

JUSTIÇA & CIDADANIA[®]

Edição 157 • Setembro 2013

Paulo Dias de Moura Ribeiro | Ministro do STJ

O DESAFIO DE APLICAR A JURISPRUDÊNCIA

Editorial: Liberdade, sim! Bandidagem, não!

Jurisdição constitucional como fundamento para o efetivo acesso à Justiça

Márcia Michele Garcia Duarte

Coordenadora do NPIC
Professora das Faculdades São José e da Ucam

Relatório

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

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

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

Este artigo traz como ponto nodal a aplicação das decisões paradigmas prolatadas no AI 194188 e no MS 31176 MC / DE, ambas do Supremo Tribunal Federal.

Fundamentação Jurídica:

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

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

No curso de nossa pesquisa encontramos que a discussão acerca do caráter meramente classificatório da prova de títulos em concurso público fora levada ao Supremo Tribunal Federal e decidida em 1997 (AI 194188), oportunidade em que brilhantemente o Ministro Marco Aurélio entendeu que se coaduna com o princípio da razoabilidade constitucional que a pontuação na prova de títulos sirva apenas à classificação dos candidatos e “JAMAIS definindo aprovação ou reprovação”.

Entendeu ainda que constituiria verdadeiro paradoxo o fato de candidato ser aprovado em provas escritas e orais, mas declarado reprovado como consequência das notas atribuídas na prova de títulos.

A Egrégia Corte renovou o sólido posicionamento ao julgar o Agravo Reg. em Agravo de Instrumento n. 1994.188-8-RS e, em decisão recente, o Excelentíssimo Ministro Luiz Fux, asseverou que esse permanece sendo o entendimento do Pretório Excelsior, destacando o currículo expresso em caráter meramente presumido a habilitação e o conhecimento do candidato, posto que esses não são testados, e que, portanto, essa seria a razão para não existir concurso de títulos, e, sim, concurso de provas ou provas e títulos.



Nesse contexto, lembremos que o edital é a lei do concurso público, vinculando administrador e administrado. Outrossim, temos que a administração deve agir em virtude de lei, concluindo-se que somente poderá fazer aquilo que estiver descrito na ferramenta editalícia. O particular, por outro turno, encontra guarida no próprio texto constituinte para que se exima daquilo que não se encontra previsto em lei, na forma do art. 5º, II, que estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O certame deve observar os princípios da vinculação do instrumento convocatório e do julgamento objetivo nas situações paralelas nos atos convocatórios, impedindo-se a ocorrência do desvio de finalidade, a inobservância da teoria dos motivos determinantes e a violação aos princípios da administração previstos no caput do art. 37 da Carta Maior, sob pena de os atos da administração restarem maculados.

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

Do mesmo modo, o princípio da vinculação evita que brechas sejam oportunidades para a violação dos deveres

do administrador de probidade e impessoalidade. Tal princípio é tão essencial que a sua inobservância pode gerar a nulidade do ato, devendo, pois, ser cumpridas as normas e condições estritamente vinculadas pelo edital.

Além disso, a falta de barema prévio e público comprometeu a lisura e transparência do certame, posto que viabilizou que critérios subjetivos orientassem a distribuição de pontos. Isso restou evidente pelas notas heterogêneas atribuídas ao mesmo lote de documentos apresentados pelo candidato na prova de títulos.

Ante tantos vícios apontados, não resta outra possibilidade de correção do desvio senão pela via do Poder Judiciário no uso da Jurisdição Constitucional.

Para Lenio Streck: “O Direito que imediatamente conhecemos e aplicamos, posto pelo Estado, dele dizemos ser ‘posto’ pelo Estado não apenas porque são escritos pelo Legislativo, mas também porque suas normas são produzidas pelo Judiciário”¹

O Estado é detentor do monopólio de “dizer o direito”, o que se realiza pelos diversos campos de atuação que vão desde a concepção da norma até a sua *applicatio* concreta, sempre à luz da Constituição. Para Hans-Georg Gadamer² a tarefa de interpretação consiste na concretização da lei em cada caso concreto, e para Paulo Bonavides, a interpretação conforme a Constituição é “um princípio da interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição”.³

Sabemos que o Poder Judiciário não deve intervir na esfera do mérito administrativo, mas destacamos a

evidência de que o Estado é um Poder Uníssono com tarefas desempenhadas pelos Três Poderes sem que isso implique em isolamento e imunidade absoluta entre um e os outros.

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

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

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

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

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

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

Para Lenio Streck⁴ existe especial relevância da jurisdição constitucional a partir da positivação dos direitos sociais-fundamentais, e o Poder Judiciário passou a ter um papel primoroso na garantia da realização desses. Isso é parte das “promessas da modernidade incumpridas”, afirma.

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

Existe, claro, o minimalismo constitucional, estampado pelo formalismo que deve caracterizar as decisões dos

Tribunais, mas, explica Cláudio Pereira de Souza Neto⁵, a atividade judicial construtiva será atingida por meio da hermenêutica constitucional pautada no enraizamento em razões de cunho filosófico-político e que, a partir disso, o movimento contemporâneo de ideias tenderia a reinserir a razão prática da metodologia jurídica gerando “a possibilidade de se validar essas razões como argumento de fundamentação das decisões judiciais”.

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

A Concepção do Estado Democrático de Direito pressupõe que a jurisdição exerça a tarefa de guardião dos valores materiais positivados na Constituição, explica Lenio Streck.⁶

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

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

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

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

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

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

“A observância do princípio da impessoalidade é o instrumento hábil a impedir que o administrador público, de alguma, forma favoreça ou persiga administrados ao conferir-lhes tratamento desigual. A atuação pública deve se pautar segundo a lei, ou haverá desvio ou abuso de poder.”

O controle jurisdicional se justifica não para ingressar no mérito administrativo, mas como forma de adequar o certame aos preceitos constitucionais e à ordem jurídica, bem como sanar os vícios do ato praticado, isso porque: “Por outro lado, ao Judiciário cabe manifestar-se sobre os aspectos de legalidade e verificar se a administração não ultrapassou os limites da discricionariedade, cometendo arbitrariedade”⁷.

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

A observância do princípio da impessoalidade é o instrumento hábil a impedir que o administrador público de alguma forma favoreça ou persiga administrados ao conferir-lhes tratamento desigual. A atuação pública deve se pautar segundo a lei ou haverá desvio ou abuso de poder. Somente quando observados os deveres restritivos da administração: “o administrado estará imune a atos administrativos que não possuam motivação ou que sejam baixados com falsa motivação”⁸.

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

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

Por fim, temos que o reconhecimento de invalidade de ato administrativo que importou em “ofensa ao direito” é corrigível em sede de Jurisdição Constitucional pela via da “supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em

desconformidade com a ordem jurídica”, ensina Bandeira de Mello.⁹

Também entende dessa forma Diógenes Gaspariri ao observar que o que motiva a invalidade do ato administrativo é a sua “imprestabilidade jurídica”. Quanto ao seu conteúdo, o “desfazimento do ato inválido” deve ser imposto e cabe ao Poder Judiciário valer-se da sua própria razão de ser e dizer o direito em cada caso concreto.¹⁰

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

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

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

Conclusão

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


Para corrigir erro evidente entendemos que o Poder Judiciário poderá intervir de modo a reconhecer e declarar

a invalidade do ato da administração e anular a inabilitação do candidato reprovado em concurso público na fase de prova de títulos sem que isso implique em interferência no mérito administrativo.

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

Na sequência, entendemos que o Poder Judiciário poderá reconhecer e declarar a habilitação do candidato no certame,

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

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

Referências bibliográficas

- ALMEIDA FILHO, Agostinho Teixeira de; PEDRAS JÚNIOR, Gabriel Luiz Junqueira; LOYOLA, Bernardo Guimarães; VIANNA, Roberto Vieira. “O Princípio Constitucional da Impessoalidade”. In *A Constitucionalização do Direito: A Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 81-94.
- BANDEIRA DE MELLO *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BORGES, Maria Cecília Mendes, no estudo científico “Editais de Concursos Públicos e seus elementos Padrões diante dos princípios constitucionais” In *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Jan., fev., mar 2009. v. 70, n. 1, ano XXVII, pp. VVV. Disponível em <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/391.pdf>, acesso em 11/5/2013.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “20 anos da Constituição de 1988: A Evolução da Jurisdição Constitucional no Brasil” In FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa; GALVÃO, Paulo Braga (org). *Direito Contemporâneo: Estudos em Homenagem a Sérgio de Andréa Ferreira*. Rio de Janeiro, De Andréa & Morgado Edites, 2008, pp – 123-173.
- FORTINI, Cristiana; VIEIRA, Virginia Kirchmeyer. “Ponderações sobre a prova de títulos nos concursos públicos” in *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Edição Especial — ano XXVIII. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/925.pdf>. Acesso em 14/5/2013.
- GADAMER, Hans-Georg Verdad y Método. Vol. I. Tradujeron Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. 11a. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2005.
- GASPARIRI, Diógenes. In MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático” In *A Nova Interpretação Constitucional*. BARROSO, Luís Roberto (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 285-325.
- STRECK, Lenio. “Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil”. In *A Constitucionalização do Direito: A Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 03-41.

Notas

- ¹ “Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil”. In *A Constitucionalização do Direito: A Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 04.
- ² GADAMER, Hans-Georg Verdad y Método. Vol. I. Tradujeron Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. 11a. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2005, p. 489.
- ³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 432.
- ⁴ E mais: “Dito de outro modo, **descumprir os dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição**, isto é, **aqueles que estabelecem os fins do Estado** (o que implica trabalhar com a noção de “meios” aptos para a consecução dos fins), **representa solapar o próprio contrato social** (do qual a Constituição é o elo contencioso que liga o político e o jurídico da sociedade). **O texto constitucional, fruto desse processo de repactuação social, não pode ser transformado em um latifúndio improdutivo**. Não pode, pois, ser deslegitimado”. (Itálico original. Grifos nossos). “Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil”. In *A Constitucionalização do Direito: A Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 03-41.
- ⁵ “Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático” In *A Nova Interpretação Constitucional*. BARROSO, Luís Roberto (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 299.
- ⁶ “Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil”. In *A Constitucionalização do Direito: A Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 03-41.
- ⁷ TRF 2. Apelação Cível. - Processo: 200651020011817. Sexta Turma Especializada.
- ⁸ ALMEIDA FILHO, Agostinho Teixeira de; PEDRAS JÚNIOR, Gabriel Luiz Junqueira; LOYOLA, Bernardo Guimarães; VIANNA, Roberto Vieira. “O Princípio Constitucional da Impessoalidade”. In *A Constitucionalização do Direito: A Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 81-94.
- ⁹ *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 462/4.
- ¹⁰ *Direito Administrativo*. 15ª ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 165/6.