


EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA
DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL

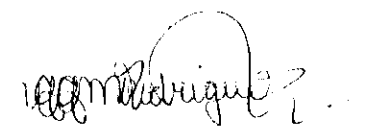
AUTOS n.º 266/053.01.004335-0
AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A FUNDAÇÃO INSTITUTO DE TERRAS DO
ESTADO DE SÃO PAULO "JOSÉ GOMES DA SILVA", nos autos da Ação
Civil Pública em epígrafe, movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DE SÃO PAULO, por seus advogados subscritores, vem,
respeitosamente, apresentar **Contra-Razões** ao recurso de Apelação interposto
pelo Ministério Público, fazendo-o nos termos que se seguem.

Termos em que, juntada esta aos autos, aguarda o seu
encaminhamento ao Egrégio Tribunal *ad quem*, para os fins de direito.

São Paulo, 18 de outubro de 2002.


Valéria Mazzocchi da Silva
OAB/SP n.º 186.701


Gláucia Guevara Matielli Rodrigues
OAB/SP n.º 186.333

1845

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

AUTOS n.º 266/053.01.004335-0

JUIZO DE ORIGEM: 4.ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADA: FUNDAÇÃO INSTITUTO DE TERRAS DO ESTADO DE
SÃO PAULO "JOSÉ GOMES DA SILVA"

CONTRA-RAZÕES DE APELAÇÃO

EGRÉGIO TRIBUNAL,
COLENDIA CÂMARA,
DOUTO PROCURADOR DE JUSTIÇA.

A **Ação Civil Pública** em epígrafe fora ajuizada pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** em face da **Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo "José Gomes da Silva"**, sob o fundamento de irregularidades em edital de concurso público.

Alegadas irregularidades, em síntese, versariam sobre:
a) abertura do concurso em níveis superiores de vários cargos escalonados em carreira, quando o acesso deveria dar-se apenas no nível inicial; b) fixação indevida de pré-requisitos para acesso aos níveis superiores e aferição da experiência através de atribuição de pontos por tempo de serviço de modo a violar o princípio da isonomia; c) fixação de critério discriminatório na prova de

títulos; d) atribuição de pontuação relevante para a entrevista, considerada como prova tipicamente subjetiva, ensejando a possibilidade de classificação ou desclassificação do candidato.

Apontou-se, pois, vício insanável de ilegalidade e mácula ao princípio da isonomia.

Em maio do corrente ano, fora proferida a sentença pelo ilustre Magistrado *a quo* entendendo que o alegado vício insanável restringira-se à atribuição de diversa pontuação para o tempo de serviço prestado em órgãos ou entidades determinadas, em detrimento de serviço de igual natureza prestado junto a outros órgãos ou entidades, implicando ilegalidade/nulidade do certame e, conseqüentemente, das contratações efetuadas, submetendo o *decisum* ao reexame necessário.

Recurso voluntário também fora interposto: apelaram a Fundação ITESP, a Fazenda Pública do Estado e o Ministério Público.

No recurso da Fundação ITESP, demonstra-se, *data venia*, o equívoco da decisão no que concerne à existência de vício insanável nos critérios estabelecidos no edital do concurso, bem como a observância dos princípios da legalidade, da isonomia e demais princípios insertos e decorrentes da Constituição Federal, tais como o princípio da eficiência, princípio da segurança nas relações jurídicas, princípio da boa-fé, princípio da razoabilidade e princípio da proporcionalidade como critério de julgamento.

No recurso da Fazenda Pública do Estado, constata-se a inexistência de qualquer discriminação ofensiva a princípio constitucional.

comiss.
[Handwritten signature]

Esclareceu-se que os critérios de diferenciação para os diversos cargos não se deram simplesmente pela pontuação de experiência, mas pela escolaridade, pela área de atividade profissional, por áreas de formação ou blocos de atribuições similares e, finalmente, como último critério, pela experiência profissional, de acordo com a função e a complexidade da área de atuação, de modo a fazer jus ao alto grau de especialização necessário ao eficiente desempenho.

O Ministério Público, por sua vez, apelou arguindo violação do princípio da isonomia, reiterando ao Judiciário seu pedido pela imposição, à Fundação ITESP, da obrigação de adequar suas normas de regência à Constituição Federal, sob pena de incidir na prática de improbidade administrativa, com a fixação de multa pecuniária diária, para garantir o resultado prático da imposição.

Pois bem. Vejamos por que tal pretensão não merece prosperar.

O digno representante do Ministério Público pretende a substituição da sentença para o acréscimo da imposição à Apelada de adequar suas normas de regência à Constituição Federal, ou seja, a adequação das normas internas (Plano de Cargos, Carreiras e Salários – PCCS), para se eliminar a possibilidade de utilização de critérios discriminatórios nos concursos ou nas promoções.

Inicialmente, cumpre realizar alguns esclarecimentos a respeito do PCCS da Fundação ITESP.

1847
[Handwritten signature]

O Plano de Cargos, Carreiras e Salários - PCCS - da Fundação ITESP, dispõe, em síntese, sobre as normas a serem observadas pela Fundação-Apelada no que diz respeito aos critérios de organização de seu quadro de carreiras e de promoção funcional. Sua elaboração, de acordo com o artigo 14, da lei nº 10.207, de 8 de janeiro de 1999 (lei criadora da Fundação-Apelante), competia ao Conselho Curador, *in verbis*:

"Artigo 14 - Compete ao Conselho Curador:

...
IV - aprovar o plano de classificação de funções e salários".

Ao Conselho Curador também foi delegada a competência de "fixar critérios e padrões de seleção de pessoal", conforme o inciso V do dispositivo acima mencionado. Ou seja, ao elaborar as normas referentes a critérios de admissão de pessoal, o PCCS deveria ter como diretriz as normas ditadas pelo Conselho Curador (órgão colegiado deliberativo da Fundação).

A necessária aprovação do PCCS ocorreu por meio do Decreto nº 45.508, de 04 de dezembro de 2000, emanado do chefe do Poder Executivo do Estado de São Paulo, com fundamento na competência privativa que lhe confere o inciso XII do artigo 47 da Constituição do Estado de São Paulo, em atendimento ao disposto no art. 20 da Lei Estadual n.º 10.207, de 08 de janeiro de 1999, que autorizou a criação da Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo "José Gomes da Silva" - ITESP, *in verbis*:

Artigo 20 – A Fundação submeterá ao Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania, **para aprovação pelo Governador**, os planos e programa de trabalho, bem como os **planos**

(100/1101)



referentes à classificação de funções e salários, com os respectivos orçamentos, e a programação financeira anual relativa às despesas de investimentos, obedecidas as normas para desembolso de recursos fixadas pela Secretária da Fazenda. (grifou-se)

Assim, inexistente mácula quanto ao cumprimento das formalidades legais previstas para a instituição do PCCS.

Quanto ao pedido ministerial, o mesmo foi formulado de modo equívoco, não concluindo pela declaração de nulidade do DECRETO por vício de ilegalidade e não tendo sido ajuizado em face de parte com legitimidade *ad causam* (autoridade responsável pela edição do ato -- Governador do Estado), viola reiteradamente o ordenamento jurídico, desta feita com maior intensidade, ao pretender que o Poder Judiciário afronte ditames constitucionais -- princípio da separação dos Poderes -- ingerindo indevidamente em seara que compete ao Poder Executivo, ao **impor-lhe** a obrigação de editar outro ato administrativo que julga ser adequado.

Mais. Curiosamente, o representante ministerial, em sua peça apelatória, demonstra a infundada preocupação no que diz respeito à "legalidade" do PCCS, sustentando a necessidade de adequá-lo às normas constitucionais. Afirma cabalmente que é preciso *"eliminar a possibilidade de utilização de critérios discriminatórios nos concursos públicos ou nas promoções internas"*.

Ocorre que, conforme já esclarecido na contestação e no recurso de Apelação ofertados por esta Apelada, a abertura de concurso em

Assim
H

vários níveis se deu por se tratar de concurso destinado ao **preenchimento inicial** de todo o quadro de pessoal da Fundação-Apelada, sucessora de vários órgãos da Administração Direta do Estado de São Paulo, que vinham ao longo dos anos desenvolvendo a atividade agrária e fundiária do Estado. A admissão de apenas servidores iniciantes para constituir uma estrutura complexa e que desenvolve atividade singular, comprometeria sobremaneira o regular andamento da execução da política agrária e fundiária, missão institucional da Apelada. O PCCS, aprovado por Decreto pelo Governador do Estado, no seu Capítulo VII (Planos de Carreiras), item "1" (Critérios Utilizados na Admissão de Servidores), assim dispõe:

"Para constituição do quadro de pessoal **inicial** da Fundação ITESP, a abertura de concurso dar-se-á, para os diversos níveis de cada cargo, de forma a suprir a Fundação de profissionais com graus diferenciados de experiência e escolaridade." (grifou-se)

Em fundamento bem lançado na decisão recorrida, assim se pronunciou o douto Magistrado *a quo* acerca da questão:

"E, quanto a tais regras, não se verifica, no caso presente, a afirmada ilegalidade decorrente da colocação, em concurso, para provimento por ingresso, de cargos definidos em níveis superiores da carreira, tendo em vista a circunstância, única mas ocorrente, de que se trata de concurso para formação inicial de todo um quadro de pessoal. A irregularidade apontada na inicial teria maior relevo para concursos destinados ao provimento de cargos vagos em quadros já estruturados, nos quais o ingresso no cargo inicial de cada carreira se mostra imperativa." (grifou-se)

Certo é que o Poder Judiciário deve limitar-se ao exame da legalidade e observância das formalidades impostas para a validade formal do ato administrativo, não podendo ir além, emitindo juízo de mérito. Portanto, o controle de legalidade do ato administrativo restringe-se a declarar sua nulidade, retirando-o do ordenamento jurídico em virtude da mácula de ter sido editado sem a observância dos ditames legais imperativos.

Do princípio insculpido no art. 2.º da Constituição Federal decorre a vedação da ingerência em assuntos internos de um Poder em outro. Assim, o Poder Judiciário não pode interferir em demanda do Poder Executivo senão para exercer o controle de legalidade ou legitimidade do ato administrativo.

Não se quer com isso dizer que os atos da Administração não são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, mas que tal revisão deverá ater-se à **ilegalidade ou ilegitimidade** do ato administrativo. Nesse sentido, citamos:

Mandado de Segurança – Concurso para ingresso no Curso de Formação de Soldado Feminino PM – Investigação social – Candidato rejeitado – Os atos da Administração são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, que, no entanto, deve-se ater a ilegalidade e ilegitimidade do ato administrativo – Segurança denegada – Recurso improvido. (TJSP, Apelação Cível n.º 47.575-5/5, 8.ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Toledo Silva, v.u.)

1851

É consta da fundamentação do acórdão:

"Nos termos do Decreto n.º 34.729/92, o candidato ao Curso de Formação de Soldado PM deve possuir procedimento social irrepreensível, apurado em investigação adequada (fls. 53), o que, inclusive, consta do edital do concurso.

Compete à Administração avaliar a investigação procedida em torno da vida social do candidato, não podendo o Judiciário substituí-la, sob pena de interferência indevida.

Não há dúvida de que os atos da Administração são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, que, no entanto, deve-se ater a ilegalidade e ilegitimidade do ato administrativo.

Para HELY LOPES MEIRELLES, 'Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontra, e seja qual for o artifício que a encubra. **O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial. O mérito administrativo, relacionando-se com conveniências do governo ou com elementos técnicos, refoge do âmbito do Poder Judiciário, cuja função é a de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falha, com os princípios gerais do Direito'** (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 19.ª edição, págs. 607-608). (Grifamos)

WAGNER
13/05/2012

Para SEABRA FAGUNDES, **'Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da legalidade.** Este é o limite do controle, quanto à extensão' (O Controle dos Atos Administrativos, Forense, 4.ª ed., n.º 72, pág. 148).

Inexiste direito líquido e certo a proteger, motivo pelo qual a segurança foi bem denegada pela r. sentença recorrida.

O douto Magistrado, Dr. THADEU TOLEDO SOARES, deu ao caso a correta solução, e a r. sentença não comporta reparo. Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso." (grifou-se)

CONCURSO PÚBLICO – Autonomia da Administração para fixar as bases e critérios segundo sua conveniência e necessidade – Impossibilidade de interferência do Judiciário desde que não haja ilegalidade ou ilegitimidade do ato administrativo – Voto vencido.

Ementa da Redação: **Nada impede a Administração de, no edital de convocação, fixar as bases de concurso e os critérios de julgamento das prova,** segundo as suas conveniências e necessidades, não podendo o Judiciário, à evidência, interferir e dizer se o critério é justo ou não, pois os atos da Administração somente são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário no caso de ilegalidade e ilegitimidade do ato administrativo. (TJSP, Ap. Civ. 225.405-1/8 – 8.ª Câm. – j. 04.09.1996 – rel. Des. Toledo Silva) (grifou-se).

DECEM/17

A **separação dos poderes**, tal como delineada no art. 2.º da Constituição Federal, constitui parâmetro erigido como uma das vigas mestras, cuja observância é indispensável à interpretação do Texto Maior, estando prevista, inclusive, como cláusula pétrea constitucional (art. 60, § 4.º, III).

Em suma, exercido o ato dentro dos limites da legalidade e do interesse público, hipótese *sub examine*, não se admite a interferência do Poder Judiciário. O Poder Judiciário não pode adentrar no mérito das referidas questões, sob pena de infringência ao princípio pétreo da tripartição e independência harmônica dos soberanos poderes do Estado de Direito Democrático.

Tal é o entendimento dos tribunais pátrios brasileiros, e, a título exemplificativo, transcrevemos:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Meio ambiente – Lixo hospitalar e urbano – **Obrigação de fazer**, impondo ao município a responsabilidade de coleta, **sob pena de multa diária** – **Inadmissibilidade** – **Interferência indevida** – **Princípio da separação dos poderes: artigo 2.º da CF** – **Impossibilidade de ingerência de um poder nas atividades do outro** – Ação parcialmente procedente – Decisão reformada – Carência da ação – **Impossibilidade jurídica do pedido** – Recursos providos, para o fim de julgar extinto o processo, sem julgamento do mérito. (TJSP, Apelação Cível n.º 038.524.5/2 - Jaú – 4.ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Aldemar Silva) (grifou-se).

1854
1854

Ademais, **ação civil pública não é instrumento idôneo** para invadir, de forma indevida, a função administrativa, afrontando o princípio da separação de poderes. Não cabe ao Judiciário obrigar a Administração a reformular ato administrativo afeto à matéria de servidores públicos, senão declarar eventual nulidade de ato administrativo editado com vício de ilegalidade. Tal é o entendimento reiterado e pacífico deste Egrégio Tribunal, conforme exemplificam os arestos abaixo colacionados:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Ministério Público contra Estado de São Paulo e do D.E.R. – **Obrigação de fazer** – Medidas de segurança nas rodovias SP333 e SP 326 – trecho Jaboticabal e Taiuva – Execução de obras que exigiria a deslocação específica de verbas públicas e político-administrativa – Poder discricionário que lhe é conferido para eleger as obras prioritárias a serem realizadas – **Pedido juridicamente impossível** – **Ação Civil Pública não é instrumento idôneo para invadir, de forma indevida a função administrativa, como afronta ao princípio da separação de poderes** – D.E.R. – Contrato de concessão como vencedora em concorrência pública, que passou a administrar as rodovias mencionadas – Deveres da concessionária abrangem todos os pedidos do autor – Ação que perdeu seu objeto – Carência da ação – Recurso não provido. Não cabe ao Poder Judiciário obrigar a Administração a executar determinada obra pública, e mais, com prazo determinado em detrimento de seu planejamento administrativo e orçamentário. (Apelação Cível n.º 137.648-5 – Jaboticabal – 9.ª Câmara de Direito Público – Relator Gonzaga Franceschini – 22.08.01. – v.u.) (grifou-se).

Handwritten signature

E consta da fundamentação do mencionado acórdão:

“Assim, de fato o pedido é juridicamente impossível. A ação civil pública não é instrumento idôneo para invadir, de forma indevida a função administrativa, com afronta ao princípio da separação dos poderes, insculpido no artigo 2.º da Constituição Federal, ...”.

Registre-se, ainda, em consonância com decisão proferida em Mandado de Segurança (Apelação Cível n. 49.996-5, 9ª Câmara de Direito Público – Relator: Rubens Elias – 10.02.99), que **não há violação ao princípio da igualdade** em concurso público de provas e títulos, onde se reputa inequívoco o conhecimento do edital, pela fixação das bases e critérios de pontuação, levando-se em consideração exercício de serviço público, valendo-se a Administração de sua autonomia, conveniência e oportunidade.

Contudo, apenas a título argumentativo, caso seja reconhecida a possibilidade de imposição à Fundação ITESP da obrigação de adequar suas normas de regência (Plano de Cargos, Carreiras e Salários - PCCS) à Constituição Federal, o que representaria verdadeira afronta ao princípio da separação de Poderes, conforme acima exposto, diferentemente do alegado pelo nobre representante ministerial, as normas do mencionado PCCS, não são “ilegais” (conforme p. 09 do recurso de apelação ministerial): ao invés, encontram perfeita consonância com todos os dispositivos constitucionais norteadores da atividade da Administração Pública, conforme exposto a seguir.

Ilegais. Segundo o Ministério Público, as normas do PCCS estão eivadas de ilegalidade. De acordo com o festejado dicionário **“Aurélio”**: “Ilegal. Do latim *illegale*. Adj. 2 g. 1. Contrário à lei, ilegítimo,

SP
13

extralegal, extrajurídico". Ora. Em momento algum tais normas violaram a legalidade; ao invés, estão conformes à lei e a todos os dispositivos constitucionais regedores da matéria em apreço. Ainda no entender do Ministério Público, as regras do PCCS relativas ao ingresso de pessoas na Fundação ITESP representam ofensa ao princípio da isonomia, na medida em que teriam estabelecido discriminações para o ingresso no quadro funcional.

Entretanto, há que se ressaltar que a própria Constituição Federal permite a fixação de critérios diferenciados quando a situação fática assim o exigir, condicionando tal procedimento à existência de lei ordinária que estabeleça os critérios de admissão dos servidores por parte dos órgãos da Administração Pública.

No presente caso, já foi demonstrada a existência da lei ordinária e do respectivo decreto de aprovação do PCCS, em que foram estabelecidos os critérios a serem adotados para a seleção dos candidatos. Tais critérios de admissão foram elaborados de modo a implementar-se a distribuição equânime entre experiência e formação, ou seja, num total de 10 (dez) pontos, para metade foi considerada a formação (letras "a" a "g") e para a outra metade a experiência profissional (letras "h" a "l").

Tanto para os títulos de experiência como para aqueles de formação, exigiu-se vinculação às atividades que seriam desenvolvidas. Assim, mestrado só seria computado como título se dissesse respeito à área de atuação do profissional, aplicando-se o mesmo raciocínio aos demais cursos aceitos. Dessa forma, para ser computada como título, a experiência deveria estar relacionada à área agrária (exercida no serviço público estadual, federal,

[Handwritten signature]

municipal ou na iniciativa privada) ou ao serviço público, já que se trata de Fundação Pública responsável pela política agrária.

Na parte destinada à experiência (5 pontos), metade atribuiu-se à área agrária no Estado de São Paulo, sem distinção entre o serviço público e o privado, e a outra metade a outras experiências na área agrária em outros Estados e no serviço público em geral. Ademais, conforme já demonstrado, o tempo de serviço prestado na área agrária no Estado de São Paulo, mesmo na iniciativa privada, tem o mesmo peso que no ITESP ou em seus antecessores (letra "h", da Tabela dos Títulos). Também o tempo de serviço prestado na Administração Federal, na área agrária, se no Estado de São Paulo, tem o mesmo peso que o prestado no ITESP ou seus antecessores (letra "h" da Tabela dos Títulos).

Quanto à valoração do tempo de serviço na área agrária no Estado de São Paulo, a mesma é justificada em razão das especificidades dos trabalhos aqui desenvolvidos. Nenhuma experiência na área agrária paulista desde 1961, quando o Estado começou a atuar nessa área, foi ignorada ou excluída. E **todas** as demais experiências do candidato na função para a qual concorria também foram consideradas, no Estado de São Paulo ou em outras unidades da Federação, na União, nos Municípios e até mesmo experiências internacionais, tenha sido no serviço público ou privado, como está explícito na última linha da tabela do item 5.6.I do Edital. Alerta-se que o tempo de serviço prestado na Administração Federal ou na iniciativa privada, em qualquer outro Estado, também foi considerado, conforme consta da letra "i" da Tabela de Títulos do Edital.

18/05/2017

8551

Finalmente, no tocante aos títulos, o estabelecido no item IX ("Dos Títulos -- Tabela de Títulos") **não** se refere a tempo de serviço na Apelada; contrariamente, sua abrangência é mais ampla, abrangendo **Tempo de Serviço na Área Agrária do Estado de São Paulo e em outros Estados.** Assim, conclui-se que "tempo de serviço" deve ser entendido como aquele exercido na área agrária, não havendo qualquer referência a tempo de serviço no serviço público estadual, incluído, obviamente, o tempo de serviço na iniciativa privada e no serviço público estadual, federal e municipal.

Inocorrente a concessão de privilégios ou de proteção a qualquer candidato. É sabidamente possível e legal a fixação da pontuação nos moldes adotados no concurso ora questionado, cujo edital foi elaborado de acordo com as diretrizes apontadas pelo PCCS.

Sublinhe-se: as inscrições foram abertas para todos os níveis, inclusive para aqueles sem experiência alguma. Os cargos criados foram divididos em perfis, de acordo com a formação profissional do candidato, e em níveis, de acordo com a sua experiência profissional, não tendo havido preterição a ninguém.

Quanto à diferença de pontuação, allora os argumentos já empregados na peça apelatória acerca da real necessidade de melhor pontuar a experiência anterior na área agrária, a doutrina pátria admite o estabelecimento de fatores de distinção. Celso Antônio Bandeira de Mello, a respeito do princípio da isonomia, expõe, claramente, sobre a necessidade da realização de discriminações, sendo tarefa da norma fazer e reconhecer as distinções entre as situações. O tratamento diferenciado deve encontrar justificativa na correlação

8551

lógica entre o "fator de discrimen" e o princípio da igualdade (p. 20 da Apelação).

Na mesma linha, encontramos a lição do mestre alemão *Hans Kelsen*, na lição citada por *Raquel Discacciati Bello*, no trecho em que afirma que "a igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de forma idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição... Nesse passo, **aditem a exigência de qualidades específicas para preenchimento de cargo, emprego ou função, sem as quais ficaria prejudicado seu perfeito exercício.** Então, conforme o caso, poderá a lei estabelecer como requisito de provimento condições relativas à idade ou sexo; por exemplo." (fl. 21 da Apelação).

No mesmo sentido, é o entendimento da eminente jurista *Lucia Valle Figueiredo*, quando ensina que "... se a lei desigualar, se a sentença desigualar, ao contrário do que pareça, deflui necessariamente do princípio constitucional de igualdade; a desigualdade não é repelida, o que se repele é a desigualdade injustificada" (fls. 22 da Apelação).

Trata-se de simples equação matemática: área de atuação específica + exigência de profissionais treinados e experientes + especificidades locais = possibilidade de pontuação diferenciada. Ressalte-se: a pontuação atribuída não é distorcida, não impede o acesso do inexperiente nos quadros da Fundação. Apenas reconhece a necessidade de contar, em seu quadro funcional, com profissionais experientes, capazes de dar continuidade às atividades num grau máximo de excelência.

No que toca ao pacífico e reiterado entendimento jurisprudencial acerca do assunto, conforme exaustivamente demonstrado na peça apelatória desta ora Apelada (através da colação de diversas ementas e votos dos mais diversos relatores e tribunais), restou demonstrada a legalidade da realização de tratamento diferenciado (justificado) entre os concorrentes.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, perfilhando o mesmo entendimento acerca da matéria, julgou que:

Mandado de segurança. Concurso universitário para função docente. **Exigência de requisitos especiais** dos aposentados, ou seja, título de livre docente ou doutor e exercício de atividade de orientação e pesquisas nos últimos cinco anos. **Exigências produzidas dentro da autonomia concedida às universidades, e de seus regulamentos. Ausência de infração à isonomia.** Igualdade de tratamento aos aposentados. Segurança denegada. Recurso improvido. (TJSP, Apelação Cível n.º 9.835-5/4, 1.ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Canduro Padin, v.u.) (grifou-se)

É consta da fundamentação do acórdão:

"Segundo o edital a inscrição implica no conhecimento de seus termos e o compromisso de aceitação das condições estabelecidas não só no próprio edital, como ainda nas normas que regem os regimes especiais de trabalho na UNESP, fls. 53.

A impetrante aprovada no concurso foi depois desclassificada por causa de pedido da segunda colocada, alegando que a mesma não preencheria as

1862

condições necessárias e teria omitido quando da inscrição **o fato de ser aposentada, cuja circunstância, pelas normas de regimes especiais de trabalho, acarretaria demonstração de possuir no mínimo título de livre docente e de atividades continuadas de pesquisas e orientação nos últimos cinco anos.** (. . .)
As regras de regimes especiais integravam as condições de concurso. **O conjunto dessas regras se aplicavam a todos e a todos indistintamente em cada uma de suas específicas situações. Assim, não se afronta a isonomia, porque se dá aos iguais igual tratamento.**

(. . .) A autonomia da universidade, juntamente com as regras de seu regimento interno e as disposições de diretrizes e bases do ensino superior, ensejam as deliberações de diretrizes e bases do ensino superior, ensejam as deliberações do teor daquelas consideradas nos autos. Como esclarece a universidade, o docente se aposenta em condições especiais e em tempo menos dilatado, de modo que poderiam se candidatar a sua própria vaga. Daí porque os requisitos especiais, decorrentes da moralidade pública, levando a mesma regra a todos os aposentados.

Com isso, a solução está adequada aos fatos.

Ante o exposto, o meu voto nega provimento ao recurso."
(grifou-se)

ADMINISTRATIVO – Segundos Sargentos da Polícia Militar – **Critério legal de promoção** – Inconstitucionalidade – Indeferimento do pedido de declaração – **Discricionariedade da Administração** – Sentença de improcedência do pleito, mantida – Recurso

1862

1863

não provido. (TJSP, Apelação Cível n.º 006.539.5/1-00, 5.ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. William Mariano, v.u.). (grifou-se)

E consta da fundamentação do acórdão:

"No tocante à questão de mérito, acresça-se que a administração tem a discricionariedade de escolher o critério de promoção que melhor lhe aprouver.

E, não é tarefa do Poder Judiciário ditar normas à Administração, no tocante à organização das carreiras de seus servidores nos diversos setores do Funcionalismo. Não lhe compete, dessarte, interferir na discricionariedade da Administração.

(. . .)

Em suma, tendo a Administração exercido o seu direito discricionário de adotar um critério de promoção para os Segundos Sargentos, o Poder Judiciário jamais poderá examinar o mérito dessa escolha, eis que o critério a ser levado em conta será sempre o da Administração.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a r. sentença de primeiro grau." (grifou-se)

Note-se, também, que a igualdade deve ser aferida à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que funcionam como um mecanismo de controle da discricionariedade administrativa. Na verdade, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade interagem com o da isonomia, de modo a permitir a compatibilização entre a regra isonômica e outros interesses prestigiados constitucionalmente.

1863
1863

À esta altura da exposição, um parêntesis elucidativo deve ser realizado. Imprescindível se faz realizar o correto dimensionamento do alcance dos mencionados princípios constitucionais ventilados, recorrendo-se, para tanto, aos ensinamentos do constitucionalista Luís Roberto Barroso¹, Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, quando ensina que:

"Nos últimos anos, há no Brasil uma novidade na **hermenêutica jurídica**, sobretudo na **interpretação constitucional**: o desenvolvimento e a difusão do **princípio da razoabilidade**.

(...)

... Naturalmente, como não se deseja substituir a **discricionariedade dos agentes políticos eleitos pela do Judiciário**, somente deve ocorrer, sob tal fundamento, a **invalidação de leis e atos administrativos quando estes foram claramente arbitrários ou caprichosos**.

(...)

O princípio da razoabilidade surge e evolui associado à garantia do devido processo legal ...

... esse princípio é um mecanismo para controlar a **discricionariedade legislativa e administrativa**. Trata-se de um **parâmetro de avaliação dos atos do Poder Público para aferir-se se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça**. ... É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.

¹ Mestre em Direito pela *Yale Law School*. Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro/ São Paulo. Renovar, 2001. p. 153-164.

KSS

(...)

Além da adequação entre o meio empregado e o fim perseguido, a idéia de razoabilidade compõe-se ainda de mais dois elementos. De um lado a *necessidade* ou *exigibilidade* da medida, que impõe verificar a inexistência de meio menos gravoso para a consecução dos fins visados.

Por fim, a razoabilidade deve embutir, ainda, a idéia de proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, ...

Em resumo, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha." (grifou-se)

Lembre-se, ainda, que a Constituição Federal é concebida como um "sistema de normas", implicando na idéia de unidade, que repousa sobre princípios. Em razão disso, a hermenêutica constitucional estabelece que para a conservação desse sistema, a interpretação e aplicação das normas (princípios e regras) constitucionais sejam feitas com razoabilidade e proporcionalidade de modo a prestigiar todas e não lhes retirar eficácia.

A necessidade de realização de uma interpretação sistemática das normas constitucionais é matéria incontroversa na doutrina

KSS

pátria, encontrando expoentes da monta do constitucionalista *Paulo Bonavides* (citado na p. 36/37 da Apelação) e do mestre português *Canotilho* (citado na p. 37 da Apelação), além de outros doutrinadores citados (Joel de Menezes Niebuhr - p. 37 a 40 da Apelação etc.).

A interpretação sistemática constitucional, no que tange, especificamente, aos princípios ora discutidos, é abordada, magistralmente, pelo já citado doutrinador Luís Roberto Barroso, em passagem ora transcrita:

"... razoabilidade. Aliás, esse princípio faz imperiosa parceria com o da isonomia; embora existam classificações suspeitas como as fundas em origem, raça, sexo, cor e idade (CF, art. 3.º, IV), poderão elas subsistir validamente se atenderem, com razoabilidade, a um fim constitucionalmente legítimo.

(...)

A importação e sistematização do princípio da razoabilidade-proporcionalidade no direito brasileiro projetaram novas luzes sobre o tratamento doutrinário do princípio da isonomia.

(...)

Aliás, a própria Lei Maior desequipara as pessoas com base em múltiplos fatores, que incluem sexo, renda, situação funcional, nacionalidade, dentre outros. Assim, ao contrário do que se poderia supor à vista da literalidade da matriz constitucional da isonomia, o princípio, em muitas de suas incidências, não apenas não veda o estabelecimento de desigualdades jurídicas, como, ao contrário, impõe o tratamento desigual.

1366
1366

(...)

'Parece-me, contudo, que a compatibilização entre a regra isonômica (na vertente do tratamento desigual) e outros interesses prestigiados constitucionalmente exige que se recorre à idéia de proporcionalidade. Somente assim se poderá obter um equilíbrio entre diferentes valores a serem preservados.

(...)

Vê-se, assim, que é possível discriminar em prol dos desfavorecidos economicamente, em detrimento dos mais abonados. Mas o tratamento desigual há de encontrar limites de razoabilidade para que seja legítima. Este limite poderá vir expresso ou implícito no texto constitucional, e a conciliação que se faz necessária exige a utilização de um conceito flexível, fluido, como o de proporcionalidade.¹²

... entretanto, não parece ilegítimo, à luz do Texto Maior, que:

1. em concurso público para guardas penitenciários de um presídio feminino, somente se admita a inscrição de mulheres;
2. em evento comemorativo do dia da consciência negra, sejam contratados somente artistas desta raça;
3. desejando admitir uma bailarina para encenar o *ballet Romeu e Julieta*, o Teatro Municipal recrute dentre pessoas jovens do sexo feminino;
4. se exija do estrangeiro residente no país visto de permanência e documentação específica, diferente da requerida aos nacionais.

¹² Nota do autor: Luís Roberto Barroso, *A igualdade perante a lei. Algumas reflexões*, in *Temas atuais do direito brasileiro*, 1987.

Barroso
[assinatura]



... a menos que se possa demonstrar como parece, em cada um dos exemplos que o tratamento desigual teve um *fundamento razoável* e destinou-se a realizar um *fim legítimo*. Em outras palavras: para ser válido, o tratamento diferenciado precisa passar no teste da razoabilidade interna e externa.

(...)

O princípio da razoabilidade necessariamente interage com o da isonomia. Em face da constatação de que legislar, em última análise, consiste em discriminar situações e pessoas por variados critérios, a razoabilidade é o parâmetro pelo qual se vai aferir se o fundamento da diferenciação é aceitável e se o fim por ela visado é legítimo." (grifou-se)

Ainda quanto à aplicação do **princípio da razoabilidade-proporcionalidade no controle do princípio da igualdade**, assim nos ensina o eminente constitucionalista **J. J. Gomes Canotilho**³:

"... o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso é, hoje, assumido como um **princípio de controlo exercido pelos tribunais quanto à adequação dos meios administrativos (sobretudo coactivos) e prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito.**"

(...)

"Nos tempos mais recentes tende-se a reforçar a metódica de controlo do princípio a igualdade através do princípio da proporcionalidade (em sentido amplo). Talvez

³ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, 3ª ed. p. 262-264 e 1216-1217.

seja mais correcto dizer que se exige aqui um esquema de fundamentação e controlo conducentes, em termos gerais, aos mesmos resultados obtidos pela utilização do princípio da proibição de excesso em sede de restrição de direitos.

O controlo metódico da desigualdade de tratamento terá de testar: (1) a legitimidade do fim do tratamento desigualitário; (2) a adequação e necessidade deste tratamento para a prossecução do fim; (3) a proporcionalidade do tratamento desigual relativamente aos fins obtidos (ou a obter).

Noutros termos: é o tratamento desigual *adequado e exigível* para alcançar um determinado fim? Este fim é tão importante que possa justificar uma desigualdade de tratamento em *sentido normativo*?" (grifou-se)

Assim, o princípio da razoabilidade proporciona a obtenção de um equilíbrio entre vários valores a serem preservados, e, conforme demonstrado à exaustão nas razões do recurso de apelação interposto pela Apelada, as regras do certame reproduzidas do PCCS desta Fundação, além de observarem o princípio da igualdade, também visaram o atendimento ao princípio da eficiência administrativa (visto que objetivaram garantir a prestação de um serviço público de qualidade).

No que toca a este último princípio, necessário se faz esclarecer que as regras do PCCS relativas à seleção de pessoal estão em perfeita consonância com o mesmo, entendido como preceito imperativo e norteador da atividade administrativa. De acordo com tal princípio, na busca do atingimento de um Estado eficiente, impõe-se a prestação de um serviço público igualmente eficiente, representando tal princípio verdadeira ferramenta a ser utilizada na

obtenção de resultados satisfatórios para a comunidade. Em seu sentido amplo, além da produtividade do exercente do cargo ou função, também deve ser observada a perfeição do trabalho e sua adequação técnica aos fins visados pela Administração. Busca-se um modelo de eficiência que atenda com mais presteza e adequação as necessidades da comunidade para a qual existe determinado órgão.

O entendimento doutrinário majoritário não destoia do afirmado; Hely Lopes Meirelles, Renato Lopes Becho, Paulo Modesto, Palhares Moreira Reis, Uadi Lammêgo Bulos e Celso Ribeiro Bastos, Marcelo Hanger, entre outros doutrinadores citados na peça apelatória, em linhas gerais, assim também compreendem tal princípio.

Breve conclusão

Em resumo: demonstrado o equívoco do pedido, visto que não foi formulado em face de parte legítima (Governador do Estado), tampouco se ateu aos limites dispostos no ordenamento jurídico (declaração de nulidade do ato administrativo - DECRETO), resta ao Poder Judiciário reconhecer a inépcia de tal pretensão, refutando-a.

Outrossim, as normas do PCCS foram concebidas na esfera discricionária reservada ao administrador público, de modo que a imposição da obrigação de adequá-las, sob pena de fixação de multa pecuniária diária para garantir o resultado prático da imposição, implicaria em flagrante e indiscutível violação do princípio pétreo da tripartição e independência harmônica dos soberanos poderes do Estado Democrático de Direito.

Ademais, o PCCS da Fundação ITESP foi aprovado por decreto do Governador, em atendimento ao disposto na lei que a criou (art. 20), após a devida manifestação favorável do Conselho de Defesa dos Capitais do Estado (CODEC) e do Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania. Registre-se que o acolhimento do pedido ministerial acarretaria a imposição, ao Chefe do Executivo Estadual, de expedição de um novo decreto de aprovação (de um novo PCCS), sob pena de pagamento de multa diária. Inequivoca a flagrante violação constitucional que tal providência representaria.

Contrariamente ao afirmado pelo douto representante ministerial, não houve o estabelecimento de critérios discriminatórios abusivos que venham a consubstanciar ofensa ao princípio da isonomia, conforme demonstrado no corpo da presente peça.

Adicione-se a notável e indiscutível razoabilidade do administrador público no que toca à eleição dos critérios de experiência adotados para o exercício das atividades a serem desenvolvidas, visto terem sido estabelecidos em obediência expressa ao princípio constitucional da eficiência (na medida em que foram elaborados na busca de um grau máximo de eficácia no que toca à execução de serviços dotados de tal grau de especificidade).

À derradeira, em última análise, o pedido ministerial redundaria na imposição, coercitiva e ameaçadora, ao Chefe do Poder Executivo de proferir novo decreto (sob pena de multa diária!), para a aprovação de um (eventual) novo PCCS. Ou seja, além de adentrar no campo reservado à discricionariedade administrativa, visto ser competência do Conselho Curador a elaboração das normas do PCCS (art. 14 da lei 10.207/99), o Ministério Público

[Handwritten signature]

ainda propõe a ingerência do Poder Judiciário sobre a competência de atos reservados ao Poder Executivo...

Dessa forma, diante de todo o exposto, conclui-se que não há que se falar em adequação das normas internas da Fundação-Apelante, visto que estão em conformidade com todo o ordenamento jurídico.

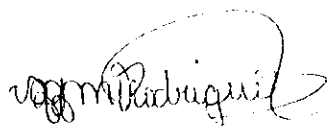
Assim sendo, pugna a Fundação-Apelante pelo improvimento deste recurso de Apelação e a conseqüente manutenção da r. sentença monocrática no que se refere ao não acolhimento do pedido de obrigação de adequação de normas internas sob pena de cominação de multa diária, por ser medida de direito e de justiça.

Termos em que.

Pede deferimento.

São Paulo, 18 de outubro de 2002.


Valéria Mazzocchi da Silva
OAB/SP n.º 186.701


Gláucia Guevara Matielli Rodrigues
OAB/SP n.º 186.333