorável e para toda a sociedade.

E há um sentido que justifica essa mudança de conduta da Administração, como bem esclarece **Odete Medauar**,³ que é o afastamento do segredo e da ocultação dos atos da Administração, por serem contrários ao modelo democrático de Estado.

Em matéria de julgamentos em concursos públicos, o *dever de motivação* encontra amparo na Constituição, ao prescrever, no art. 37, que a “*administração pública direta e indireta* de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência* e, também, ao seguinte: (...) II - *a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos*, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, *na forma prevista em lei* (...)”. De modo incontestado, tem-se aqui o dever de motivação de todos e quaisquer atos decisórios pertinentes a concursos públicos para que os partícipes e a coletividade possam saber, com transparência, se foram atendidos os critérios adotados na legislação de regência e os princípios assinalados, e tudo “de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego”, o que se deve integrar à fundamentação expressa do julgamento e decisões.

Além disso, o princípio do dever de motivação (ou seu oposto, a proibição de julgar e decidir sem motivação prévia) está mencionado expressamente no artigo 93, incisos IX e X, da CF, a exigir, respectivamente, que sejam “*fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*” e que “*as decisões administrativas dos tribunais sejam motivadas*”. É evidente que, assim como as decisões administrativas adotadas no âmbito do Poder Judiciário têm que ser motivadas, com mais razão as decisões adotadas nos julgamentos da Administração Pública, em virtude dos princípios do art. 37 da CF e, em particular, aquelas decisórias das comissões julgadoras de concursos públicos.

³ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 237.

Este comando normativo da *motivação*, como se verifica, integra-se ao ordenamento como fundamento constitucional do próprio Estado Democrático de Direito. E todo ato administrativo que não o observe será um “não-ato” desse Estado, eivado de total nulidade, do qual não surtirá nenhum efeito.

Exatamente nessa função suprema e fundacional é que a **Constituição do Estado de São Paulo** assimilou o papel do princípio da motivação, ao integrá-lo como um dos “**Fundamentos do Estado**”, no art. 4º, *in verbis*:

“**Artigo 4º** - Nos procedimentos administrativos, qualquer que seja o objeto, observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e do despacho ou decisão motivados.”

Como se verifica, a Constituição Estadual, em parametricidade com a Constituição Federal, consagra a *exigência* da **motivação obrigatória** de qualquer “despacho ou decisão” nos procedimentos administrativos – seja qual for o **objeto** – como condição de VALIDADE desses atos ou procedimentos.

Afora isso, prescreve, ainda, a *motivação* como princípio expresso da Administração Pública estadual, no seu art. 111, a saber:

Artigo 111 – A *administração pública direta, indireta ou fundacional*, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.”

De se ver, portanto, a expressiva força eficaz que o princípio da motivação alcançou no âmbito da Constituição estadual paulista, ao receber ainda mais evidência e objetividade, como condição para a validade do agir administrativo nos procedimentos administrativos, para qualquer “despacho ou decisão”, seja qual for o objeto. Não é pouco. A Universidade de São Paulo – USP, como autarquia estadual, submete-se a essas exigências.

A Lei Estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, veio para regular os atos e procedimentos administrativos da Administração Pública centralizada e descentralizada do Estado de São Paulo, *que não tenham disciplina legal específica*, e, conforme o artigo 2º, também *subsidiariamente os atos e procedimentos administrativos com disciplina legal específica*. Diante disso, sempre que o ato for decisório ou constitutivo de nova situação jurídica, impõe-se o dever de motivação como seu elemento de validade, o que se aplica às deliberações das comissões julgadoras de concurso da USP, mormente àquelas que equivalem aos seus “*julgamentos*” (*despacho ou decisão*).

E, assim, qualquer interpretação sobre as normas que regulam as deliberações de comissões julgadoras de concursos públicos para professor titular na USP deve coincidir com esses valores.⁴

⁴ Como acentua Canotilho, quanto aos pressupostos de independência. Imparcialidade, motivação, publicidade e legalidade nesses procedimentos: “O pressuposto básico da ordem

No **Estado de São Paulo**, como visto, aquilo que se tinha por construção doutrinária⁵ foi alçado ao ordenamento positivo, no que concerne à validade dos procedimentos administrativos. Superam-se, assim, distinções havidas no passado entre regimes distintos dos atos administrativos, na medida em que a motivação deve ser exigida nos atos vinculados e igualmente nos atos discricionários, mediante o “teste” de *correlação lógica entre o motivo e o conteúdo do ato, tendo em vista sua finalidade*. Qualquer ato administrativo, seja qual for o objeto, tipo ou finalidade, estará sujeito à motivação, portanto.

Exatamente para atender a essa imperiosa necessidade de controle da motivação em qualquer “**despacho ou decisão**”, a Lei Estadual nº 10.177, de 1998, contempla, no seu art. 8º, a invalidade dos atos administrativos, a saber:

“Da Invalidade dos Atos

Artigo 8º - São **inválidos** os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, **especialmente nos casos de:** (...)

VI - falta ou insuficiência de motivação.

Parágrafo único - Nos atos discricionários, será razão de invalidade a falta de *correlação lógica entre o motivo e o conteúdo do ato, tendo em vista sua finalidade*.”

A invalidade decorrente da “ausência ou insuficiência de motivação” consagra proteção jurídica aos direitos afetados pela edição nula do ato administrativo,⁶ ao afirmar o dever de motivação “expressa”, e sempre “suficiente”, dos atos administrativos e vedar qualquer hipótese de motivação “implícita” ou “oculta”.

A ausência de pressuposto de existência (validade) do ato administrativo, como é o caso da “motivação” elimina sua natureza de ato administrativo válido, apto a surtir efeitos no mundo jurídico, pela falta do “*impulso da vontade*”

constitucional consagrado nas várias leis processuais e procedimentais é de um decisor racional de questões de facto e de questões de direito com base em informações armazenadas nas peças processuais ou procedimentais (escritas e orais). A partir deste pressuposto, estrutura-se a lógica nuclear do Estado de direito: 1. a *instância decisória deve ser independente e imparcial*; 2. a *decisão deve ser proferida só depois do conhecimento das questões de facto e de direito*; 3. a *decisão deve ser fundamentada*.” CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Julgar e decidir - As invisíveis manchas da decisão nos "tribunais académicos". In: **Julgar**. Coimbra, 2007, nº 1, p. 13-14.

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 90. p. 57-69. abr.-jun. 1989.

6 Esta é a experiência de muitos países, como é o caso da França, com a “Loi nº79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.” Cf. RAIMBAULT, Philippe. **Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français**. Paris: LGDJ, 2009, p. 160 e ss.; Sobre a função do procedimento, ver ainda: MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 27-44; SCARCIGLIA, Roberto. **La motivazione dell'atto amministrativo: profili ricostruttivi e analisi comparatistica**. Milano: Giuffrè, 1999. 314p.;

decorrente do binômio evento-situação mais interesse público”, como observa **Edmir Netto de Araújo**.⁷

Diante do exposto, a exigência de motivação⁸ impõe-se, porquanto:

- a) Concorre com os princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade como elemento de *validade* dos atos administrativos.
- b) Decorre do direito ao contraditório, assegurado na Constituição Federal, art. 5º, LV.
- c) É inerente à atividade de *controle*, pois as decisões desacompanhadas de qualquer motivação retiram à própria Administração Pública a possibilidade de autorrevisão e autocorreção de seus atos dentro da estrutura hierarquizada que a caracteriza e distingue, mas retiram também ao Judiciário (e outros órgãos de controle) o poder de avaliar a licitude da decisão.
- d) Além disso, é considerada como *direito* do cidadão, especialmente do destinatário do ato, de conhecer as razões que levaram à decisão que lhe causou prejuízo, para decidir sobre impugná-la ou não. Trata-se de direito inerente ao modelo de Estado Democrático de Direito, que implica o *direito de participar*, de *conhecer*, de *controlar* as decisões da Administração, de singelamente compreender tais decisões, até para que com elas possam viver e conviver, se este for o caso.
- e) Finalmente, trata-se de exigência implícita à *publicidade* das decisões administrativas, o que abrange a transparência da motivação.

Como visto, a motivação deve ser não apenas “explícita”, mas também “clara” e “congruente”. Ou seja, a transparência ou publicidade da motivação não se pode constituir por termos vagos ou ambíguos, exigindo-se uma razoável clareza na demonstração do nexos lógico entre a situação de fato e o ato decisório resultante da manifestação de vontade, segundo a *finalidade* do ato.

Ou como assinala **José Carlos Vieira de Andrade**: toda motivação deve ser *clara*, pois “uma declaração obscura não é uma fundamentação, porque não contém sequer um discurso, faltando-lhe o *conteúdo semântico*”; *congruente*, na medida que “uma declaração incongruente também não é uma fundamentação, porque não pode ser um discurso justificativo, faltando-lhe a *racionalidade* que é uma condição necessária de toda a decisão pública de autoridade num Estado de Direito”; e *suficiente*, pois “uma fundamentação insuficiente não é uma fundamentação, porque não é um discurso apto a justificar a decisão tomada, faltando-lhe a ‘intensão’ ou densidade funcional mínima exigida pela *racionalidade teleológica* que caracteriza a decisão administrativa.”⁹

7 ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 464.

8 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

9 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 233-235.

Observa **Seabra Fagundes**, “a *manifestação de vontade* é o impulso gerador do ato, e tem lugar através de órgãos, que são pessoas postas ao serviço do Estado para o exercício de atribuições determinadas”.¹⁰ Ora, nos casos de decisões de concursos públicos, essa manifestação não é livre, mas totalmente vinculada à finalidade e aos critérios preestabelecidos para o exame dos candidatos. A vontade declarada não pode prescindir de uma exteriorização das justificativas da decisão que mantenham coerência com a finalidade e os pressupostos admitidos pela legislação (*contexto da justificação*).¹¹

E esclarece **Marçal Justen Filho**, a motivação indica a “*exposição pública e expressa das razões que conduziram o agente a produzir certo ato administrativo*.” E prossegue: “*a validade formal de todo e qualquer ato administrativo de cunho decisório depende de uma motivação, porque nenhuma competência administrativa é atribuída para que o agente realize o intento que bem desejar ou decida como bem entender*”.¹²

A exigência de motivação visa à publicidade da operação racional utilizada para o ato de manifestação de vontade de agente da Administração. Ou como aduz **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**: “é imprescindível, para avaliação da razoabilidade, conhecer os motivos que levaram a Administração a adotar determinada medida (objeto do ato administrativo) para alcançar a finalidade que decorre implícita ou explicitamente da lei. Daí a necessidade de *motivação*”. E prossegue: “*Não se exige fórmula sacramental para a motivação; o que se entende necessário é que fiquem documentados, de algum modo, os motivos, para posterior apreciação, seja pela Administração, seja pelos demais poderes do Estado, nos limites das suas competências constitucionais*.”¹³ Na Administração Pública de um Estado Democrático de Direito, não há cabimento para se falar em “reserva mental” ou ocultação de motivação por qualquer agente no exercício de função pública.

Ao lado da transparência ou publicidade da motivação, como condição para evitar atos arbitrários ou de motivos “secretos”,¹⁴ a *moralidade*

10 FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 40.

11 Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 13;

12 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 258; Cf. FREITAS, Juarez. Reexame dos conceitos de convalidação, anulação, revogação e autorização no direito administrativo. In: CARVALHO, Cristiano (Coord.). **Temas de direito público: aspectos constitucionais, administrativos e tributários**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 313-335. ARAÚJO, Flórida Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. 213p.

13 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 207.

14 Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 467 e ss.; FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. 143p.; OSÓRIO, Fábio Medina. O princípio constitucional da motivação dos atos administrativos: Exame de sua aplicabilidade prática aos casos de promoção de membros do ministério público e magistratura por merecimento nas respectivas carreiras. **Revista de Direito Administrativo**, RJ, v. 218, p. 11-70. out./dez.. 1999.

administrativa reclama a acessibilidade cognitiva de todos os membros da coletividade universitária e da sociedade em geral aos critérios que movem a decisão adotada.

A autonomia universitária ou qualquer outro fundamento não inibe o caráter de “procedimento administrativo” na realização de concursos públicos para provimento de cargos públicos, porquanto sujeitos ao Estatuto do Servidor Público. Em vista disso, Não por outro motivo, o artigo 4º da Constituição do Estado é expresso ao consignar a aplicação da **motivação dos atos administrativos** a toda a Administração.

Diante desses aspectos já se evidencia que a ausência de motivação para a tomada de decisão pelo Examinador Diogo Leite de Campos, irremediavelmente, implica a nulidade integral do resultado da Comissão Julgadora.

As alegações apresentadas pelo douto Examinador não foram sequer “insuficientes”, posto que “inexistentes”, para autorizar a decisão tomada. Ao reexame de todo o fraseado dito, que pode ser apurado mediante degravação, não se encontra nenhum elemento relevante que permita identificar, com clareza e congruência, a motivação da decisão que toma ao mencionar, ao final, sua opção por um dos candidatos em detrimento do outro e decidir todo o Concurso.

Dada a aplicação subsidiária e vinculante da Lei Estadual nº 10.177, de 1998 a qualquer procedimento de julgamento administrativo, prescreve seu Artigo 5º, “in verbis”: *A norma administrativa deve ser interpretada e aplicada da forma que melhor garanta a realização do fim público a que se dirige.* Destarte, não é admissível interpretação que não compreenda o dever de motivação como inerente à escolha de nomes de candidatos no desempate por membro da Comissão Julgadora, ao realizar sua “indicação”.

Contrario sensu, a escolha tornar-se-ia aleatória, motivada por alegações genéricas e abstratas, sentimentos de valoração interna ou por fundamentos estranhos ao objetivo do Concurso que, na ausência de publicidade e transparência, inquina de invalidade o ato da “indicação”.

Eis porque a simples referência nominal a um dos candidatos empatados – seguido da declaração de encerramento do concurso – invalida integralmente o processo seletivo de provas e títulos, a justificar o dever de **não homologação** pela Congregação da Faculdade, dada a falta de fundamentos de fato e de direito coerentes com a finalidade e suficientemente justificadores da escolha.

Conforme o artigo 21 da Lei Estadual Paulista nº 10.177 /1998, “os atos da Administração serão sempre **precedidos** do **procedimento adequado à sua validade e à proteção dos direitos e interesses dos particulares.**” E, para tanto, no artigo 22, exige-se o idêntico teor do art. 4º da Constituição estadual.

A motivação deve anteceder o ato ou ser-lhe, quando muito, contemporânea; nunca em momento futuro. Diante disso, não pode haver qualquer forma de motivação *a posteriori* nos procedimentos administrativos do Estado de São Paulo, por se tratar de “requisito de validade”, logo, a ser enunciado previa ou concomitantemente à edição do ato administrativo.

E como o ato administrativo do resultado do Concurso esgota-se, nos termos do art. 161, do Regimento Geral, quando “proclamado pela comissão julgadora, em sessão pública”, não se pode admitir qualquer manifestação *a posteriori* com propósito de convalidação ou semelhante, até mesmo por vedação legal e ausência de competência para sanar o vício supracitado. A competência da Comissão Julgadora dura até o átimo da proclamação dos resultados e apresentação do Relatório Final.

2. Regime das indicações em concursos para professor titular na USP

O concurso para o cargo de Professor Titular da USP (da mesma forma que os demais concursos da carreira docente) é realizado segundo normas regimentais rigorosas que têm por objetivo selecionar o melhor candidato, segundo critérios de mérito (não no sentido de oportunidade e conveniência, avaliados subjetivamente pelos examinadores), no sentido de julgamento das provas de acordo com critérios objetivos previamente definidos no Regimento Geral da USP e no Regimento desta Faculdade. Se é o mérito que se aprecia e se o examinador atribuiu igual média global a dois candidatos, mais do que nunca, é evidente que a *indicação* de um deles necessita ser devidamente *motivada*, sob pena de ilegalidade e de nulidade do ato, a viciar todo o concurso.

Em conformidade com os art. 153 e 159, do Regimento Geral da USP, as notas das provas do concurso para professor titular poderão variar de zero a dez e, a partir destas, ao término da apreciação de todas as provas, o examinador atribuirá a cada candidato nota final, que será a média ponderada das notas por ele conferidas. E será a partir desta que cada examinador fará a **classificação**, segundo as notas finais por ele conferidas, e **indicará** o candidato para preenchimento da vaga existente.

O sentido destas regras é muito claro, visa a garantir transparência quanto ao critério definido para a classificação a partir das notas.

Os atos de atribuição de notas e de indicações, portanto, são atos administrativos individuais, cuja soma definirá a proposta para nomeação do *candidato que obtiver maior número de indicações da comissão julgadora* (art. 161, do Regimento Geral da USP).

Contudo, presente alguma hipótese de “empate”, esta poderá ser previamente identificada. Exatamente para este fim, tem-se o parágrafo único do artigo 160, segundo o qual poderão ser acrescentados relatórios individuais de seus membros aos envelopes LACRADOS.

Como visto acima, em cada Comissão Julgadora de concurso para Professor Titular, pelo regime de “indicações”, tem-se cinco atos individuais de deliberação cuja soma definirá o vencedor do certame, por se tratar de órgão colegial. Por conseguinte, ainda que somados em Relatório a manifestação coletiva de motivações, prevalece a competência individual dos examinadores para os atos praticados individualmente. Não é a média global, ou qualquer outro

aspecto de aferição, meio de classificação ou de desempate da banca examinadora. Interessa apenas a soma de “indicações”.

Dito de outro modo, em coerência com os princípios de boa administração de um Estado Democrático de Direito, a cada Examinador apenas um voto, sem que suas deliberações individuais de notas possam interferir nas decisões dos demais ou no resultado final do concurso.

Supera-se, assim, a influência dos estilos pessoais de atribuição de notas (com maior ou menor diferenciação de notas) ou estratégias preordenadas para redução de médias ponderadas, pela determinação objetiva da “indicação” segundo as notas individualmente atribuídas por cada Examinador.

Cada um destes atos individuais consiste em uma pronúncia, uma declaração de vontade, ou “*falas* prescritivas”, como observa **Celso Antonio Bandeira de Mello**.¹⁵ E, para ser válido, necessita atender aos requisitos necessários à sua formação e validade, enquanto adequação à legalidade.

Prova disso é que não é o Presidente da Comissão Julgadora responsável pelo eventual “desempate”, tampouco este tem poderes para interferir na manifestação de vontade dos demais membros. Do mesmo modo, nenhum dos examinadores pode interferir ou cumular indicações. No máximo, o Regimento admite a “motivação” comum dos atos praticados no exame de memoriais, mas se restringe a tanto.

A decisão de “desempate”, e ainda mais quando esta corresponde ao desempate de todo o certame, equivale a típico ato administrativo, entendido como “um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos”, no sentido adotado por **Odete Medauar**.¹⁶

Somente acompanhada de *motivação* é que a face autoritária de “indicação” ou “escolha” assume condição de legitimação jurídica. Indicação desprovida de fundamentação exclui da própria Administração, dos prejudicados e do Judiciário a possibilidade de exame dos fins e dos requisitos prescritos em lei expressa. Como observa **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**: “A motivação é necessária tanto para verificação da existência ou veracidade dos motivos invocados, como para verificação da adequação entre motivos e o resultado obtido”.¹⁷ Por isso, é direito inerente aos prejudicados pela decisão recorrer, pleitear e obter tutela estatal de invalidade ou de não homologação de atos eivados de semelhante vício formal.

15 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 368.

16 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 134.

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 207.

3. Regime de controle da “indicação” nos casos de empates de notas

A “indicação” quando as notas são classificatórias e antecipam a ordem de seleção individual tem prevalência da natureza “declaratória” de uma situação jurídica, a escolha – por cada examinador do candidato melhor avaliado. A atribuição de notas não é atividade administrativa discricionária, mas *vinculada* aos critérios previamente determinados pela legislação. Por conseguinte, a “indicação” assume a condição de *declaração de vontade* do agente da função administrativa decorrente de cada prova.

No caso, o examinador permitiu-se a uma preleção genérica para justificar o “empate”, o que se prestou para “dar racionalidade a um encapuçado pragmatismo decisório”,¹⁸ nas palavras de Canotilho, mas não para fundamentar o ato de “desempate”, mediante julgamento, seguido da “indicação”. Pela falta de fundamentações, constitui-se, assim, uma situação de privilégio ou benefício em favor do “indicado”, em regime de puro arbítrio, dado que ausentes requisitos mínimos para o devido controle de impessoalidade, moralidade e de legalidade do ato administrativo praticado pelo Examinador Diogo Leite de Campos.

Por outro lado, a “indicação” no caso de **desempate** tem função **constitutiva** de situação jurídica classificatória não apurada por notas, previamente. Com maior ênfase, portanto, o juízo valorativo deve ser revelado pelo agente em precedência à escolha realizada pela “indicação”, que, neste caso, terá função classificatória e constitutiva de direitos, o que impõe o dever de motivação expressa.

Essa diferenciação, à evidência, faz ver que se a *motivação* é exigida no Regimento para a função *declaratória* da indicação, mediante classificação por notas, tanto mais para a hipótese em que a indicação advém de ato precipuamente *constitutivo* de efeitos jurídicos e que não se ampara em situação previamente acertada mediante classificação por notas, em virtude do “empate”.

Tudo bem compreendido, porém, já que não se pode afastar igual natureza *constitutiva* de toda e qualquer “indicação” mediante classificação por notas, ainda que acompanhada da *função declarativa*, porquanto constitutiva da determinação da escolha individual de cada examinador, já que nas bancas examinadoras de concursos não prevalece a média total de notas, mas a soma das indicações individuais dos examinadores. Nesse sentido, fala-se de “declaração” apenas como pronúncia ou manifestação que se limita a determinar uma situação de fato e de direito já apreendida pelas notas atribuídas aos candidatos: confirmam-se as situações jurídicas existentes na classificação por notas, ainda que igualmente constitutiva de direitos, na soma final.

Essa distinção é aqui utilizada para enfatizar que o dever de motivação tem que ser tanto ou mais exigido no ato de *desempate*, na medida que os elementos antecedentes (classificação pela atribuição de notas) não foram suficientes para obter o resultado individual da indicação. Ausente a suficiência

¹⁸ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Julgar e decidir - As invisíveis manchas da decisão nos "tribunais académicos". In: **Julgar**. Coimbra, 2007, n° 1, p. 13-14.

das situações antecedentes para justificar a decisão (notas iguais), o “desempate” assume a função exclusivamente constitutiva de situação inovadora na esfera jurídica dos candidatos e denota ainda mais a gravidade desta decisão.

Caso a subjetividade prevalecesse em detrimento da impessoalidade, da moralidade e da legalidade, pela ausência de motivação, os concursos públicos tornar-se-iam mera formalidade e funcionariam à margem dos princípios constitucionais informadores da movimentação estatal possível e efetivamente democrática, o que não se poderia tolerar.

Conforme a Lei Estadual Paulista nº 10.177, de 1998, art. 9º:

“Artigo 9º - A motivação indicará as razões que justifiquem a edição do ato, especialmente a regra de competência, os fundamentos de fato e de direito e a finalidade objetivada.”

É indubitável que o Examinador não escapa do dever de fundamentação expressa do ato de escolha que a indicação revela, com manifestação quanto aos fundamentos de fato e de direito e orientada pela *finalidade objetivada*.

A controlabilidade dos atos administrativos de pronunciamento de *desempate* em concurso de provas e títulos impõe, assim, não um “direito”, mas um efetivo “DEVER” de motivar, atribuído com exclusividade a cada Examinador, segundo méritos acadêmicos. Ainda que se possa falar de discricionariedade administrativa, dada a ausência de liberdade para exame de *conveniência e oportunidade* sobre motivar ou não motivar, manter ou não o “empate”, prevalece sua vinculação formal aos critérios fixados para o Concurso, haurida a partir do Edital e dos regimentos da USP e da Faculdade de Direito, os quais prescrevem as condições de exame dos candidatos unicamente segundo os pressupostos objetivos de cada uma das provas (arguição de tese, aula de erudição e exame de memorial, nos seus distintos aspectos).

A competência decisória dos membros de comissões julgadoras não confere simplesmente poderes, mas reclama a observância de deveres necessários à validade dos atos administrativos praticados. Os *poderes* dos examinadores são atribuídos com *deveres* bem determinados na legislação e o espaço de liberdade de opção é sobremodo estreito. Em vista disso, a adoção de critérios estranhos ao Edital ou à legislação pertinente anulam todo o resultado do julgamento.¹⁹

Consta do art. 125 do Regimento Geral da USP que “os concursos far-se-ão nos termos dos respectivos editais segundo as disposições do Estatuto, deste regimento e do regimento da Unidade.” Mas não só, dado que estes atos normativos devem respeito às Constituições da República e do Estado de São Paulo, além da legalidade e do próprio **Código de Ética da USP**, como se verifica do seu art. 19, *in verbis*:

19 MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 107.

“**Artigo 19** - *Nas relações dos membros de comissões examinadoras de concursos docentes com os candidatos devem ser observados os seguintes preceitos: (...)*

II - *no uso de suas atribuições, os examinadores não poderão suscitar questões atinentes à vida privada, convicção filosófica ou política, crença religiosa, intimidade, honra ou imagem do candidato, ou que de algum modo se liguem a seus direitos fundamentais, ressalvadas aquelas que tiverem relação direta com o exercício do cargo ou função pretendida.*”

Nesse sentido, sempre que um examinador usa dos poderes ou decide por critérios estranhos àqueles previamente delimitados pela legislação isso equivale a típica hipótese de invalidação do ato praticado. E como a decisão da Comissão Julgadora equivale ao conjunto desses atos, todo o resultado queda-se prejudicado, vedada sua homologação por parte da Congregação.

Portanto, ainda que se pudesse admitir a *indicação* como ato com certa margem de *discricionariedade*, esta não escapa do dever de motivação, o que se vê acrescido, ao mais, da comprovação do previsto no parágrafo único, do art. 8º, da Lei Estadual nº 10.177, de 1998, a saber: “nos *atos discricionários*, será razão de invalidade a falta de *correlação lógica entre o motivo e o conteúdo do ato, tendo em vista sua finalidade.*” Em verdade, a *indicação* é ato inteiramente vinculado, com critérios previamente atribuídos como parâmetros da decisão.

No caso concreto, ausente a correlação lógica entre a *motivação* e a *finalidade* inerente ao provimento do cargo de professor titular, evidencia-se a insuficiência do pronunciamento antecedente à *indicação* como conteúdo apropriado para os fins da motivação exigida pelo ordenamento, o que autoriza a integral nulidade do certame.

Ora, autoridade administrativa que tem dever de promover ato administrativo de “desempate” em concurso público não pode agir como quem dispõe de um *privilegio* de livre escolha. Deve motivar previamente o teor da decisão que pretenda proferir, segundo juízo coerente e lógico, que permita identificar para os candidatos e o público as razões suficientes para a *indicação*.

E a USP estabelece critérios muito rígidos para os exames relativos ao Concurso de Professor Titular. O Exame de Memorial, insista-se, é totalmente vinculado aos critérios indicados e aos pesos atribuídos previamente, cujas médias ponderadas devem ser justificadas por cada Examinador ou pela Comissão Julgadora. No caso de *empate*, portanto, o examinador poderá regressar ao julgamento dos títulos, observado que deverão prevalecer as atividades desempenhadas nos cinco anos anteriores à inscrição, e poderá reavaliar, por comparação, os méritos dos candidatos empatados, como resultado da apreciação do conjunto e regularidade de suas atividades, na totalidade ou em alguma das seguintes possibilidades (art. 154 do Regimento Geral da USP):

I - produção científica, literária, filosófica ou artística;

II - atividade didática universitária;

III - atividades profissionais, ou outras, quando for o caso;

IV - atividade de formação e orientação de discípulos;

V- atividades relacionadas à prestação de serviços à comunidade;

VI - diplomas e dignidades universitárias.”

Tomando-se em consideração que esta é a última prova do certame a ser avaliada pela Comissão Julgadora, cada examinador, após análise dos títulos e da documentação comprobatória apresentada pelos candidatos, atribui suas notas, encerrando-as em envelope individual e, caso se verifique algum empate, por ele já conhecido, deverá, ainda, elaborar *parecer escrito circunstanciado* sobre os títulos de cada candidato, com motivação suficiente para o “desempate”.

Caso não o faça, terá nesses critérios, e somente nestes, distintas possibilidades para justificar a razão do “desempate”, ainda que oralmente. Daí a necessária *motivação*, quer para atribuição de notas, quer para servir como medida de desempate, como condição de controle administrativo.²⁰ E caso o faça na sessão pública, ainda com maior razão, não se poderia eximir do dever de motivar sua decisão antes de indicar algum candidato.

5. Dever de motivação e vinculação aos fins administrativos no desempate de concurso de Professor Titular – experiências

Decisão unilateral da Administração que afete *direitos ou interesses individuais* deve concretizar a *legalidade* na sua plenitude, acompanhar-se de *motivação* e atender aos fins de interesse público, eficiência, moralidade e impessoalidade. Na ausência dos seus elementos fundamentais, como é o caso da motivação, o ato inquina-se de nulidade e queda-se inválido para qualquer efeito.

Como observa **Hely Lopes Meirelles**, “*Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal*”.²¹ Quer dizer, prevalece a determinação dos princípios fundamentais da Administração, legalidade, moralidade, impessoalidade e finalidade como pressupostos de validade de todos os atos administrativos, o que reclama o exame de motivação prévia.

Vimos acima que, na “indicação”, e mormente quando se trata de “desempate” de notas, não há espaço para exame de conveniência ou oportunidade, ou seja, por se tratar de concurso público. A margem de avaliação encontra-se inteiramente balizada pelos Regimentos da Universidade de São Paulo e pelo Regimento da Faculdade de Direito. Destarte, toda a atividade do agente no exercício de função pública encontra-se plenamente vinculada aos critérios estabelecidos e todos eles devem ser demonstrados em pareceres gerais ou pessoais, mas sempre mediante a necessária motivação.

Além da ausência de motivação, portanto, outra ilegalidade verificou-se quanto à forma pela qual foi feito o desempate da indicação dos dois candidatos.

²⁰ ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética, 2006. p. 152.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 61.

No âmbito da USP tem sido aceita, em relação aos concursos de Professor Titular, a possibilidade de, em caso de empate nas notas atribuídas pelo examinador, a *indicação* ser feita por outro critério que não o da nota, desde que essa indicação seja *devidamente justificada*. Diante de alguns precedentes, a Comissão de Legislação e Recursos – CLR definiu alguns critérios.

Na Faculdade de Direito, o assunto foi amplamente discutido em relação ao concurso para Professor Titular do Departamento de Direito Civil – Área de História do Direito, no qual um dos examinadores – Professor Antonio Junqueira de Azevedo – empatou as notas de dois candidatos e somente fez o desempate, devidamente justificado, no momento da proclamação do resultado, quando indicou o Professor Ignacio Maria Poveda Velasco. Dessa decisão recorreu o Professor José Rogério Cruz e Tucci, e, dentre outras razões, por entender que o desempate nas indicações teria que ser feito pela Congregação, o que não foi admitido naquela oportunidade.

O exame do processo nº 2004.1.19.25, em que o recurso administrativo foi interposto pelo Professor José Rogério Cruz e Tucci, permite verificar que, em pelo menos dois outros concursos realizados no âmbito da USP, teria ocorrido empate. Em um deles, tratava-se de concurso realizado na Faculdade de Medicina, em que concorreram quatro candidatos, aos quais todos os membros da Comissão Julgadora atribuíram média 10 (dez). A indicação foi feita, individualmente, pelos examinadores, por outros critérios que não o da nota, sendo *adequadamente motivada por ato escrito de cada um deles*, resultando na escolha de um dos candidatos, que obteve três indicações. Diante da interposição de recurso contra essa forma de indicação, o assunto foi analisado pela CLR e pelo Conselho Universitário, prevalecendo o entendimento de que é possível a indicação do candidato por outro critério que não a nota, na hipótese em que o examinador dê nota idêntica a dois ou mais candidatos, presente a *motivação*. Tal entendimento foi mantido na esfera judicial, em primeira instância (em decisão proferida em 11-9-92, pela MM. Juíza da 12ª Vara da Fazenda Pública – Processo nº 912/92) e no Tribunal de Justiça, na Apelação Cível nº 194.550-1/5.

Em outro concurso, realizado na FEA (Processo 95.1.498.12.9), a CLR aprovou o Parecer do Relator, Professor Walter Colli, quando foram definidos alguns critérios:²²

- a) o legislador evitou comparar candidatos pela média geral e fez com que a média de cada examinador nas três provas do concurso seja um voto, isto é, “*será indicado por ele quem obtiver média maior. A maioria de indicações determina o vencedor e é por isso que a Comissão é constituída de número ímpar de examinadores*”;
- b) não pode um examinador dar notas maiores para um candidato e indicar o outro, porque, conforme artigo 159, parágrafo único, do Regimento Geral, “*cada examinador fará a classificação, segundo as notas finais por ele conferidas, e indicará o candidato* para preenchimento da vaga

²² Cf. Parecer emitido pela Professora Titular **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, de 15 de março de 2004 (Processo nº 2004.1.19.2.5).

existente”; isto significa que a classificação deverá ser coerente **“com as notas finais por ele conferidas”**;

c) *“o examinador não pode escapar de uma decisão porque os verbos utilizados não lhe permitem escapar desse **dever**. O examinador FARÁ e não “poderá fazer” e INDICARÁ e não “poderá indicar”*;

d) *não há possibilidade de empate quando há dois candidatos, porque mesmo que empatem nas notas, os examinadores têm que desempatar nas indicações; se houver mais de três candidatos e ocorrer o empate, aplica-se a regra do artigo 161, § 3º, do Regimento, que outorga à Congregação a competência para desempatar, segundo os critérios definidos no dispositivo.*

Portanto, é possível que, em caso de empate nas notas atribuídas pelo examinador, a indicação seja feita por outro critério que não o da nota; o examinador que empatar as notas de dois ou mais candidatos, tem o **dever de fazer a indicação** de um deles; e somente quando houver empate nas indicações, e só nesse caso, é que a decisão compete à Congregação, conforme norma do artigo 161, § 3º, do Regimento Geral da USP. Este não é o caso em apreço, na medida que se houve o “desempate” por ato nulo, em relação ao qual descabe qualquer possibilidade de convalidação ou de exclusão.

Resulta muito claro, tanto da decisão da CLR, como das normas regimentais, que existem duas hipóteses de empate: uma é aquela em que o examinador atribui nota igual a dois ou mais candidatos; outra é aquela em que, apuradas as **indicações** de todos os examinadores, se verifica empate entre dois candidatos quanto à soma das indicações. Na primeira hipótese, quem desempata (de modo obrigatório) é o próprio examinador, que o terá de **indicando** motivadamente aquele de sua preferência, como verificado no caso concreto. Na segunda hipótese, sim, o desempate deve ser feito pela Congregação, mas que não se aplica, pois não há que se falar em “empate” de indicações, haja vista a nulidade do resultado do Concurso, pela indicação desmotivada e outros vícios.

5.1 Descumprimento dos princípios de impessoalidade e de moralidade administrativa no desempate público de concurso de Professor Titular após conhecimento das notas e indicações dos demais examinadores – nulidade quando este desempate afeta a decisão final do Concurso

Resta verificar em que momento o examinador deve fazer a **indicação**, no caso em que empatou as notas de dois candidatos. Em atenção aos princípios de impessoalidade e da moralidade administrativa, certamente não poderá fazê-lo depois de conhecer as indicações dos demais examinadores. Essa atitude fere de morte a neutralidade e a individualidade das indicações, rompe com o princípio de impessoalidade e descumpre inteiramente todas as regras regimentais pertinentes à atribuição e classificação mediante notas.

E isto por uma razão muito simples: o Regimento Geral da USP previu que a atribuição das notas de cada examinador seja feita imediatamente após o término de cada prova e encerrada em envelope fechado, que só será aberto publicamente após o término da última prova. Não se admite que o desempate de notas e a indicação, por cada examinador, sejam feitos no momento final de divulgação do resultado do concurso, porque isto conferiria arbítrio a um dos examinadores, que somente faria a sua indicação após conhecer a dos demais examinadores. Desvela-se o sigilo na atribuição de notas, imposto pelo Regimento, com evidência patente de “conforto” para eleição do candidato que lhe for mais conveniente ou em conformidade com as demais indicações e notas atribuídas. Uma violação frontal do princípio de **moralidade** administrativa e, tanto mais, da **impeccabilidade**.

Exatamente para afastar essa situação é que o artigo 155 do Regimento Geral determina que “*cada examinador, após análise dos títulos e da documentação comprobatória apresentada pelos candidatos, **dará as notas, encerrando-as em envelope individual***”. De igual modo, o artigo 156 estabelece que “*cada examinador, após o término da prova de erudição de todos os candidatos, **dará a nota, encerrando-a em envelope individual***”. Com relação à prova pública de arguição, o artigo 158 remete a regulamentação aos regimentos das Unidades, mas o procedimento é sempre o mesmo e vem sendo reiteradamente utilizado em todos os concursos realizados no âmbito da USP.

Qual a razão de determinar-se que as notas sejam atribuídas ao término de cada prova e colocadas em envelopes individuais (de cada candidato e de cada examinador), e sempre lacrados?

Quisesse o Regimento que as notas pudessem ser antecipadas e conhecidas entre os membros da Comissão Julgadora, essa repetida exigência seria supérflua. O Regimento proíbe a ciência prévia de notas atribuídas entre os membros da Comissão Julgadora, para preservar os valores de impessoalidade e moralidade, ademais do cumprimento neutro e objetivo da seleção.

O que a norma regimental quis foi garantir o ***sigilo quanto à nota individualmente atribuída por cada um dos examinadores***, com o objetivo evidente de evitar a recíproca influência entre os mesmos e assegurar a imparcialidade na avaliação do candidato. A atribuição das notas e a sua colocação em envelopes individuais, fechados, são feitas publicamente. Não há possibilidade de qualquer comunicação ou troca de impressões entre os examinadores. O sigilo na atribuição da nota tem que ser preservado até a divulgação final do resultado, com a abertura pública dos envelopes.

Por ser assim, para garantir o sigilo da *classificação* (pelas notas) e também o sigilo da *indicação* (por outro critério que não o das notas) por parte de cada um dos examinadores, é indispensável que o desempate de notas por outro critério também conste de envelope fechado, a ser aberto somente após o término de todas as provas. Não há como admitir que a classificação pelas notas (que é o usual) seja secreta e a indicação por outros critérios seja pública, somente feita

após o examinador conhecer a indicação feita pelos demais membros da Comissão Julgadora.

Destarte, a “indicação”, tal como feita pelo Professor Diogo Leite de Campos, após conhecer as notas e indicações dos demais examinadores, tira qualquer sentido à exigência de que as notas sejam colocadas em envelopes “lacrados”, viola os princípios de impessoalidade e moralidade administrativa e, assomado à ausência de motivação válida, impõe a necessária nulidade de todo o certame, haja vista sua influência e afetação no seu resultado final.

Afaste-se, de plano, a alegação de que o examinador “não sabia” que “empatou”, sob o argumento de que a apuração do resultado depende de cálculo para aplicação dos pesos previstos para cada prova. Especialmente no caso do citado examinador, que atribuiu a nota 9 (nove) aos dois candidatos (Humberto Ávila e o Recorrente) em todas as provas. Certo que sabia que empatara as notas dos dois candidatos.

Cabia a ele, antes da abertura pública dos envelopes com as notas, fazer a sua indicação também em envelope fechado. E ainda que essa formalidade fosse descumprida, que ao menos fundamentasse expressamente sua decisão, de modo coerente com a finalidade do ato e de forma clara e congruente.

Se essa exigência não é usual nos concursos desta Faculdade, é porque também não é usual o examinador empatar as notas dos candidatos. Essa exigência, que aparenta ser facultativa (já que o dispositivo fala que “*poderão* ser acrescentados ao relatório da comissão julgadora relatórios individuais de seus membros”), torna-se obrigatória quando persiste o empate entre candidatos por parte de um ou mais examinadores.

Como exemplo dessas excepcionalidades, no concurso para Professor Titular no Departamento de Direito do Estado – área de Direito Constitucional (em que foi sagrado vencedor o Professor Elival da Silva Ramos), o Professor Jorge Miranda também empatou a nota de dois candidatos e fez o desempate publicamente (*e o fez motivadamente, sob a alegação de que a tese e a produção intelectual do Professor Elival guardavam maior vinculação com o direito constitucional positivo do que a do Professor Marcelo Neves*). Só que, naquele caso, o referido candidato já havia recebido quatro indicações dos demais membros da comissão julgadora, de tal modo que o desempate das notas atribuídas pelo ilustre Professor português quedava-se irrelevante para o resultado final do concurso.

No concurso ora impugnado, em que dois candidatos receberam, cada qual, duas indicações, e as notas atribuídas pelo Professor Diogo Leite de Campos produziram igualmente o empate pelas médias ponderadas, a questão assume graves proporções, porquanto resultaria a inteira decisão do certame.

O desempate feito depois de conhecer a indicação dos demais membros da banca não pode, nesse caso, ser considerado irrelevante para o resultado do concurso; pelo contrário, constituiu-se em fator decisivo para o resultado desfavorável ao Recorrente.

O artigo 4º da Lei Estadual nº 10.177, de 1998 é expresso ao determinar que “a Administração Pública atuará em obediência aos princípios da legalidade, **impessoalidade, moralidade**, publicidade, razoabilidade, finalidade, interesse público e *motivação* dos atos administrativos.” Diante dessa regra, que mais não faz do que reproduzir o texto constitucional, impõe-se verificar se estes princípios foram atendidos.

Como diz **Odete Medauar**, de modo esclarecedor e perfeitamente aplicável ao caso em apreço: “*com o princípio da impessoalidade a Constituição visa a obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia.*”²³

Não é outro o sentido atribuído por **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**: “*a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público, despersonalizado, que tem que nortear o seu comportamento.*”²⁴ Trazidos à aplicação ao caso concreto, queda-se evidenciado o incontestável descumprimento do princípio da impessoalidade, ademais da quebra da objetividade e neutralidade da legalidade, em vista da situação verificada com o “empate” assinalado.

Por “tradições”, por não querer macular relações ou por interesses outros, isso não importa, o certo é que influências estranhas aos propósitos de aferição do conhecimento na especialidade do certame podem ter prosperado e influído na “indicação”; como consequência, resultou frustrado o objetivo de todo o concurso, mas especialmente da norma regimental que visa a impedir que, antes da proclamação final do concurso, cada examinador conheça as classificações e indicações feitas individualmente pelos demais. Mas não só. Foram frontalmente afetados princípios de validação das manifestações de vontade da Administração, cuja inobservância implica a necessária nulidade dos atos praticados.

O *dever de fundamentação expressa* da decisão de indicação mediante atribuição de notas ou mesmo aquela de “desempate” não se pode fundar em tradições, vontade individual, interferências exógenas ou qualquer outra justificativa que não se faça coincidente com os requisitos entabulados na legislação vigente na USP, no Estado de São Paulo e no Brasil. O Examinador português alheou-se dos pressupostos admissíveis no Edital do Concurso e nos Regimentos da Faculdade de Direito e da Universidade para justificar sua posição e não alegou qualquer justificativa coerente que permitisse aos presentes saber o móvel e a motivação que orientara sua opção por um dos candidatos.

23 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 125;

24 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 230.

E não se alegue o desconhecimento do Examinador sobre as exigências da legislação estadual ou dos regimentos universitários, até porque o dever de fundamentação dos atos decisórios que afetam direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos é um princípio geral do Direito Administrativo e encontra-se expressamente constitucionalizado em Portugal (art. 268, n° 3).

Por isso, para que o provimento do cargo de Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito mais tradicional do País cumpra-se de modo coerente com os mais elevados valores constitucionais, à Administração Pública, *in casu*, esta egrégia Congregação, impõe-se o dever de anular todos os seus atos, mediante sua não homologação.

6. Ausência de diferenciação de notas do Memorial – vício de exame formal que autoriza nulidade do concurso por interferir no resultado

Alega o Professor Diogo Leite de Campos, não ser possível diferenciar os candidatos e que “suas” notas máximas seriam apenas 9,0 – nove. Entretanto, ao fazê-lo, não só faz descumprir o Regimento Geral da USP, pois este contempla notas de 0 a 10, como o ilustre examinador externo incorre em mais um equívoco, o de não examinar os títulos, segundo pesos diferenciados, ao quedar-se na cômoda atribuição de “notas máximas”. Esse tipo de atitude, aceita como praxe em nossos concursos, e os demais examinadores fizeram o mesmo (com atribuição da nota 10 – dez), é extremamente perversa com os professores que dedicam seu tempo e produção científica à pesquisa, à extensão e ao ensino na Faculdade, ou mesmo à gestão administrativa dos órgãos e comissões.

O fato de não ter sido questionada pelos candidatos de concursos anteriores, deveras, não faz dessa prática um “costume” *contra legem* que se deva aceitar sem contestação. Somente a legalidade prevalece no Direito Administrativo. Como dizia **Seabra Fagundes**, “*administrar é aplicar a lei de ofício*”.²⁵ Portanto, argui-se aqui a nulidade do certame também pelo descumprimento dos critérios regimentais para exame dos memoriais, mediante atribuições de notas e pesos diferenciados, além de parecer “circunstanciado”.

O suposto “empate” entre candidato externo (UFRGS) e docente no exercício de funções acadêmicas e administrativas intensivas na USP, de reconhecida produção intelectual (vide gráfico anexo), dentro e fora do País, e concentrada exclusivamente na área de conhecimento do Concurso, por si só, já imporia a necessária *motivação*, para esclarecer a todos o que justificaria a preferência exercida a título de pretensa “indicação”. E, de igual modo, não poderia autorizar qualquer “empate” relativamente ao exame dos memoriais.

Para qualquer um que acesse a Base *Lattes* de Currículos de ambos os candidatos, queda-se totalmente visível a diferenciação quantitativa e qualitativa das atividades acadêmicas e de produção intelectual em favor do Recorrente, dentro e fora do País, especialmente nos últimos cinco anos que antecedem à

²⁵ FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 03.

inscrição (Regimento Geral da USP, Artigo 154 – (...)) “Parágrafo único - *No julgamento dos títulos deverão prevalecer as atividades desempenhadas nos cinco anos anteriores à inscrição*”). Em qualquer item do art. 154, a quantidade de títulos do Recorrente seria superior, quanto aos aspectos que recebem PESO 3, pelo § 2º do art. 42 do Regimento Interno da Faculdade. À guisa de exemplo:

Produção científica – PESO 3	Recorrente	Humberto Ávila
Livros publicados/organizados ou edições	17	5 (e 7 reedições)
Artigos completos publicados em periódicos	33	24
Capítulos de livros publicados	64	20
Demais tipos de produção bibliográfica	36	8

A superioridade proporcional dos títulos do Recorrente é incontestável.

Não resta dúvida que a falta de motivação clara e suficiente embota o ato de exame de memorial de vício insanável. Descumpriu, de modo indubitável, o art. 155, do Regimento Geral, a saber:

“**Artigo 155** - Cada examinador, após análise dos títulos e da documentação comprobatória apresentada pelos candidatos, dará as notas, encerrando-as em envelope individual.

Parágrafo único - Cada examinador elaborará parecer escrito circunstanciado sobre os títulos de cada candidato.”

Como se pode ver em anexo, como exemplo, o parecer apresentado pelo julgador Diogo Leite de Campos não expressa a exigência de *parecer escrito circunstanciado*, pois isso somente seria possível com a indicação dos critérios de médias ponderadas obtidas, como determina o Regimento Interno. Entretanto, como a *documentação comprobatória apresentada pelos candidatos* foi parcialmente examinada, o parecer, além de não ser *circunstanciado*, como exigido pela legislação de regência, resulta ademais inaceitável que possa contemplar nota inferior a 10 (dez) e não se ater aos critérios de diferenciação assinalados, na medida que a avaliação dos títulos é objetiva (por média ponderada, segundo pesos diferenciados por categoria de títulos) e não "subjetiva", discricionária, pautada por “tradições” ou equivalente.

Veja-se o quanto dispõe o art. 42 do Regimento Interno da Faculdade:

“**Artigo 42.** *O julgamento dos títulos, expresso mediante nota global, deverá refletir os méritos do candidato como resultado da apreciação do conjunto e regularidade de suas atividades, compreendendo:*

I - produção científica, literária, filosófica ou artística;

II - atividade didática universitária;

III - atividades profissionais, ou outras, quando for o caso;

IV - atividade de formação e orientação de discípulos;

V- atividades relacionadas à prestação de serviços à comunidade;

VI - diplomas e dignidades universitárias.

§ 1.º A nota global resultará da média ponderada das notas de zero a dez que cada examinador atribuir a cada categoria de títulos, consignando esse julgamento em cédula apropriada, juntamente com o respectivo parecer.

§ 2.º Para os efeitos do parágrafo anterior, os títulos referidos no inciso I terão peso 3, o do inciso II, peso 3, os dos incisos III, IV, V e VI, peso 1 cada.”

Pela comprovada falta de motivação “circunstanciada” do exame dos títulos (i) e da forma como se viu obtida a nota global resultante como média ponderada das notas de zero a dez atribuídas por cada categoria de títulos (ii), segundo a aplicação de pesos diferenciados, de que trata o § 2º, do art. 42, do Regimento Interno da Faculdade de Direito, verifica-se mais um vício grave de forma, pois o julgador tinha o dever de examinar o memorial, como qualquer outra prova, além de apresentar sua motivação em parecer *circunstanciado*. Ao atribuir notas idênticas (9,0 – nove), o examinador descumpre frontalmente todas as referidas disposições regimentais, o que justifica nulidade de todo o resultado.

A esse aspecto, aplica-se igualmente o inciso VI, do art. 8º da Lei Estadual nº 10.177, de 1998, por constituir-se no vício de motivação *insuficiente*, a justificar a invalidade do ato administrativo praticado, pelos prejuízos aos princípios de impessoalidade, proporcionalidade e moralidade administrativa, haja vista ter sido decisiva para o resultado do certame.

7. Suspeição de examinador externo – vício formal que autoriza nulidade do concurso por interferir no resultado

A impessoalidade e moralidade administrativa, como princípios fundamentais da Administração Pública, impõem rigorosos controles sobre as relações ou interferências subjetivas nesse tipo de certame universitário.

Dentre outros aspectos, assume relevo o tema da *suspeição* do examinador, o que tem sido objetivo de controle jurisdicional em concursos desta Universidade. Recentemente, a Justiça paulista condenou a USP a realizar novo concurso público para preenchimento da vaga de professor doutor junto à Divisão de Difusão Cultural do Museu de Zoologia, em virtude da parcialidade de membro da Banca, por ter sido orientador da candidata vencedora.

O vínculo existente entre orientador e alunos é muito menor do que aquele que se forma entre colegas de uma mesma instituição de ensino, em convívio permanente ao longo de anos, mormente quando dedicados às mesmas especialidades e atuam em programas de pós-graduação com reduzido grupo de docentes, como é o caso da Faculdade de Direito da UFRGS.

Esclareça-se desde logo que *suspeição* não tem que ver com má-fé, mas decorre de sentimentos naturais de afinidade, de propósitos coincidentes, de rivalidade ou de disputas pessoais.

Cuida-se de aspecto sobremodo difícil, o controle *a priori* da parcialidade de membros de bancas examinadoras, porquanto dependam de condutas materiais prévias ou concomitantes à realização do certame.

De fato, ainda que as provas formais de *suspeição* tenham prevalência nesse tipo de avaliação, como contendas judiciais, inimizades incontidas ou relações com laços familiares ou de convivência, nada impede que se possa extrair das condutas reveladas por ocasião do julgamento o seu exame concreto, de modo contemporâneo, por razões das mais variadas.

É exatamente o que se verificou com o Professor Cezar Saldanha de Souza Júnior, da UFRGS. Enfatize-se que não se põe em dúvida sua credibilidade, seu decoro ou sua seriedade docente. *Suspeição*, repita-se, é algo atinente à afetividade, não ao caráter, má-fé e semelhantes. Basta pensar sobre como poderia ser o convívio entre eventual candidato preterido e o examinador que lhe tenha faltado, na continuidade das atividades na Faculdade de origem, para que se possa ter ideia de parcela de resistência natural dos sentimentos pessoais a alguma avaliação negativa do colega e conterrâneo. Não é crível supor incontornável neutralidade em caso semelhante.

Deixe-se consignado que, por tradição, é corrente dizer-se na Faculdade que “candidato não discute banca”. Ainda que se relutasse em aceitar aquela indicação, haja vista as conhecidas dificuldades de relacionamento entre o citado docente e a Faculdade de Direito da USP, mas também pelas relações ora conflituosas ora amistosas mantidas entre ele e o candidato oriundo da mesma Faculdade de Direito da UFRGS, a questão não foi suscitada em maior evidência.

Chamava a atenção de alguns docentes da Congregação o fato de se ter uma discutível ausência de professores especialistas em Direito Tributário, a justificar modificações na referida composição. E isso valeria tanto para os titulares quanto para os suplentes da comissão julgadora. Entretanto, quando da homologação, devido aos problemas ocorridos com a Biblioteca, a Banca Examinadora foi votada “em bloco” com outras bancas, dada a necessidade de decisões urgentes sobre outras matérias (*Sessão Extraordinária da Congregação da Faculdade de Direito da USP, realizada em 13 de maio de 2010*).²⁶

Tratava-se do penúltimo suplente e que somente integrou a Banca devido ao pedido de afastamento, por *razões de foro íntimo*, da Professora Misabel Derzi, em outubro do ano em curso, após a saída do Professor João Manuel Cardoso de Mello, a recusa do Professor Luciano Coutinho e ascensão à condição de membro titular pelo Professor Luiz Edson Fachin.

²⁶ Após sugestão “que se votassem os concursos em bloco, ou seja, os itens 1, 2, 3 e 4.” Consta: “O Senhor Diretor afirmou que seria mais fácil e rápido, indagou aos membros da Congregação sobre a concordância; não havendo manifestação contrária, agradeceu a boa vontade de todos e encaminhou as votações.”

Conforme o art. 151, do Regimento da USP, o *concurso deverá realizar-se no prazo de 30 a 180 dias após a aprovação das inscrições*. Esse prazo, portanto, teve como termo inicial o dia 14 de maio e se ultimaria no dia 14 de novembro. Diante disso, não haveria tempo hábil para impugnar o ingresso do referido Professor, haja vista o concurso ter sido marcado para os dias 25 a 28 de outubro, em atenção à disponibilidade do Professor Diogo Leite de Campos limitar-se exclusivamente a estes dias, segundo informado. Fazê-lo, é certo, poderia prejudicar toda a realização do Concurso.

Ao longo do certame, revelou-se rapidamente aquilo que se temia. A todos os presentes, na oportunidade da arguição, ficou bastante visível a forma hostil e genérica do exame aos candidatos que são docentes da Faculdade, além de reportar-se às próprias derrotas sofridas na USP, quando o referido examinador disputou a cadeira de “Teoria Geral do Estado” e teria, nas suas palavras “ficado em segundo lugar com muito orgulho”. Sentimentos que dominam as ideias.

Como sabido, qualquer membro de Comissão Julgadora deve abster-se de atitude que comprometa sua isenção, sob pena de nulidade do ato praticado, como prescreve o art. 12, do Código de Ética da USP,²⁷ *in verbis*:

Artigo 12 - Nenhum servidor docente ou não-docente deve participar de decisões que envolvam a seleção, contratação, promoção ou rescisão de contrato, pela Universidade, de membro de sua família ou de pessoa com quem tenha relações que comprometam julgamento isento.”

O julgador, para ser isento, não pode ser “interessado” no julgamento da causa em favor de uma das partes ou manter com esta *relações que comprometam julgamento isento*. Perceba-se que a referida disposição é muito mais ampla do que as regras constantes do Código de Processo Civil (art. 135).²⁸ Ainda que possa parecer uma ilação baseada em mera suposição, mas a própria dificuldade de reprovação do colega candidato, pelo quanto isso poderia repercutir nas relações futuras entre ambos, mostra-se evidente.

Afora estes, são os mais variados tipos de sentimentos que justificam a suspeição do citado Examinador. Diferenças e rugas pessoais em torno de disputas internas, particularmente quanto à direção do Programa de Pós-Graduação da UFRGS e outros, como atuação sobreposta na área de Direito Constitucional, influenciariam, até de modo inconsciente, o desejo de “exportação” do “problema”, adicionado do sentimento de gratidão entre os colegas conterrâneos e a maior abertura de espaços acadêmicos na USP. São estes claros exemplos de *relações que comprometam julgamento isento*.

27 “**Artigo 19 - Nas relações dos membros de comissões examinadoras de concursos docentes com os candidatos devem ser observados os seguintes preceitos:**

I - *aplicam-se aos membros de Comissões Examinadoras externos à Universidade os princípios e normas deste Código de Ética, especialmente aqueles constantes dos Títulos I e II.*”

28 MS 21814-RJ, STF, Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 14.04.1994.

Como regra, todos os procedimentos administrativos, e especialmente os de concursos públicos, devem ser informados pelo princípio da *imparcialidade* do agente público encarregado do julgamento. No caso da USP, basta que se verifique, entre candidato e examinador, *relações que comprometam julgamento isento* como condição suficiente para que se declare a suspeição decorrente. Cuida-se de atendimento ao princípio da *finalidade*, razão pela qual seu descumprimento é assumido como nulidade formal do ato praticado, pois corresponde ao próprio descumprimento do *due process of Law*, ao longo do qual o julgador está obrigado a ater-se nos limites fáticos e jurídicos da sua competência, defeso qualquer âmbito de julgamento estranho às suas funções.²⁹

8. Efeitos da não homologação do Relatório Final pela Congregação

Sobre o regime jurídico da homologação, diz **Hely Lopes Meirelles**:

“Homologação é o ato administrativo de controle pelo qual a autoridade superior examina a legalidade e a conveniência de ato anterior da própria Administração, de outra entidade ou de particular, para dar-lhe eficácia. O ato dependente de homologação é inoperante enquanto não a recebe. Como ato de simples controle, a homologação não permite alterações no ato controlado pela autoridade homologante (...)”.

Segundo **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, *“homologação é o ato unilateral e vinculado pelo qual a Administração Pública reconhece a legalidade de um ato jurídico. Ela se realiza sempre a posteriori e examina apenas aspecto de legalidade”*.³⁰ No mesmo sentido, para **Oswaldo Aranha Bandeira de Mello** a *“homologação é o ato administrativo unilateral, vinculado, de controle de outro ato jurídico, pelo qual se lhe dá eficácia ou se afirma sua validade. Examina a legitimidade da manifestação de vontade do ato controlado”*.³¹

Como se verifica, a homologação atua em limites muito estreitos, de simples controle formal de legalidade, defeso qualquer mutação no ato.

Segundo o Regimento Geral da USP, art. 39:

“À Congregação compete: (...)

X – homologar o relatório da Comissão julgadora de concursos da carreira docente e de livre-docência”.

E no art. 162, prescreve que o Relatório da Comissão Julgadora deverá ser apreciado pela Congregação, *para fins de homologação*, após **exame formal**.

29 Cf. DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996, p. 377-378.

30 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 213.

31 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1. p. 509.

Por conseguinte, o exame do Relatório Final presta-se unicamente aos fins de controle de legalidade dos atos praticados pela Comissão Julgadora.

Nestes termos, a homologação do resultado pela Congregação é atributiva de eficácia do resultado, para os fins de ulterior nomeação, dès que verificada a higidez dos atos realizados. Não é o que se verifica na hipótese em apreço, pelos distintos motivos acima apresentados.

Diante disso, outra não pode ser a conduta desta egrégia Congregação da Faculdade de Direito senão anular o presente Concurso, mediante sua não homologação, para afastar a grave mácula deixada pela decisão canhestra que se viu adotada pelo Professor estrangeiro.

Vale observar que a Congregação, no juízo de homologação, não pode convalidar vícios da decisão da Comissão Julgadora, como desconsiderar a decisão do Examinador que não profere decisão de “desempate” de modo legítimo e válido.

Pela ausência de motivação explícita na “indicação”, que não se fez mediante classificação por nota, não há que se falar em “empate”, a justificar intervenção da Congregação, para promover a decisão de desempate por este órgão, nos termos do § 3º, do art. 161, do Regimento Geral da USP, como já foi reconhecido e decidido em outras oportunidades.

A Congregação não se pode substituir à Comissão Julgadora para casos de “desempates” realizados por examinadores e que, por qualquer razão, resultou em nulidade do certame. A Congregação somente poderá desempatar resultados de “empate de indicações”, ou seja, quando se tem hipóteses como: 2x2x1 ou similares (1x1x1x1x1), tudo a depender da quantidade de candidatos e do caso concreto, o que não se aplica à espécie.

Quanto à relação entre a homologação e o ato que se lhe serve de objeto, afirma **Oswaldo Aranha Bandeira de Mello**: “a homologação é ato de controle da legalidade, mas não de convalidação de ilegalidade”.³² Este é o seu exato sentido, pois da homologação não resulta qualquer efeito de correção dos atos sob exame, dado não constituir direitos, por prestar-se unicamente ao controle³³ de legalidade para admitir ou não a eficácia quanto aos direitos constituídos no ato precedente. A homologação visa ao exame de legalidade formal do ato.

Afasta-se, assim, pela não homologação do resultado, ato que descumpre requisito imprescindível, como é o caso da *motivação*.³⁴ Na feliz síntese de

32 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1. p. 509.

33 “Controle da Administração Pública” no sentido adotado por Odete Medauar, ou seja: “verificação de conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado”. MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 22; MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 463p.

34 ARAUJO, Edmir Netto de. **Da convalidação do ato administrativo ilegítimo**. SP: USP, Tese de Titularidade, 1993, p. 159.

Odete Medauar,³⁵ “descabe à autoridade homologadora modificar a decisão que aprecia, devendo somente confirmá-la ou não. Se uma decisão necessita ser homologada, só produzirá efeito após tal manifestação, em sentido positivo – exemplo: homologação de concurso público”. Declarada a nulidade, o concurso extingue-se *in totum*, como condição suficiente para realização de novo certame, a partir da renovação de Edital, aceitação de novas inscrições e realização de todo o *iter* procedimental típico.

Como se expressa **Celso Antonio Bandeira de Mello**, “atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis”.³⁶ E como a motivação é requisito de ato administrativo na Constituição Estadual e na Lei Estadual nº 10.177, de 1998, nas precisas palavras de **Edmir Netto de Araújo**,³⁷ “há *dever* de invalidar os atos administrativos absolutamente nulos”. Portanto, o descumprimento dos requisitos legais implicam nulidade do certame, na sua integralidade.

Assim, afora os demais vícios decorrentes, é inquestionável que a falta de critério de “desempate” exposto sob explícita, clara e congruente motivação por parte do Professor Diogo Leite de Campos, implica invalidade do ato administrativo na sua totalidade, pela desobediência ao art. 8º da Lei Estadual nº 10.177, de 1998, além do art. 4º da Constituição do Estado de São Paulo.

9. Moralidade administrativa e a nulidade integral do certame por vícios de forma (validade) insanáveis

Na Constituição, o *princípio de proibição do arbítrio* é uma decorrência da legalidade, mas não só. Assume condição de segurança jurídica na edição de todos os atos administrativos, sob o pálio do princípio do devido processo legal.

No dizer de **Hely Lopes Meirelles** “Discrição e arbítrio são conceitos inteiramente diversos. Discrição é liberdade de ação dentro dos limites legais; *arbítrio* é ação contrária ou excedente da lei”. Quando a discricionariedade não alcança os motivos (conveniência e oportunidade não se aplicam, portanto), o ato administrativo estará sempre adstrito ao dever de motivar, sob pena de converter-se em arbítrio ou desvio de finalidade.

A forma de desempate adotada pelo examinador Diogo Leite de Campos, ademais de afrontar os princípios de impessoalidade, moralidade e do dever de motivação, concorre para a efetividade de verdadeiro arbítrio da finalização do certame, a pretexto de suposta “indicação” desprovida da devida motivação, como exigido pela Constituição paulista.

35 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 134.

36 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 112.

37 ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 480.

É indubitosa a função de *garantia constitucional* contra o arbítrio que o inciso II do art. 37, da CF, possui, ao assegurar a todos os participantes de concurso de *provas e títulos* que estes sejam avaliados e as decisões sejam motivadas “de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei”. A motivação de decisões de atribuições de notas, portanto, é exigência constitucional, sempre em conformidade com a legislação.

Como observam, de modo enfático, **Sérgio Ferraz** e **Adilson Dallari**: “a ausência de prévia ou concomitante motivação configura vício autônomo, capaz de, por si só, gerar a nulidade do ato praticado”.³⁸

Do silêncio ou da insuficiência na enunciação da motivação do ato administrativo decorre o efeito de sua invalidade, nos termos da legislação paulista, como consequência inexorável. Este silêncio de pronúncia da motivação é uma situação de fato que gera efeitos de nulidade integral do pretenso “desempate” e, por conseguinte, o encerramento do Concurso que a contempla como condição para a proposta de atribuição da classificação, na medida que se fez a título de “indicação”, e não apenas de mero desempate de notas.

Quando se tem ausência de “motivação”, claro que não se está diante de um “ato administrativo perfeito”, ou seja, “aquele que completou o ciclo de sua formação, contendo, pois, todos os elementos de procedimento e forma exigidos por lei”, no sentido adotado por **José Cretella Júnior**.³⁹ E, mais do que “imperfeito”, trata-se de ato “nulo”, pela falta de requisito de validade.

Em certame para escolha de professor titular, numa carreira pública, o ato a ser praticado para eventual “desempate” deve reportar-se necessariamente aos critérios habilitados por lei ao exame das provas e títulos, impedido que se encontra, o Examinador, de utilizar qualquer outro expediente seletivo (opção religiosa ou política, força física, estética etc). Veda-o o Código de Ética da USP.

Este é um caso de típica “escolha trágica” (devido ao exaurimento de cargos semelhantes disponíveis), o que por si só já justificaria uma necessária e suficiente motivação pelo Examinador.⁴⁰ Que isso ocorresse por diferenciação de notas atribuídas (i) ou por um “desempate” legítimo (pela *indicação*), antecedida de motivação suficiente (ii), não se discutiria qualquer mérito da eleição feita. O que não se pode aceitar é a mera imputação de nome sem qualquer alegação fundamentada. Tem-se, nessa atitude, ato de puro arbítrio, mas não “indicação”.

A *finalidade* dos concursos públicos para provimento dos cargos de professores titulares é aquela de selecionar docentes qualificados para o exercício das funções inerentes ao ensino superior. Portanto, somente as provas e títulos e os critérios entabulados pela legislação de regência ou Edital poderiam justificar

38 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 60; no mesmo sentido: OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 164 p.

39 CRETELLA JÚNIOR, José. **Do ato administrativo**. 2. ed. São Paulo: José Buschatsky, 1977. p. 246 e 249.

40 CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic Choices** - The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York: Norton, 1978.

a decisão que se venha adotar. A motivação deveria vincular-se, tanto mais, ao exame dos títulos avaliados, isolada ou conjuntamente, além da própria diferenciação dos fins que orientam o concurso.

Destarte, diante da *falta de correlação lógica entre o motivo e o conteúdo do ato, tendo em vista sua finalidade*, como exigidos pelo parágrafo único do art. 8º da Lei Estadual nº 10.177, de 1998, considera-se inválido o ato administrativo praticado, dada a ausência de motivação e demais vícios inerentes à “indicação”, por ter sido feita após conhecer notas e indicações dos demais examinadores, o que fere de morte os princípios de impessoalidade e de moralidade administrativa, haja vista ter sido decisiva para concluir o certame.

A *motivação* suficientemente clara e congruente, entre fatos e finalidade⁴¹, que fique bem consignado, não é só um *direito* do Recorrente, mas meio de *publicidade* das razões adotadas pelo agente para sua decisão, condição de *controle* pela Administração e pelo Judiciário e elemento de *validade* do ato.

Confirma-se, assim, que qualquer espécie de “reserva mental” quanto à motivação da indicação de candidato é motivo suficiente para o reconhecimento da invalidade do ato administrativo, como prática que evidencia a superação dos princípios da *impessoalidade, moralidade, legalidade e publicidade*. A exigência da motivação como requisito do ato administrativo não pode conviver com cabimento de *reserva mental* ou *ocultação de justificativas* para a declaração de vontade por agente que desempenha função pública, sob pena de nulidade dos atos e cessação integral dos seus efeitos.

Exatamente nesse sentido, o STF, ao considerar inaceitável o “juízo de consciência” sob o argumento de que, além de ofender à regra constitucional que exige o concurso *público*, “*esvazia e fraudava outra garantia básica da Constituição, qual seja a da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Tanto vale proibir explicitamente a apreciação judicial de um ato administrativo quanto discipliná-lo de tal modo que se faça impossível verificar em juízo a sua eventual nulidade*”. E, embora reconhecendo a presença de certo grau de discricionariedade, o acórdão deixa expresso: “*patente que a discricionariedade do ato não elide, em nosso sistema, o controle jurisdicional da inexistência material e da inadequação jurídica de seus motivos, assim como do eventual desvio de finalidade. Ora, o sistema da norma regulamentar impugnada individualiza esse controle, na medida em que dispensa, não só a motivação conceitual do ato, mas também a própria existência de motivos – o que é*

41 Para o Tribunal Constitucional espanhol, bancas examinadoras que não atendem esses pressupostos de validade incorrem no vício de *abuso de poder*, como esclarece **César Garcia Novoa**: “La Comisión Nacional Evaluadora de la actividad investigadora, como todos los órganos de la Administración Pública, debe ejercer las potestades que tenga atribuidas con respeto escrupuloso a los fines para las cuales el ordenamiento las crea y regula: de no hacerlo así, el órgano administrativo incurre en *desviación de poder*, que consiste, precisamente, en el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. (...) Recordemos que el artículo 106.1 de la Norma Fundamental, dispone que la actuación administrativa está sometida no sólo al control judicial de legalidad, sino al control ‘del sometimiento a los fines que la justifican’”.

intolerável – ou, pelo menos – o que é equivalente – torna inviável a revelação ao Judiciário dos motivos em que se haja fundado o ato.”⁴²

Em inúmeros acórdãos, o STF decidiu pela inconstitucionalidade de decisões adotadas em concurso com ausência de adequada motivação. Em um destes acórdãos, diz o Ministro **Sepúlveda Pertence**: “*Além de inconciliável com a exigência constitucional do concurso público e com o princípio de isonomia, que a inspira, a eliminação de candidatos, mediante voto secreto e imotivado de um colegiado administrativo – ainda que se trate de um Tribunal – esvazia e fraudava outra garantia básica da Constituição, qual seja, a da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário: tanto vale proibir explicitamente a apreciação judicial de um ato administrativo, quanto discipliná-lo de tal modo que se faça impossível verificar em juízo a sua eventual nulidade.*”⁴³

E, assim, diante do descumprimento desse expressivo direito, a Constituição autoriza o *direito de petição*, previsto no art. 5º, XXXIV, ‘a’, *em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder*. Este direito de acesso à Administração para defesa de direitos, contra ilegalidades ou abuso do poder, legitima a pretensão do Recorrente em virtude da ausência de motivação do ato decisório de concurso público, na forma do art. 10 da Lei Estadual nº 10.177, de 1998: “a Administração **anulará** seus atos inválidos, de ofício ou *por provocação de pessoa interessada*.” E isso vale, igualmente, para a ausência de exame “circunstanciado” dos documentos comprobatórios do memorial, mediante atribuição de notas segundo pesos diferenciados, como para a suspeição de membro da Comissão Julgadora, como exposto acima.

42 RE 111400, STF, Min. CARLOS MADEIRA, Segunda Turma, julgado em 10/04/1987.

43 RE 194657, STF, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno, julgado em 04/10/2001.

IV - PEDIDO

Diante do exposto, demonstrado que a “indicação” do Professor Diogo Leite de Campos somente foi feita após conhecer as notas e indicações dos demais examinadores, e todo o Concurso viu-se decidido pela sua indicação com desobediência ao dever de motivar o critério de desempate, ainda que de modo verbal, ademais da falta de motivação “circunstanciada” dos memoriais e suspeição evidenciada de membro da Banca Examinadora, e como esses vícios frustraram o critério de classificação por notas, como exigidos pelo Regimento Geral da USP, bem assim os valores de motivação, imparcialidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e legalidade, requer o que segue:

I - Seja reconhecida a **nulidade** do Relatório Final da douta Comissão Julgadora, dada a ilegalidade decorrente da desobediência ao art. 4º da Constituição Estadual e, igualmente, ao art. 8º da Lei Estadual nº 10.177, de 1998, e regras regimentais aplicáveis, dentre outras, os art. 154, 155 e 159 do Regimento Geral da USP.

II – Decida, a egrégia Congregação da Faculdade de Direito, pela não homologação do Relatório final do referido Concurso Público, dados os limites de exame estritamente formal, em virtude da sua invalidade.

III - Por fim, em atenção ao princípio de eficiência da Administração Pública, que se delibere pela abertura de novo Concurso Público de Provas e Títulos para provimento do Cargo de Professor Titular de Direito Tributário, junto ao Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário – Área de Direito Tributário.

Termos em que pede deferimento.

São Paulo, 11 de novembro de 2010.

Professor Associado Heleno Taveira Torres

Candidato