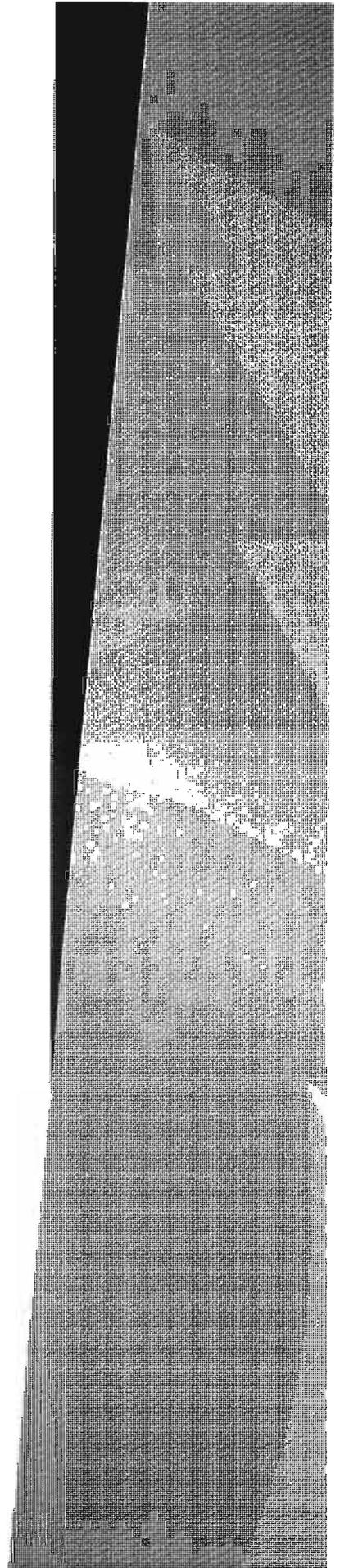


ITEM 9

(CONGREGAÇÃO/fevereiro/ 2011)

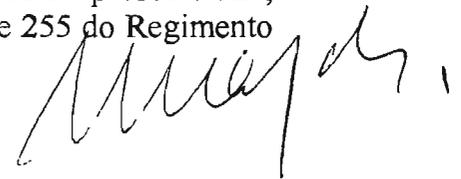
9. Recurso impetrado pelo candidato Heleno Taveira Torres. Concurso para Professor Titular. Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário. Candidatos: Estevão Horvath, Humberto Bergmann Ávila e Heleno Taveira Torres. Banca Examinadora: Professores Hermes Marcelo Huck, Eros Roberto Grau, Diogo José Paredes Leite Campos, Cesar Saldanha de Souza Junior e Luiz Edson Fachin - Edital 37/2009. Relatora: Profa. Titular Maria Sylvia Zanella Di Pietro (material a ser encaminhado).



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

A' ATE para dar ciência aos
demais interessados - Professores
Eliana Hoshino e Humberto
A' Costa -, com possibilidade de
apresentação de contra-razões /
art. 5º, LV, CF e art. 254 "caput",
RG-VIA), em 10 (dez) de
16.11.10

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,



Antonio Magalhães Gomes Filho
Diretor

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.


12/11/2010
Eloi de Araújo Carneiro
Assistente Acadêmica
Nº USP 2436132
16/10/5

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:

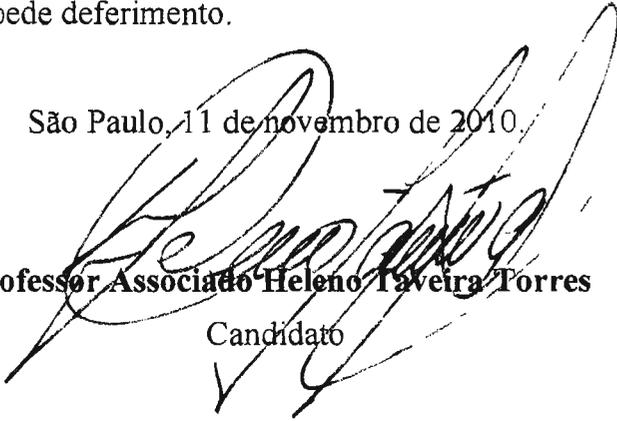
I - Seja reconhecida a **nullidade** do Relatório Final da douta Comissão Julgadora, dada a ilegalidade decorrente da desobediência ao art. 4º da Constituição Estadual e, igualmente, ao art. 8º da Lei Estadual nº 10.177, de 1998, e regras regimentais aplicáveis, dentre outras, os art. 154, 155 e 159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



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Faculdade de Direito

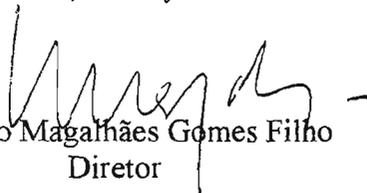
Largo de São Francisco

ASSUNTO: Recurso à Congregação contra decisão da Banca Examinadora do Concurso para Professor Titular junto ao Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário – Edital 37/2009.

Inclua-se na pauta da reunião da E. Congregação. A **Professora Titular Maria Sylvia Zanella Di Pietro** para o obséquio de relatar.

Em atenção ao art. 8º, parágrafo 2º, do Regimento Interno da Faculdade de Direito solicito que os **autos sejam devolvidos até a quarta-feira da semana anterior** à reunião da Congregação.

Faculdade de Direito, 26 de janeiro de 2010.


Antonio Magalhães Gomes Filho
Diretor

FACULDADE DE DIREITO DA USP

Processo nº 2009.1.402.2.8

Interessado: Faculdade de Direito

Assunto: Concurso para Professor Titular no Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário. Recurso contra deliberação da Banca Examinadora.

1. RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto pelo Professor Heleno Taveira Torres contra decisão da Banca Examinadora do Concurso para Professor Titular do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário – Área de Direito Tributário.

Para o concurso inscreveram-se três candidatos: Professores Estevão Horvath, Heleno Taveira Torres e Humberto Bergmann Ávila, todos portadores do título de Livre-Docente.

Participaram da Banca os Professores Hermes Marcelo Huck, desta Faculdade, (como Presidente), Eros Roberto Grau (Professor aposentado desta Faculdade), Diogo Leite de Campos (da Universidade de Coimbra), Cesar Saldanha de Souza Junior, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Luiz Edson Fachin, da Universidade Federal do Paraná.

Realizado o concurso no período compreendido entre 25 e 28.10.2010, consta da Ata de fls. 86/89 que, *“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, cargo este lotado junto ao Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário, conforme mapa de notas anexo”*.

Em 12.11.2010, o Professor Heleno Taveira Torres entrou com recurso contra a decisão da Banca Examinadora.

O recorrente começa por demonstrar que o prazo de dez dias para recorrer começou a correr no dia 3 de novembro, tendo em vista que no dia 29 a Faculdade esteve fechada por motivo de requisição pelo Tribunal Eleitoral e nos dias 1º e 2 de novembro não houve expediente por causa do feriado de finados.

No mérito, as suas alegações referem-se principalmente à forma como ocorreu o desempate na sessão final do concurso, porém apontando também vícios quanto à motivação da nota do memorial e à suspeição de um dos examinadores. Para ilustrar a

ocorrência do primeiro vício, o recorrente transcreve parte da gravação do momento em que houve a proclamação do resultado:

“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 fimdo) eu posso dar uma explicação pública?

HERMES MARCELO HUCK: pode.

DIOGO LEITE DE CAMPOS: 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 seicentos 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.”

Alega o recorrente que:

- a) o Professor Diogo Leite de Campos, ao fazer o desempate de suas indicações, apenas apresentou a razão pela qual atribuiu a nota nove aos candidatos, limitando-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;
- b) a indicação foi feita pelo Professor Diogo depois de conhecer as indicações feitas pelos demais membros da Banca, o que contraria as normas regimentais;

- c) não foi atendida a exigência de motivação, necessária para que o candidato pudesse conhecer a razão do resultado e possibilitar à Administração e ao Judiciário examinar a validade do ato; em favor de seu argumento, cita doutrina nacional e estrangeira,
- d) a exigência de motivação decorre do artigo 37 da Constituição, que impõe para a administração direta e indireta a submissão aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, no inciso II, estabelece que *“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 complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei”*; daí decorre o dever de motivação de todos e quaisquer atos decisórios pertinentes a concursos públicos para que os participantes e a coletividade possam saber, com transparência, se foram atendidos os critérios adotados na legislação de regência e os princípios assinalados;
- e) o dever de motivação está expressamente mencionado 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:
- f) a Constituição do Estado de São Paulo, no artigo 4º, estabelece que *“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”*; e, no artigo 111, ao indicar os princípios a que se submete a Administração, refere-se expressamente à **motivação**;
- g) a Lei estadual nº 10.177, de 30.12.1998, que regula os atos e procedimentos administrativos da Administração Pública do Estado de São Paulo, determina que, sempre que o ato for decisório ou constitutivo de nova situação jurídica, impõe-se o dever de motivação, como seu elemento de validade; a mesma lei, no artigo 8º, declara serem 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”*; pelo parágrafo único do mesmo dispositivo, *“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”*;
- h) pelos artigos 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 termino da apreciação de todas as provas, o examinador atribuirá a cada candidato nota final, que será a média ponderada das notas por ele conferidas; 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:

- i) pelo parágrafo único do artigo 160, poderão ser acrescentados relatórios individuais dos membros da banca em envelopes **lacrados**; nesse momento é que deveria ser feito o desempate, com indicação da respectiva justificativa;
- j) a motivação é mais relevante no caso de desempate, uma vez que os elementos antecedentes (classificação pela atribuição de notas) não foram suficientes para obter o resultado individual da indicação; na ausência das situações antecedentes para justificar a decisão, o desempate assume a função exclusivamente constitutiva de situação inovadora na esfera jurídica dos candidatos e denota ainda mais a gravidade da decisão;
- k) a USP tem aceito a possibilidade de, em caso de empate nas notas atribuídas pelo examinador, ser a indicação feita por outro critério que não o da nota, desde que essa indicação seja *devidamente justificada*; foi o que ocorreu no concurso do Departamento de Direito Civil, em que foi indicado o Professor Ignacio Maria Poveda Velasco (Processo nº 2004.1.19.25), e também em concurso realizado na Faculdade de Medicina da USP: em ambos, a indicação foi feita *motivadamente*, por outro critério que não a nota, tendo sido tal procedimento considerado válido no âmbito da USP e do Poder Judiciário; o mesmo ocorreu em concurso da FEA (Processo 95.1.498.12.9), em que a CLR definiu alguns critérios (que deixo para transcrever e comentar na fundamentação de meu voto);
- l) O desempate, por outro critério que não o da nota, não deve ser feito pelo examinador depois de conhecer as indicações feitas pelos demais examinadores, sob pena de ofensa aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativa; além disso, 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”*; justifica-se a norma pela intenção de preservar o sigilo quanto à nota individualmente atribuída por cada um dos examinadores e evitar a recíproca influência entre os mesmos, além de garantir a imparcialidade na avaliação dos candidatos;
- m) não foi levada em consideração pelos examinadores a diferença quantitativa e qualitativa das atividades acadêmicas e de produção intelectual entre os candidatos; embora reconheça que seja praxe nesta Faculdade atribuir a nota máxima a todos os candidatos, acrescenta que essa atitude é 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 recorrente apresenta gráfico, na p. 25, onde demonstra que, precisamente nos itens em que é atribuído peso 3 pelo Regimento Interno da Faculdade (art. 42, § 2º), a quantidade de títulos do Recorrente é muito superior;
- n) a falta de motivação clara e suficiente da nota de títulos contraria o disposto no artigo 155 do Regimento Geral, cujo parágrafo único determina que *“cada examinador elaborará parecer escrito circunstanciado sobre os títulos de cada candidato”*; e contraria também o artigo 8º, VI, da Lei

estadual nº 10.177, de 1998, por constituir-se no vício de motivação *insuficiente*, que constitui causa para invalidação do ato administrativo;

- o) um dos examinadores, Professor Cesar Saldanha de Souza Júnior, não poderia participar da banca por motivo de *suspeição*, o que se revela pelas seguintes razões: a forma hostil com que tratou, durante a arguição, os candidatos desta Faculdade; as referências que fez às derrotas que sofreu na USP, especialmente quando disputou a cadeira de Teoria Geral do Estado e teria ficado em segundo lugar “com muito orgulho”; as diferenças e rugas pessoais com o candidato Humberto Ávila, em torno de disputas internas, quanto à direção do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, atuação sobreposta na área de Direito Constitucional, levando-o, mesmo inconscientemente, a querer exportar o problema para esta Faculdade; em favor de sua alegação, o Recorrente invoca o artigo 12 do Código de Ética da USP, pelo qual “*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*”.
- p) o Professor César Saldanha era o penúltimo em uma lista de sete suplentes aprovados pela Congregação, somente participando após a desistência dos demais, não havendo tempo hábil para impugnação devido ao curto prazo que restou para a realização do concurso.

Com base nesses argumentos, que procurei resumir o quanto possível, o recorrente pleiteia:

“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.”

Recebendo o recurso, o Sr. Diretor determinou fosse dada ciência aos demais concorrentes, garantindo-lhes a possibilidade de apresentação de contrarrazões.

O Professor Estevão Horvath manifestou-se, declarando não ter a intenção de apresentar contrarrazões, mas a de deixar patentes as suas impressões acerca de alguns

dos fundamentos contidos no recurso, bem como de algumas circunstâncias pontuais acontecidas no decorrer do concurso:

- a) reconhece como incontestável a ausência de motivação do desempate, transcrevendo também o trecho da transcrição do Relatório da Banca Examinadora em que o Professor Diogo indicou um dos candidatos;
- b) observa que, *“por mais que se espere prevalecer uma certa dose de subjetivismo na avaliação de cada membro da Banca Examinadora, não parece razoável que um ato tão relevante como é aquele que serviu para desempatar a posição de dois candidatos com notas iguais atribuídas por um dos membros da Banca Examinadora - e que terminaria por atribuir a vaga almejada a um deles - possa não ser justificado”*: cita o artigo 93. IX e X, da Constituição, que exige motivação pelos tribunais, acrescentando que a exigência *“se estende ao âmbito administrativo, mesmo às Universidades, que desempenham papel de relevante interesse público e que servem como um “braço” do Estado para atingir objetivos constitucionalmente previstos”*;
- c) aponta também o descompasso entre as arguições, as provas de erudição e as notas atribuídas. Segundo o Professor Estevão, *“pode-se afirmar, sem receio de qualquer equívoco, que, no mais das vezes, os comentários, observações, críticas e elogios às teses e arguições realizadas não resultaram em avaliações compatíveis em termos de notas, por parte de alguns examinadores, notadamente os inclitos professores Cezar Saldanha de Souza Júnior e Diogo José Paredes Leite de Campos. O mesmo sucedeu com referência às notas da prova de erudição, por parte do primeiro nomeado. Não se refere somente às avaliações por este signatário obtidas, senão também às demais”*. Embora reconhecendo a inevitabilidade do uso de critérios subjetivos de avaliação – por mais objetivo que se deseja ser –, *“há um notório descompasso entre muitas das notas atribuídas e aquilo que realmente se passou nos dias do concurso, o que está a apontar, com todo o respeito aos integrantes da Banca Examinadora, indício de alguma injustiça de julgamento”*.

O Professor Humberto Bergmann Ávila apresentou as suas contrarrazões. De início, faz algumas considerações gerais, insurgindo-se contra o que chama de *“modo lamentável”* com que o recorrente refere-se ao interessado, aos membros da Banca Examinadora e à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. É o que ocorre quando se refere ao interessado como *“candidato externo”*; quando afirma que o Professor Cesar Saldanha de Souza Júnior estaria tentando fazer uma *“exportação do problema”*, sendo a expressão “problema” utilizada para qualificar o interessado; quando faz referência às *“manhas”* dos tribunais acadêmicos, às *“influências estranhas ao objetivo do Concurso”* e as possíveis *“interferências exógenas”*; é o que ocorre também quando alega a suspeição do Professor César Saldanha.

Quanto aos fundamentos do Recurso, alega o Professor Humberto Bergmann Ávila que:

- a) O Regimento Geral da USP e o Regimento da Faculdade de Direito não exigem a elaboração de parecer circunstanciado da indicação pelos examinadores, tampouco a inserção deste parecer em envelope fechado;
- b) a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando proferiu voto relativo ao concurso para Professor Titular do Departamento de Direito Civil, ao entender necessária essa formalidade, concluiu que o seu desatendimento configuraria, no caso, mera irregularidade e não acarretaria a nulidade do concurso;
- c) o artigo 160 do Regimento Geral é expresso ao dispor que a Comissão Julgadora *poderá* acrescentar relatórios individuais dos examinadores, o que significa que se trata de *faculdade* que cabe ao Presidente da Banca exercer ou não;
- d) a legislação não exige a motivação das indicações individuais dos examinadores. porquanto *“essas indicações são apenas atos instrutórios ordinatórios, que se destinam a instrumentar e preparar as condições da decisão final da Banca Examinadora, qual seja, a nomeação de um candidato para o preenchimento da vaga”*;
- e) o artigo 22 da Lei estadual nº 10.177, ao mencionar os requisitos de validade a serem observados nos procedimentos administrativos, fala em *“quando for o caso, despacho ou decisão motivados”*;
- f) quando feita a indicação pelo Professor Diogo José Paredes Leite de Campos, houve, sim *“evidente motivação”*;
- g) a nulidade do concurso somente poderia ser declarada diante de vício de tal gravidade que comprometesse, de maneira irreversível e insanável todo o procedimento: em favor de seu entendimento, menciona e junta às suas contrarrazões parecer proferido pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello com relação ao já referido concurso do Departamento de Direito Civil, em que o ilustre jurista, a partir do princípio de que *“utile per inutile non vitiatur”*, defende que, estando o vício apenas na indicação, não macula o resto do procedimento;
- h) os vícios apontados pelo Recorrente seriam meras “irregularidades”, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, por ele transcrita; em abono de sua afirmação, o Recorrente cita dois acórdão do Superior Tribunal de Justiça em que se decidiu pela impossibilidade de invalidação dos concursos a ele submetidos,
- i) o princípio já referido – *utile per inutile non vitiatur* – permitiria à Congregação, em caso de reconhecer a nulidade da indicação, por falta de motivação, aplicar o artigo 161, § 3º, do Regimento Geral da USP, segundo o qual, em caso de empate, o desempate é feito pela Congregação; nesse caso, tendo o interessado média geral mais alta do que a do Recorrente, seria proclamado vencedor;

- j) o antecedente citado pelo Recorrente (concurso do Departamento de Direito Civil) não o beneficia porque naquele caso o candidato com maior número de indicações não era o candidato com maior média geral, diferentemente do que se dá no caso ora sob apreciação; naquele concurso, a Congregação decidiu não homologar o concurso, porque, se o fizesse, modificaria o resultado do concurso; porém, o Judiciário considerou válida a indicação do quinto examinador;
- k) a atribuição de notas de títulos foi feita em consonância com os artigos 154 e 155 do Regimento Geral e artigos 42 e 43 do Regimento da Faculdade de Direito da USP; todos os membros da Banca atribuíram notas idênticas aos candidatos na prova de títulos;
- l) o que o Recorrente pretende é a revisão do merito do ato, o que não é aceito pela jurisprudência citada nas contrarrazões;
- m) o Recorrente aponta a diferença *quantitativa* dos títulos, mas silencia com relação à *qualidade* dos trabalhos;

Por ultimo, o interessado, em suas contrarrazões contesta as alegações do Recorrente quanto à suspeição do Professor César Saldanha.

Em suas conclusões, o interessado solicita seja negado provimento ao recurso, a fim de que seja homologado o Relatório da Banca Examinadora, com o conseqüente ato de nomeação. Caso a Congregação entenda que houve falta de fundamentação na indicação feita pelo Professor Diogo José Paredes Leite de Campos, solicita que apenas esse ato seja invalidado, aplicando-se o artigo 161, § 3º, do Regimento Geral da USP, o que também resultaria em homologação do Relatório da Banca Examinadora.

Por despacho de 26.1.2011, o processo foi incluído na pauta da reunião da E. Congregação e a mim distribuído para relatar

É o relatório.

2. ANÁLISE DOS VÍCIOS APONTADOS PELO RECORRENTE

Pelo exposto, verifica-se que o Recorrente aponta quatro tipos de ilegalidades na realização do concurso:

- a) inexistência de motivação quanto à indicação feita pelo Professor Diogo José Paredes Leite Campos;
- b) indicação feita pelo mesmo professor após conhecer as indicações dos demais membros da Comissão Julgadora;
- c) insuficiente motivação das notas atribuídas à prova de títulos pelos membros da Comissão Julgadora;
- d) suspeição do Professor Cesar Saldanha de Souza Junior.

O recurso foi interposto no prazo previsto no artigo 254 do Regimento Geral da USP, conforme demonstrado pelo Recorrente, merecendo ser recebido pela E. Congregação.

Cada uma das alegações sera objeto de análise. Porém, antes, será necessário tecer considerações sobre o empate nas indicações.

2.1. DO EMPATE NAS INDICAÇÕES

Antes de entrar na análise deste aspecto, julgo oportuno esclarecer que esta é a terceira vez que examino recursos interpostos contra Comissões Julgadoras de concursos para Professor Titular. Nas vezes anteriores, defendi a possibilidade de indicação por outro critério que não o das notas. Jamais sugeri que esse critério fosse o adotado para fins de indicação individual feita pelos membros das comissões; o meu intuito, no primeiro parecer – proferido em 1991, antes ainda de assumir o cargo de Procurador Chefe da Consultoria Jurídica da USP - foi o de defender a legalidade de um concurso já findo, realizado na Faculdade de Medicina da USP. Embora tivesse defendido a validade do concurso, continuo achando que o melhor critério é o de atribuição de notas e que todos os membros convidados para participar de bancas, nesta Faculdade, principalmente os que venham de outras Universidades, sejam orientados nesse sentido.

Naquele primeiro concurso, de que participaram quatro candidatos, todos obtiveram a média 10 com todos os membros da banca. Lembro-me claramente da explicação que me foi dada pelo Presidente da Banca, dr. Antranik Manissadjian: todos os candidatos mereciam a nota 10; seria injusto diminuir as notas, com o intuito de indicar um para o cargo. Em razão disso, os membros da banca entenderam que seria mais justo manter a nota 10, atribuída a todos, e fazer a indicação por outro critério. Consta do relatório final do concurso que *“as justificativas das indicações seguem em anexo”*. E, em anexo ao relatório final, foram juntados os termos de **“indicação de candidato e justificativa”**

Na realidade, o que a banca fez foi considerar a *indicação* como elemento desvinculado da média atribuída a cada candidato por cada um dos seus membros. Segundo explicação verbal dada pelo Professor Antranik, esse procedimento resultou de interpretação dada, pela comissão, ao artigo 159, parágrafo unico, do Regimento Geral da USP, em cujos termos *“cada examinador fará a classificação, segundo as notas finais por ele conferidas, e indicará o candidato para preenchimento da vaga existente”*.

Naquela oportunidade, fiz uma análise da evolução dos critérios para indicação de Professor Titular na USP. A minha conclusão foi a de que, pelo atual Regimento Geral, é possível interpretar-se as normas regimentais pela forma por que o fez a Faculdade de Medicina.

O mesmo entendimento foi por mim adotado quando, em voto-vista proferido no concurso do Departamento de Direito Civil, repeti a análise da evolução dos critérios, para considerar como valida a indicação de um dos candidatos, feita pelo Professor

Antônio Junqueira de Azevedo, por outro critério que não o das notas. Também manifestei o meu entendimento de que a indicação, nesse caso, além de *justificada*, deve ser feita em envelope lacrado, para preservar o sigilo das notas, só quebrado no momento da proclamação. Naquele concurso, a indicação feita pelo Professor Antônio Junqueira de Azevedo foi justificada publicamente, no momento da abertura dos envelopes lacrados que continham as notas. Entendi que, naquele caso, a indicação, pela forma como foi feita, constituía mera irregularidade formal, que não justificava a invalidação do concurso.

Permito-me, novamente, transcrever o trecho dos pareceres anteriores, em que faço análise da evolução normativa quanto ao assunto, por me parecer que ela é útil para fins de interpretação do atual Regimento Geral da USP.

No Decreto nº 39, de 3.9.1934, a escolha do vencedor decorria diretamente das notas atribuídas: venceria o candidato que obtivesse "*maioria de classificações parciais em primeiro lugar*" (art. 91, itens 3, 4 e 5).

No segundo Estatuto da USP, aprovado pelo Decreto nº 40.346, de 7.7.1962, não havia vinculação entre a média atribuída ao candidato e a indicação; aliás, ficava a critério de cada membro da Comissão *propor ou não*, dentre os habilitados, aquele que devesse ser provido na cátedra, ele fala da competência da Comissão Julgadora para *habilitar* ou não cada um dos candidatos e para *propor ou não, justificadamente, aquele que deva ser provido na cátedra* (art. 88, III e IV); dessa forma, deixou bem claro que a habilitação não era suficiente, sendo necessária também a indicação.

O Estatuto posterior, aprovado pelo Decreto nº 52.326, de 16.12.69, nada dispôs a respeito, determinando, no artigo 100, que "*o Regimento Geral disciplinará os concursos pertinentes à carreira docente*". Por sua vez, no Regimento aprovado pelo Decreto nº 52.906, de 27.3.72, as normas eram as mesmas para os concursos de livre-docência e de Professor Titular embora a redação fosse um pouco diferente em relação ao Estatuto de 1962, na realidade manteve-se a mesma sistemática, porque não se falava em *classificação* dos candidatos pela média atribuída a cada candidato por cada membro da banca; falava-se em *habilitação* (186, § 1º) e falava-se em *justificação das indicações* feitas (caput do art. 186). Em nenhum momento se estabelecia que o critério a ser adotado para a *indicação* fosse o da maior média parcial, como exigia o Estatuto de 1934.

O certo é que tanto o Estatuto de 1962 como o Regimento Geral de 1969 exigiam, para provimento no cargo de Professor Titular, dois requisitos: *aprovação* pela maioria dos examinadores e *indicação* pela Comissão Julgadora. A aprovação resultava da nota atribuída; a indicação resultava de critérios apontados pela Comissão Julgadora na *justificativa da indicação* feita. Nada impedia que esse critério fosse o da média parcial obtida com cada membro da Comissão. Não teria qualquer sentido a lei exigir *indicação* se a simples aprovação fosse suficiente para a escolha do vencedor.

Note-se a repetição da exigência de *justificativa* para as indicações.

O atual Regimento Geral da USP, aprovado pela Resolução nº 3745, de 19.10.90, adota normas semelhantes, mas volta a falar em *classificação* no artigo 159, parágrafo único, assim redigido.

“Cada examinador fará a classificação, segundo as notas finais por ele conferidas, e indicará o candidato para preenchimento da vaga existente”.

A redação utilizada dá a ideia de que há uma relação entre a classificação e a indicação. Caso contrário, nenhuma razão haveria para a norma exigir que cada membro da comissão classificasse os candidatos segundo as notas finais por ele conferidas.

Mas a redação permite também outra interpretação, que acabou por prevalecer no âmbito da USP. Isto porque o dispositivo contém duas determinações dirigidas ao examinador: uma para que faça a classificação e outra para que faça a indicação.

Comparando os vários dispositivos sobre o assunto, verifica-se o seguinte:

- a) o primeiro, de 1934, exigia apenas classificação: era classificado em primeiro lugar o candidato que houvesse alcançado maioria de classificações parciais em primeiro lugar;
- b) o segundo, de 1962, falava apenas em habilitação e dava competência à Comissão Julgadora para propor ou não, dentre os habilitados, aquele que devesse ser provido na cátedra; deixou bem clara a ideia de que a habilitação não era suficiente: era necessária também a indicação;
- c) o terceiro, de 1969, falava em habilitação pelos examinadores e indicação pela Comissão Julgadora;
- d) o quarto, que está atualmente em vigor, fala em classificação e indicação pelos membros da Comissão Julgadora.

Note-se que pelo segundo e terceiro regulamentos, a função dos examinadores era a de habilitar ou não cada candidato; a indicação de um dos habilitados podia ou não ser feita pela Comissão.

Comparando-se o dispositivo do Regimento atual com o anterior, verifica-se que, ao falar em classificação, a norma em vigor quis acrescentar um “plus” e, provavelmente, corrigir uma falha da norma anterior, que nem falava em classificação, nem estabelecia critérios de desempate entre notas iguais atribuídas pelo mesmo examinador.

Ocorre que a classificação não afasta, por si, a possibilidade de empate, pois exige sejam postas na mesma classe ou categoria os candidatos que apresentam o mesmo nível de provas. Em qualquer concurso público, são frequentes os empates na classificação, de modo que as respectivas leis normalmente estabelecem critérios de desempate.

O Regimento atual repete a mesma falha do anterior: deixa de determinar que *“em caso de empate, o examinador fará o desempate”*, à semelhança do que estabelece, no artigo 142, parágrafo único, para o concurso de Professor Doutor. O sistema é praticamente o mesmo nos dois concursos: o examinador atribui a nota e classifica os

candidatos, sendo vencedor aquele que obtiver maior número de indicações. Só que, para o concurso de Professor Doutor, é estabelecida expressamente a obrigatoriedade de desempate por cada examinador, o que não ocorre no concurso para Professor Titular.

Poder-se-ia, em apressada leitura, concluir que, sendo diversas as normas, a interpretação não poderia ser a mesma. No entanto, não obstante essa diversidade, tem-se que entender que, em ambas as hipóteses, se aplica a mesma sistemática de desempate. Isto porque o Regimento, no artigo 159, parágrafo único, fala em **classificação e indicação** como dois atos diversos, trazendo norma que não constava do Regimento anterior; e o artigo 161, § 2º, determina que “*será proposto para nomeação o candidato que obtiver maior número de indicações da Comissão Julgadora*” (e não de “maioria de classificações parciais em primeiro lugar”, como estabelecia o Estatuto de 1934).

Por outras palavras, se o Regimento atual, com a norma do artigo 159, parágrafo único, alterou, ainda que parcialmente, a sistemática do Regimento anterior, algum sentido tem que ser extraído dessa inovação. A norma exige que o examinador, não apenas **classifique** os candidatos dentro de determinado nível, de acordo com as notas obtidas, mas também que **indique** o candidato que, a seu ver, deve ser provido. A regra geral é no sentido de que se considere como indicado o candidato melhor classificado pelo examinador, hipótese em que a classificação coincide com a indicação. Em havendo empate das notas, o examinador deve necessariamente desempatar.

No concurso da Faculdade de Medicina, em que proferi parecer defendendo a validade do desempate feito por outro critério que não o da nota, o assunto foi examinado pela CLR – Comissão de Legislação e Recursos e pelo Conselho Universitário, prevalecendo o entendimento de que é possível a indicação do candidato por outro critério que não o da nota, na hipótese em que o examinador dê nota idêntica a dois ou mais candidatos. A questão foi levada ao Poder Judiciário, que acolheu o entendimento da USP, seja em primeira instância (em decisão proferida em 11.9.92, pela MM. Juíza da 12ª Vara da Fazenda Pública, no Processo nº 912/92), seja no Tribunal de Justiça, na Apelação Cível nº 194 550-1/5.

Posteriormente, no Processo 95.1.496.12.9, de interesse do Professor Doutor Isak Kruglianskas, da FEA, a CLR voltou a examinar o assunto, aprovando parecer do relator (Professor Walter Colli), no qual ficaram definidos alguns pontos que nos permitimos transcrever:

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 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.

Firmado o entendimento de que é possível ao examinador atribuir igual nota a dois ou mais candidatos e fazer a indicação por outro critério, não temos dúvida em afirmar, diante do artigo 159, parágrafo único, do Regimento Geral da USP e diante do entendimento já adotado pela CLR e acolhido pelo Conselho Universitário, que o Professor Diogo José Paredes Leite de Campos estava obrigado a indicar um deles.

A hipótese colocada pelo candidato Umberto Bergmann Ávila de ser invalidada apenas a indicação feita pelo Professor Diogo e submetido o desempate das indicações à Congregação não tem fundamento nas normas regimentais da USP.

Não só porque, pelo já citado artigo 159, parágrafo único, cada examinador *fará* a classificação e a indicação, como também porque *existem duas hipóteses distintas de empate*: (a) uma é o empate nas notas atribuídas por um examinador (como ocorreu no concurso ora impugnado) ou por todos os examinadores (como ocorreu no já referido concurso da Faculdade de Medicina); (b) outra é o empate nas indicações feitas pela Comissão Julgadora. No primeiro caso, ao próprio examinador cabe, obrigatoriamente, proceder ao desempate; ele não tem a possibilidade de indicar os três candidatos, atribuindo-lhes nota igual (como fez o Professor Diogo) e deixar o desempate para a Congregação; se não quis classificar pelas notas, teria forçosamente que indicar por outro critério que não o das notas. No segundo tipo de empate, a competência é da Congregação, segundo critérios objetivos fixados no artigo 161, § 3º, do Regimento. Por outras palavras, depois de superado o empate de indicações feitas individualmente por cada examinador, se houver dois candidatos com duas indicações, o desempate, aí sim, será feito pela Congregação.

Do mesmo modo, também existem *duas hipóteses de indicação*: existe a indicação feita individualmente por cada um dos examinadores (a qual, em regra, coincide com a maior média atribuída aos candidatos) e existe a indicação final feita pela Comissão (que corresponde à maioria das indicações individuais). O próprio Regimento Geral fala de indicação em dois momentos diversos: no artigo 159, parágrafo único, determina que cada examinador fará a classificação, segundo as notas finais por ele conferidas, e *indicará* o candidato para preenchimento da vaga existente; e o artigo 160, *caput*, estabelece que, findo o julgamento, a comissão julgadora elaborará relatório circunstanciado, justificando a *indicação* feita. Na realidade, esta segunda hipótese de indicação constitui ato vinculado e meramente declaratório da comissão julgadora. Ela só pode indicar o candidato que obteve maior número de indicações pelos examinadores.

O segundo tipo de empate somente é possível quando haja mais de dois candidatos: dois examinadores indicam um candidato; dois indicam outro candidato e

um examinador indica um terceiro candidato. Nesse caso, a Congregação decidirá pelos critérios do artigo 160, sendo o primeiro deles o da maior média geral. É a única situação em que a maior média geral importa para o resultado final do concurso.

Pelas mesmas razões, não é aceitável, no âmbito desta Universidade, a tese defendida pelo ilustre Professor Celso Antonio Bandeira de Mello no parecer elaborado a pedido do Professor José Rogério Cruz e Tucci, em relação ao já citado concurso realizado no Departamento de Direito Civil. Naquele parecer, anexado às contrarrazões do Professor Umberto Bergmann Avila, o Professor Bandeira de Mello, defendendo o entendimento de que é possível a invalidação parcial do procedimento, a partir do princípio *utile per inutile non vitiatur*, conclui que: *“I – A proclamação do resultado do concurso em apreço para professor titular foi manifestamente viciada tendo ocorrido visível contrariedade ao art. 159 do Regimento Geral da Universidade. II – Reconhecida pela Congregação da Faculdade de Direito a nulidade da proclamação do resultado do aludido concurso, deveria ela, como única forma de atender ao direito vigente, aplicar a regra do § 3º do art. 161 do Regimento Geral da USP, ou seja, considerar vencedor do certame o Consulente, prof. José Rogério Cruz e Tucci”*.

Não é da competência da Congregação alterar o resultado do concurso, como ocorreria se acolhido o parecer do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. A ela cabe apenas homologar, se o procedimento estiver isento de vícios, ou não homologar se reconhecer a existência de vício insanável. Caso contrário, a Congregação estaria se substituindo à Comissão Julgadora. É o que decorre do artigo 162 do Regimento Geral da USP, cujo *caput* determina que *“o relatório da comissão julgadora deverá ser apreciado pela Congregação, para fins de homologação, após exame formal, no prazo máximo de sessenta dias”*.

2.2. DA INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO

Partindo-se do pressuposto de que o desempate, pelo Professor Diogo, era obrigatório, restam duas questões pertinentes à motivação: em primeiro lugar, definir se ela foi feita; em segundo lugar, definir se ela era juridicamente obrigatória.

Umberto Bergmann Avila, em suas contrarrazões, afirma que *“há, sim, evidente motivação na indicação formalizada pelo Professor Diogo José Paredes Leite de Campos, qual seja, a melhor adequação do ora Interessado em comparação com o Recorrente, o que reflete a escolha daquele examinador, não obstante o empate das notas por ele atribuídas aos candidatos”*.

Essa afirmação, com o devido respeito que merece o candidato, é desmentida pela gravação da sessão final do julgamento (transcrita pelo Recorrente) e testemunhada por todo o público presente no salão nobre da Faculdade de Direito da USP. O Professor Diogo em nenhum momento fez qualquer comparação entre os três candidatos, até porque atribuiu nota igual a todos em todas as provas: o que permite concluir que, em sua avaliação, todos eram de igual nível. Ele expressamente afirmou que *“nove é a expressão da mais alta consideração e apreço que posso inlicar a alguém”*. Vale dizer que, de público, ele expressou a sua mais alta consideração e apreço igualmente aos três candidatos. A seguir, apresentou a razão pela qual não atribuiu, em hipótese alguma, nota superior a nove a nenhum candidato: *“é que ninguém é perfeito nem nunca será perfeito. São suas palavras, literalmente: “Sabendo que esta pessoa, apesar de tudo, não é perfeita. Pronto. Nem nunca seria perfeita”*. Depois acrescentou que, embora não

gostasse de ser juiz, tinha que escolher um dos candidatos, afirmando: “*E o candidato que vou escolher é o Dr. Humberto Ávila*”. Não acrescentou qualquer justificativa.

Pode-se afirmar, sem receio de errar, que não houve qualquer tipo de *motivação*, entendida como exposição das razões de fato e de direito que levam a uma decisão; e que nenhum juiz, em qualquer fase do processo, poderia decidir dessa forma, que se pode taxar de arbitrária.

Resta a outra indagação: essa *motivação* era obrigatória, sob o ponto de vista jurídico?

Nas duas situações em que anteriormente me manifestei, houve *motivação* expressa do ato pelos quais os examinadores que empataram as notas fizeram a sua indicação. No concurso da Faculdade de Medicina, constou do relatório final da comissão julgadora que “*as justificativas das indicações seguem em anexo*”. E realmente o relatório foi acompanhado dos “*termos de indicação de candidato e justificativa*”. Na conclusão do parecer, expressamente afirmei que “*o desempate por via de indicação justificada alcança os mesmos objetivos que o desempate por via de redução das médias atribuídas pelo examinador*” (grifo no original).

No concurso do Departamento de Direito Civil (Processo nº 2004.1 19.2.5), o Professor Antonio Junqueira de Azevedo indicou o Professor Ignácio Maria Poveda Velasco, publicamente declarando a razão de sua escolha. “*porque e o regente atual da cadeira*”. Vale dizer que, embora avaliando igualmente os dois candidatos, atribuindo-lhes a mesma média nas notas, entendeu que um deles, por já ser o regente da cadeira, deveria ser indicado para o cargo.

Também no concurso para Professor Titular do Departamento de Direito do Estado – área de Direito Constitucional – do qual participei como membro da comissão julgadora - houve empate na indicação feita pelo Professor Jorge Miranda. O desempate foi feito publicamente, sob a justificativa de que o candidato indicado era mais da área do direito constitucional do que o outro.

No concurso de que ora se trata não houve *indicação justificada*. Não houve qualquer *motivação*.

Por tudo o que consta do direito positivo brasileiro (amplamente analisado pelo Recorrente): por tudo o que ensina a doutrina; por tudo o que é definido pela jurisprudência, especialmente, por tudo o que tenho escrito, falado e defendido, eu não poderia, de modo algum, concluir que a *motivação* não seria necessária ou que a sua ausência não seria suficiente para invalidar todo o procedimento. Note-se que na própria Faculdade de Medicina, a Comissão Julgadora teve a intuição, a partir das normas regimentais, de que a justificativa para as indicações era necessária.

Permito-me transcrever o que disse a respeito da *motivação* na tese sobre discricionariedade administrativa com a qual obtive o cargo de Professor Titular de direito administrativo:

“A motivação é necessária tanto para verificação da existência ou veracidade dos motivos invocados, como para verificação da adequação entre os motivos e o resultado obtido.....”

A motivação, embora não inserida expressamente na Constituição Federal entre os princípios impostos à Administração Pública, está nela implícita, porque é inerente ao princípio da legalidade e, em especial, ao do devido processo legal; e é indispensável até para que os cidadãos possam exercer o seu direito à informação, pois, sem a motivação, não lhes é possível conhecer as razões que serviram de fundamento à decisão administrativa; é essencial para o exercício do direito de defesa e para a garantia do contraditório, além de ser elemento indispensável a servir de base para o controle dos atos administrativos, seja para fins de controle interno pela própria Administração, seja para fins de controle externo exercido pelo Poder Legislativo, seja, ainda, para fins de controle judicial. Em síntese, a motivação constitui garantia de legalidade dos atos administrativos.” (Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 207-208).

Baseei-me, na época, nas lições de autores nacionais e estrangeiros; fundamentalmente, levei em conta a lição do Professor Antonio Carlos de Araújo Cintra, exposta em sua tese sobre *motivo e motivação do ato administrativo* (São Paulo: RT, 1974). Nem há necessidade de citação de muita doutrina, porque acredito ser pacificamente aceita pela doutrina a necessidade de motivação de todos os atos administrativos.

No direito positivo, a exigência de motivação nas administrativas e judiciais do Poder Judiciário está prevista no artigo 93, IX e X, da Constituição Federal. Na Constituição do Estado de São Paulo, é exigida no artigo 4º e está incluída entre os princípios, indicados no artigo 111, a que se submete a Administração Pública. Na Lei nº 9.784, de 20.1.99 (que regula o processo administrativo na esfera federal), está referida, no artigo 2º, como *princípio* inerente aos processos administrativos; no artigo 50, são indicadas algumas hipóteses específicas em que a motivação é obrigatória, dentre elas, os atos administrativos que “*neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses*” e os que “*decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública*”. Na Lei paulista nº 10.177, de 30.12.98, consta a exigência de motivação no artigo 4º, ao lado de outros princípios da Administração Pública, e, no artigo 8º, consideram-se inválidos os atos administrativos por “*inexistência ou impropriedade do motivo de fato ou de direito*”.

A jurisprudência é farta em decisões que reconhecem a necessidade de motivação. Para ficar com decisões do Supremo Tribunal Federal, posso citar pelo menos duas que se referem a concursos públicos:

- No Recurso Extraordinário nº 11.411-8-RJ (in RTJ 122/1130), a Corte considerou inaceitável o “*juízo de consciência*” feito por uma comissão administrativa como condição de ingresso na magistratura, dizendo que, além de ofender à regra constitucional que exige concurso público, a exigência “*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*”. Embora reconhecendo a presença de certo grau de discricionariedade, o acórdão deixa expresso ser também “*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 intolerável - ou, pelo menos - o que é equivalente - torna inviável a revelação ao Judiciário dos motivos em que se haja fundado o ato”.

- No Recurso Extraordinário 194657/RS, o Relator, Min. Sepúlveda Pertence, praticamente repete as mesmas frases contidas no acórdão anterior, ao afirmar que *“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 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”*

Vale dizer que o STF não aceita como válidos os testes, entrevistas e exames, inclusive psicotécnicos, sigilosos ou subjetivos. Nesse sentido: RE 326349, AgR Rel. Min. Gilmar Mendes; e RE 342074, AGr Rel. Min. Mauricio Corrêa (apud Fabrício Motta. *Concurso público*. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2005, p. 151).

Poder-se-ia argumentar que, no caso de que se trata, a indicação constituía ato discricionário do examinador: como também se poderia alegar que existe certa dose de subjetivismo na indicação. Mas tais afirmações têm que ser aceitas dentro de limites razoáveis. A atribuição de nota traz em si uma avaliação. No caso em análise, o Professor Diogo igualou os candidatos ao atribuir-lhes notas idênticas. Ao indicar o Professor Umberto Bergmann Ávila, ele os desigualou. Resta a questão: qual o critério utilizado para essa desigualação?

Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu livro sobre *“O conteúdo jurídico do princípio da igualdade”* (São Paulo: RT, 1978, p. 24), analisando em profundidade o princípio da igualdade, afirma que *“as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida”*. E acrescenta que, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a *“impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas”*.

Foi exatamente o que o Professor Diogo fez: uma desequiparação injustificada ou, pelo menos, sem justificativa declarada, com o que subtraiu aos demais candidatos, que foram preteridos, o direito de conhecer as razões da escolha e de verificar a sua aceitabilidade ou razoabilidade. Como também retirou aos órgãos de controle a possibilidade de verificação da legalidade da escolha.

Não poderia deixar de lembrar também a lição do Professor José Cretella Júnior quando aponta a *motivação insuficiente* como indicio de desvio de poder. Depois de ressaltar a dificuldade de demonstrar a ocorrência de desvio de poder, porque o agente não declara a sua verdadeira intenção, procurando ocultá-la para produzir a enganosa impressão de que o ato é legal, acrescenta que o desvio de poder comprova-se por meio de *indícios* ou, na expressão do ilustre Professor, *“sintomas”*, dentre eles, em primeiro lugar, *“a motivação insuficiente”* (Do ato administrativo. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 209-210).

E, realmente, assim e. Como saber as razões da indicação? Foi por simpatia pessoal? Foi para atender a pedido ou sugestão de terceiro? Foi para acompanhar a indicação de algum outro membro da banca que, a seu ver, mereceria maior crédito? Se os três candidatos mereciam a mais alta consideração e tiveram igual avaliação, qual o critério da escolha?

Os três candidatos eram de ótimo nível. Não o negam as notas que lhes foram atribuídas. Todos têm o direito de conhecer a razão da preferência pessoal do examinador que, depois de igualá-los na avaliação, os desigualou de forma que, podendo revestir-se de certa dose de discricionariedade, acabou por apresentar-se publicamente como arbitrária. E exatamente nas decisões discricionárias que a exigência de motivação se impõe mais acentuadamente. O próprio corpo docente e discente desta Faculdade tem o direito de conhecer a razão pela qual um professor que é da casa foi preterido na indicação feita por um examinador, quando este atribuiu igual nota a ambos.

Entendo que a ausência de motivação é suficiente, por si, para levar à invalidação do procedimento. Não é aceitável a tese defendida pelo Professor Humberto Bergman Ávila de que, no caso, não teria ocorrido ilegalidade, mas mera *irregularidade formal*. O próprio texto por ele transcrito, da lavra do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, afasta a possibilidade de considerar a ausência de motivação como mera irregularidade. Nas palavras do ilustre Professor Celso Antônio, "*atos irregulares.....são aqueles padecentes de vícios materiais irrelevantes, reconhecíveis de plano, ou incursos em formalização defeituosa consistente em transgressão de normas cujo real alcance é meramente o de impor a padronização interna dos instrumentos pelos quais se veiculam os atos administrativos*". Não acredito, de forma alguma, que o Professor Celso Antônio, em algum ponto de sua vasta obra, incluísse a exigência de motivação entre as normas cujo real alcance fosse o de impor a padronização interna dos instrumentos pelos quais se veiculam os atos administrativos. O trecho transcrito por Umberto Ávila não foi escrito a propósito de concurso público. Em seu *Curso de Direito Administrativo* (27ª Ed., São Paulo: Malheiros, p. 112-113), depois de apontar o fundamento constitucional da motivação, acrescenta que "*atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário...*". A motivação decorre de preceitos constitucionais que têm por objetivo garantir a publicidade, o devido processo legal e o controle. A motivação constitui requisito de validade dos atos administrativos.

2.3. DO MOMENTO DO DESEMPATE

Alega o Recorrente que o desempate nas indicações feitas pelo Professor Diogo não poderia ser feito após ter conhecimento das indicações feitas pelos demais membros da Comissão Julgadora

Também já me manifestei sobre o tema ao proferir o meu voto-vista no caso do concurso do Departamento de Direito Civil. Naquela oportunidade, demonstrei que, lendo os artigos 154 a 161 do Regimento Geral da USP, a sequência dos atos do julgamento seria a seguinte:

- a) após o término de cada uma das provas, os examinadores atribuem a respectiva nota, encerrando-a em envelope individual (art. 155 e 156, § 3º);

b) ao término da apreciação de todas as provas, cada examinador atribui a cada candidato a nota final, que será a média ponderada das notas por ele conferidas (art. 159, *caput*) e indicará o candidato para preenchimento da vaga existente (art. 159, parágrafo único); NESSE MOMENTO É QUE DEVE SER FEITO O DESEMPATE POR OUTRO CRITÉRIO QUE NÃO O DA NOTA;

c) findo o julgamento, a comissão julgadora elaborará relatório circunstanciado, justificando a indicação feita, com a possibilidade de acrescentar ao relatório da comissão julgadora os relatórios individuais de seus membros, se houver (art. 160 e seu parágrafo único); AQUI DEVERIA SER JUNTADO O RELATÓRIO INDIVIDUAL DO PROFESSOR QUE DESEMPATOU AS NOTAS;

d) a seguir, o resultado do concurso será imediatamente proclamado pela comissão julgadora, em sessão pública, sendo considerados habilitados os candidatos que obtiverem, da maioria dos examinadores, nota final mínima sete, e sendo proposto para nomeação o candidato que obtiver maior número de indicações da comissão julgadora (art. 161, §§ 1º e 2º); aqui termina o trabalho da comissão julgadora;

e) apenas se houver empate, nas indicações, será o mesmo decidido pela Congregação, ao apreciar os relatórios da comissão julgadora, prevalecendo, sucessivamente, a média geral obtida, o maior título universitário e o maior tempo de serviço docente na USP (art. 161, § 3º).

No âmbito desta Faculdade, sistematicamente vem sendo deixada de lado a fase indicada no item “b”, supra, na qual, nos termos do artigo 159, *caput* e parágrafo único, cada examinador atribui a nota final que será a média ponderada das notas por ele conferidas e indicará o candidato para preenchimento da vaga. Normalmente, o que se faz é abrir os envelopes em público, com a divulgação das notas e só após essa leitura é que se calculam as médias, também em público, e se proclama o vencedor. Rigorosamente, não há impedimento a que assim se proceda, uma vez que o usual é que a classificação coincida com a indicação. Ocorre que, nos casos em que haja empate nas notas de um dos examinadores, melhor seria se tivesse sido observado rigorosamente o procedimento previsto no Regimento. Por outras palavras, a indicação deveria ser feita pelo Professor Diogo e ter constado de relatório parcial também inserido em envelope fechado para ser aberto no momento da apuração do resultado. Foi o que também defendi em relação ao concurso do Departamento de Direito Civil.

Não assiste razão ao Professor Umberto Bergmann Ávila quando afirma que o Regimento não prevê os relatórios parciais. O artigo 160, parágrafo único, expressamente faz essa previsão. Embora o emprego do verbo “poder” dê a ideia de que tais relatórios são facultativos, na realidade, eles tornam-se obrigatórios se o examinador empatar a nota de dois candidatos. Pode-se até afirmar que não é usual nesta Faculdade essa exigência. No entanto, isto ocorre precisamente pelo fato de não ser usual também nesta Faculdade, até bem pouco tempo atrás, a indicação por outro critério que não o da nota. A partir do momento em que se passou a aceitar o desempate da indicação, pelo examinador, por outro critério, seria necessário observar a norma do artigo 159, parágrafo único, do Regimento Geral.

Entendo que não é correto fazer o desempate depois que o examinador já conhece as indicações feitas pelos outros membros da comissão. Do modo como

ocorreu naquele concurso e também neste, ora analisado, tem-se a impressão de que o Professor Diogo decidiu, sozinho, o resultado do concurso: ele desempatou as suas próprias indicações dos candidatos Heleno e Umberto e, com isso, decidiu o resultado do concurso.

Qual a razão pela qual defendo a ideia de que o desempate deve ser feito antes de divulgadas as indicações dos demais examinadores?

A razão é a mesma que levou o Regimento Geral da USP a exigir que as notas sejam dadas e inseridas em envelopes individuais imediatamente após o término de cada prova, conforme exige o Regimento Geral, nos artigos 155 e 156, § 4º. O mesmo sigilo que deve ser observado na atribuição das notas (porque elas conduzem a uma indicação) deve ser observado na indicação por outro critério que não o das notas. O grande objetivo do legislador foi o de preservar o sigilo; quis-se evitar a influência de um examinador sobre o outro; quis-se impedir que um examinador, conhecendo a nota do outro, altere a sua para mais ou para menos; quis-se garantir a imparcialidade na avaliação dos candidatos; quis-se colocar o candidato e o público presente no momento da atribuição da nota e de seu encerramento em envelope individual como garantes e testemunhas dessa imparcialidade. Trata-se de aplicação do princípio segundo o qual, existindo o mesmo fundamento, deve-se aplicar a mesma regra (*ubi eadem est ratio, eadem est jus dispositio*). Vale dizer: a razão do sigilo das notas é a mesma que deve garantir o sigilo da indicação por critério diverso.

Ao manifestar-me no caso do concurso do Departamento de Direito Civil, em que eram apenas dois os candidatos inscritos, considerei que tinha ocorrido mera irregularidade formal que não afetou o resultado do concurso, pois, se a indicação tivesse sido feita no momento oportuno, pelo Professor Junqueira, o resultado certamente teria sido o mesmo. Por outras palavras, a inobservância do aspecto formal não prejudicou nenhum dos candidatos. Entendi aplicável o princípio geral de direito, segundo o qual não há nulidade sem prejuízo.

No caso do concurso ora em análise, em que foram três os candidatos, não é possível presumir, de forma absoluta, que o Professor Diogo teria feito a mesma indicação sem conhecer a dos demais examinadores. Afigure-se a seguinte hipótese: se o empate fosse entre o Professor Estevão Horvath e o Professor Heleno Tavares Torres ou entre o Professor Estevão Horvath e o Professor Umberto Bergman Ávila, como teria decidido o Professor Diogo? De qualquer forma, ele decidiria sozinho o resultado do concurso. É um tipo de procedimento que favorece o desvio de poder e a imoralidade administrativa. A prevalecer esse procedimento, em pouco tempo, todos os examinadores passarão a empatar as notas dos candidatos para fazer o desempate depois de conhecerem as indicações dos demais.

No caso do concurso de direito constitucional, foi adotado o mesmo procedimento, com o desempate feito pelo Professor Jorge Miranda após conhecer as indicações feitas pelos outros examinadores. No entanto, naquele caso, também foi irrelevante o errôneo procedimento, porque um dos candidatos já tinha obtido indicação com quatro examinadores e seria, de qualquer forma, o vencedor. O descumprimento da norma regimental, no caso, não trouxe prejuízo a qualquer candidato.

Já no caso da indicação feita pelo Professor Diogo, a inobservância do procedimento regimental pode ter sido prejudicial ao Professor Heleno. Não se pode

afirmar que houve mera irregularidade formal. Houve descumprimento de norma regimental, com forte indício de desvio de poder por parte do examinador.

2.4. DA AVALIAÇÃO DOS TÍTULOS

Outro vício do concurso, apontado pelo Recorrente, diz respeito à inobservância das normas regimentais na avaliação dos títulos.

Embora afirmando que, nos concursos realizados nesta Faculdade, a praxe é os examinadores atribuírem igual nota aos candidatos na avaliação dos títulos, observa que esse procedimento contraria as normas do Regimento Geral da USP e do Regimento da Faculdade de Direito.

Tenho dificuldade em afirmar que existe essa praxe nos concursos desta Faculdade, porque não tenho conhecimento dos fatos. E posso afirmar que, pessoalmente, tenho procurado analisar comparativamente os memoriais dos candidatos, para atribuir-lhes as notas compatíveis com as suas atividades. No entanto, ainda que seja praxe, pode-se afirmar, sem medo de errar, que esse tipo de avaliação contraria o artigo 154 do Regimento Geral da USP, que assim estabelece:

Artigo 154 - O julgamento dos títulos, expresso mediante nota global, deverão 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.

Parágrafo único - No julgamento dos títulos deverão prevalecer as atividades desempenhadas nos cinco anos anteriores à inscrição.

Por sua vez, o artigo 155 determina que *“cada examinador, após análise dos títulos e da documentação comprobatória apresentada pelos candidatos, dará as notas, encerrando-as em envelope individual”*. No parágrafo único, dispõe que *“cada examinador elaborará parecer escrito circunstanciado sobre os títulos de cada candidato”*

O Regimento da Faculdade de Direito, expressamente mencionado no Edital do concurso, publicado no D.O. de 27.5.2009, vai além. Considera tão relevante a avaliação dos vários itens da prova de títulos, que atribui peso a cada um deles, no artigo 42, § 2º, sendo peso 3 para os títulos concernentes à produção científica, literária, filosófica ou artística e à atividade didática universitária; e peso 1 para os demais títulos, a saber: atividades profissionais, ou outras quando for o caso; atividade de formação e

orientação de discípulos, atividades relacionadas a prestação de serviços à comunidade; e diplomas e dignidades universitárias.

Além disso, o § 2º do mesmo artigo determina que “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”.

Fica muito clara, por tais normas, a intenção do legislador de obrigar o examinador a analisar os títulos dos candidatos pertinentes a cada um dos itens previstos no artigo 154 do Regimento Geral e repetidos no artigo 42 do Regimento da Faculdade de Direito.

Tanto a exigência de parecer circunstanciado, constante do artigo 155, parágrafo único, do Regimento Geral da USP, como a atribuição de peso, exigida pelo Regimento da Faculdade de Direito são relevantes como instrumentos de *motivação* das notas atribuídas. A avaliação não pode ser arbitrária. Ela tem que basear-se na apreciação dos vários documentos constantes do memorial, em cada um dos itens previstos no artigo 154. De outra forma, a exigência de *parecer circunstanciado* (entenda-se, de motivação adequada) restará apenas aparentemente atendida e retirará aos órgãos de controle, como a Congregação (a quem incumbe a homologação ou não, por razões de legalidade) e o próprio Poder Judiciário, a possibilidade de avaliarem se houve a motivação e se ela é adequada para demonstrar a adequação da nota diante dos títulos apresentados pelos candidatos.

Examinando-se os pareceres proferidos pelos membros da Comissão Examinadora, pode-se concluir (com o respeito que lhes é devido) que nenhum deles pode ser qualificado de parecer circunstanciado e nenhum deles levou em consideração os critérios previstos no Regimento Geral ou no Regimento da Faculdade de Direito. Todos atribuíram nota igual a todos os candidatos. As justificativas foram feitas em termos genéricos, não aceitáveis como parecer circunstanciado.

Note-se que o Recorrente, na página 25 de seu recurso, para demonstrar a superioridade de seus títulos em relação aos do candidato vencedor, apresenta um quadro comparativo.

O Professor Umberto Avila observa, a esse respeito, que o Recorrente levou em consideração apenas o aspecto *quantitativo* e não o *qualitativo*.

Tal afirmação é verdadeira. No entanto, seria utópico imaginar que os examinadores tivessem condições de ler todos os textos publicados pelos candidatos; ou tivessem condições de avaliar a qualidade de palestras, conferências, cursos ministrados pelos candidatos; ou conhecer os méritos de cada candidato em suas atividades profissionais. É possível que algum examinador conheça um ou outro trabalho de um ou alguns candidatos. Nenhum examinador conhece nem tem condições de conhecer o trabalho de todos os candidatos. Na realidade, o que se avalia acaba sendo mesmo a quantidade. A própria CAPES, na avaliação das Universidades, avalia a quantidade. Não há outro meio de fazê-lo.

É verdade que a Congregação, ou mesmo o Poder Judiciário, não podem avaliar o mérito do concurso e substituir-se à Comissão Julgadora para alterar o seu resultado.

Considero-me suspeita para dizer que o examinador, nesse caso, seria suspeito para participar da banca. pelo fato de ter, eu mesma, participado de dois dos episódios relatados, envolvendo o Professor César Saldanha.

De qualquer forma, cabe lembrar que, em decisão recente, esta Congregação, a propósito do concurso para o Departamento de Direito Internacional, entendeu que a impugnação a membro da Comissão Julgadora deve ser feita antes de iniciar-se o concurso. A partir daí, fica precluso o direito de impugnar.

3. CONCLUSÕES

À vista do exposto, apresento as seguintes conclusões:

a) a indicação do Professor Umberto Bergmann Ávila, feita pelo Professor Diogo José Paredes Leite de Campos, foi ilegal, por falta de motivação;

b) a mesma indicação ainda ficou viciada por ter sido feita depois que o mesmo examinador ficou conhecendo as indicações dos outros membros da banca, quebrando a regra do sigilo na atribuição das notas e na indicação;

c) a avaliação dos títulos, pela forma feita pelos membros da Comissão Julgadora, descumpriu a exigência regimental de fundamentação mediante parecer circunstanciado.

d) em consequência, o concurso para o cargo de Professor Titular do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário, não observa os requisitos de validade indispensáveis para sua homologação.

À E. Congregação, para decisão.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2.011.



MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

Professora Titular de Direito Administrativo do

Departamento de Direito do Estado