



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

**DHIEGO MELO JOB DE ALMEIDA**

**FASE DA INVESTIGAÇÃO SOCIAL NOS CONCURSOS PÚBLICOS: ANÁLISE DE  
SUA CONSTITUCIONALIDADE.**

**FORTALEZA  
2013**

DHIEGO MELO JOB DE ALMEIDA

**FASE DA INVESTIGAÇÃO SOCIAL NOS CONCURSOS PÚBLICOS: ANÁLISE DE  
SUA CONSTITUCIONALIDADE.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de Concentração: Direito Constitucional e Direito Administrativo.

Orientador: Prof. Sérgio Rebouças

FORTALEZA  
2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

- 
- A447f Almeida, Dhiego Melo Job de.  
Fase da investigação social nos concursos públicos: análise de sua constitucionalidade / Dhiego Melo Job de Almeida. – 2013.  
93 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2013.  
Área de Concentração: Direito Constitucional e Administrativo.  
Orientação: Prof. Me. Sérgio Bruno Araújo Rebouças.
1. Serviço público – Seleção e admissão – Brasil. 2. Serviço público – Brasil - Concursos. 3. Controle da constitucionalidade - Brasil. I. Rebouças, Sérgio Bruno Araújo (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

DHIEGO MELO JOB DE ALMEIDA

FASE DA INVESTIGAÇÃO SOCIAL NOS CONCURSOS PÚBLICOS: ANÁLISE DE SUA  
CONSTITUCIONALIDADE.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Federal do Ceará como requisito  
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em  
Direito. Áreas de Concentração: Direito  
Constitucional e Direito Administrativo.

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Sérgio Rebouças (Orientador).  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Raul Nepomuceno  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Juvêncio Vasconcelos  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Aos meus pais, Paulo Roberto e Maria Eudócia.  
A todos os Professores da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Ceará.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, razão da minha existência, por mais essa conquista.

Aos meus pais, Paulo Roberto e Maria Eudócia, por sempre acreditarem em mim e por me apoiarem em todos os momentos da minha vida.

Ao meu irmão, Thiago Job, pelo incentivo e amizade.

Em especial, ao professor e orientador Sérgio Rebouças, pelas valiosas sugestões prestadas para o desenvolvimento deste trabalho.

Aos professores Raul Nepomuceno e Juvêncio Vasconcelos, por aceitarem participar da banca examinadora desta monografia.

## RESUMO

O concurso público é a forma mais democrática de acesso ao funcionalismo público. Como procedimento administrativo que é, deve obediência aos princípios constitucionais explícitos e implícitos aplicáveis à Administração Pública, bem como aos direitos e garantias fundamentais, todos previstos na Constituição Federal de 1988. Ocorre que frequentemente os direitos dos candidatos são violados sob as mais diversas formas, sendo imprescindível o controle jurisdicional do concurso público. E uma das maneiras mais recorrentes que a Administração Pública viola os direitos dos candidatos é justamente na investigação social, que é a fase do certame responsável por aferir a idoneidade moral e a reputação dos candidatos a certos cargos e empregos públicos. As hipóteses comumente verificadas nos editais ora redundam em arbitrariedades, ora violam os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade ou da presunção da inocência, sob o fundamento de uma pretensa moralidade administrativa, primazia do interesse público sobre o privado e exercício regular da discricionariedade administrativa. Demonstrar-se-á, portanto, a inconstitucionalidade dessas hipóteses de exclusão dos candidatos, além de questões procedimentais secundárias, necessárias à correta compreensão da problemática posta em discussão. Por fim, analisar-se-á formas de compatibilizar os diversos princípios constitucionais envolvidos, notadamente o da presunção da inocência e da moralidade administrativa.

**Palavras-chave:** Concurso Público, Investigação Social, Constitucionalidade.

## ABSTRACT

The public examination is the most democratic form of access to the civil service. As administrative procedure is, owes obedience to explicit and implicit constitutional principles applicable to government as well as the rights and guarantees, all under the Constitution of 1988. Often happens that the rights of candidates are violated under the most diverse forms, is essential to judicial review of the public examination. And makes a recurring ways in which public administration violates the rights of candidates is precisely in social research, which is the phase of the event responsible for assessing the moral character and reputation of the candidates to certain public offices and positions. The assumptions commonly found in either redound to arbitrary edicts, sometimes violate the principles of reasonableness, proportionality and the presumption of innocence on the grounds of an alleged administrative morality, primacy of public interest over private and regular exercise of administrative discretion. Demonstrate will therefore unconstitutional exclusion of these hypotheses candidates, plus minor procedural issues necessary for the correct understanding of the problem called into question. Finally, it will examine ways of harmonizing the various constitutional principles involved, notably the presumption of innocence and administrative morality.

**Keywords:** Public Examination, Social Research, Constitutionality.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 CONCURSO PÚBLICO</b> .....	12
<b>2.1 Considerações iniciais</b> .....	12
<b>2.2 Princípios aplicáveis</b> .....	17
<b>3 CONTROLE JURISDICIONAL DO CONCURSO PÚBLICO</b> .....	34
<b>3.1 Considerações iniciais</b> .....	34
<b>3.2 Alguns casos em que os Tribunais Superiores já exerceram controle jurisdicional nos concursos públicos</b> .....	38
<b>3.3 Limite da discricionariedade administrativa: conflito de princípios</b> .....	41
<b>4 INVESTIGAÇÃO SOCIAL</b> .....	46
<b>4.1 Considerações iniciais: parâmetros de seleção dos candidatos</b> .....	46
<b>4.2 Análise casuística – Considerações gerais</b> .....	53
<b>4.3 Outras questões importantes</b> .....	70
<b>4.4 Questões Processuais pertinentes</b> .....	75
<b>4.5 Projeto de Lei Geral dos Concursos Públicos: PLS 74/2010 e outras propostas de compatibilização entre os princípios constitucionais</b> .....	83
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	90
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	93

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva analisar a legalidade e a constitucionalidade da fase da investigação social nos concursos públicos.

O concurso público, previsto na Constituição Federal de 1988, é a forma mais democrática de acesso a empregos e cargos públicos. Pelos mais diversos motivos milhares de candidatos se submetem a esses certames, seja por vocação, seja para garantir a estabilidade ou simplesmente pela remuneração.

O certo é que o concurso público, como procedimento administrativo que é, é regido por diversos princípios constitucionais, explícitos e implícitos. Entretanto, a Administração Pública, por diversas vezes, viola tais princípios, agravado pela ausência de uma norma disciplinando o assunto, sendo, então, necessário o controle jurisdicional dos concursos públicos.

A fase da investigação social não está imune a essas transgressões aos princípios constitucionais. Tal fase tem como objetivo verificar a idoneidade moral do candidato e se sua conduta social e funcional é irrepreensível, para, então, declará-lo compatível ou não com o cargo almejado. A discussão dessa fase no concurso é, por vezes, carregada de um certo estigma, à medida que aqueles que defendem sua extinção ou sua modificação são vistos como incentivadores para que criminosos ou marginais assumam os cargos públicos, notadamente àqueles mais sensíveis, ligados à segurança pública.

Não se pode, entretanto, fechar os olhos à constatação que nessa fase, tal como é realizada hoje, diversos princípios constitucionais restam maculados, especialmente os da razoabilidade, da proporcionalidade e da presunção da inocência.

Para analisar essa problemática, utilizou-se a nomenclatura mais usual nos concursos e na jurisprudência, que denomina a fase de investigação social, tendo exatamente o mesmo significado de outras expressões, como sindicância da vida pregressa, investigação sociofuncional ou capacitação moral, por exemplo. Não foi realizada uma pesquisa empírica, pois

haveria manifesta violação da intimidade a divulgação das informações fornecidas pelos candidatos ou os motivos de suas eliminações.

Restringiu-se, portanto, o presente trabalho a uma Pesquisa Bibliográfica, na medida em que se fez uso dos entendimentos doutrinários que guardem pertinência quanto ao tema, presentes em livros e artigos científicos. Utilizou-se ainda da Pesquisa Jurisprudencial, na medida em que foram abordados precedentes dos Tribunais pátrios. O presente trabalho visou única e exclusivamente a obter uma ampliação dos conhecimentos acerca do tema, tentando-se aqui oferecer soluções à problemática abordada.

Deu-se uma abordagem qualitativa, porquanto se centralizou a discussão acerca do conteúdo de princípios jurídicos e de suas aplicações no caso concreto, em colisão a outros preceitos jurídicos, de modo a se buscar um resultado equilibrador. Por fim, enquadrou-se como uma Pesquisa Descritiva, tendo em vista o intuito de se explorar pormenorizadamente um tema específico, bem como uma Pesquisa Exploratória, posto que visou a abordar as ideias formuladas acerca do assunto, bem como imiscuir-se na análise de precedentes jurisprudenciais.

No primeiro capítulo deste trabalho, procurou-se conceituar o concurso público, além de demonstrar suas características gerais. Analisou-se também os diversos princípios constitucionais, explícitos e implícitos, aplicáveis aos concursos públicos.

Em um segundo momento, passou-se a discutir acerca da discricionariedade administrativa, bem como a possibilidade do controle jurisdicional dos concursos públicos.

Finalmente, no terceiro capítulo, passou-se à aferição propriamente dita da investigação social, conceituando-a e analisando sua compatibilidade com os preceitos constitucionais e legais. Para tanto, foi realizada uma profunda pesquisa jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ), assim como foram propostas soluções compatibilizadoras dos diversos princípios constitucionais envolvidos, especialmente dos princípio da moralidade administrativa e da presunção da inocência.

## 2 CONCURSO PÚBLICO

### 2.1 Considerações iniciais

O concurso público<sup>12</sup> é uma norma constitucional trazida pelo art. 37 da Constituição Federal de 1988<sup>3</sup>, em que se exige para a investidura em cargo ou emprego público, na administração direta ou indireta, a prévia aprovação em concurso público de provas<sup>4</sup> ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei.

Autores como Agapito Machado Júnior<sup>5</sup>, por exemplo, fundamentam o concurso

<sup>1</sup>Francisco Lobello de Oliveira realiza um interessante trabalho histórico, afirmando que “Os concursos públicos são utilizados desde a antiguidade como forma de seleção dos ocupantes de cargos públicos. As primeiras referências tradicionais que identificam a realização de escolha de candidatos pelo sistema de mérito datam de períodos que variam de 2200 a.C. a 150 a.C., na China antiga”. ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 49.

<sup>2</sup>Em outra obra que se debruça sobre a matéria, Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz afirmam, citando o administrativista Cretella Júnior, que “Os mais conhecidos meios de seleção aplicados no decorrer da História, magnanimamente desenvolvidos pelo festejado publicista, foram os seguintes: sorteio, compra e venda, herança, arrendamento, livre nomeação absoluta, livre nomeação relativa, eleição e concurso”. E arrematam: “Realmente, dentre todos os meios de seleção que existem, o concurso público sobressai-se como o melhor processo de recrutamento de agentes públicos e o menos inconveniente, na medida em que não constitui um sistema meramente aleatório como o sorteio; não trata o cargo público como objeto mercantil ou de sucessão hereditária, como o arrendamento, a compra e venda e a herança; não adota como critério de escolha do agente público a valoração puramente discricionária ou de natureza eminentemente político-econômica, como a livre nomeação e eleição”. MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 3 e 6.

<sup>3</sup>Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

<sup>4</sup>“Quanto à natureza, as provas dos concursos públicos podem ser escritas (objetivas, discursivas/dissertativas e mistas), orais, de capacidade física, psicotécnicas, práticas e de títulos; quanto à existência, ou não, de caráter excludente do certame; as provas podem ser exclusivamente classificatórias, exclusivamente eliminatórias ou classificatórias e eliminatórias; quanto ao objeto de avaliação, as provas podem ser de conhecimento (provas escritas e orais), de habilidades específicas (provas práticas), físico-orgânicas (prova de capacidade física), de aptidão psicológica (provas psicotécnicas) e culturais (provas de títulos)”. MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 104.

<sup>5</sup>“Insta, por fim, acrescentar que o acesso a cargos e empregos públicos consubstancia uma das vias de implementação por parte do Estado do princípio inerente à ordem econômica, a saber, a busca do pleno emprego (art. 170, VIII, da CF/88)”. JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 7.

público também no art. 170, III, da CF<sup>6</sup>.

Luíz Marcelo Cavalcanti de Sousa<sup>7</sup> acrescenta que “... mais do que um Princípio, a democrática via do concurso público constitui autêntico Postulado, daí porque foi incluído na Declaração Geral dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948, cujo enunciado dispõe: *cada indivíduo tem o direito ao ingresso, sob condições iguais, ao serviço de seu país*”. Dessa forma, “(...) surge que, num Estado de Direito, todo cidadão tem direito de acesso aos cargos e empregos públicos, pelos quais competirá em igualdade de condições com os demais cidadão interessados”<sup>8</sup>.

Em alguns julgados, o STF chega a afirmar que a acessibilidade do cargo público mediante concurso é um princípio<sup>9</sup>, mas há doutrina em sentido contrário, afirmando que “Na verdade, o direito de acesso a cargos e empregos públicos é, claramente, uma regra. Pois não é, efetivamente, uma norma finalística que proponha um estado de coisas a ser promovido, mas uma norma descritiva de uma conduta a ser seguida”<sup>10</sup>.

Ressalte-se que nas Constituições Federais anteriores já havia menção ao direito de acesso aos cargos públicos, assim como previsão de que esse acesso deveria se dar por meio de concurso ou outro meio que se analisasse o mérito de cada um:

No Brasil, desde o Império, é garantido a todos os cidadãos o direito ao livre acesso aos cargos públicos. A Constituição do Império, de 1824, já previa entre os direitos civis e políticos dos cidadãos que: 'Todo o cidadão pode ser admittido (sic) aos cargos Públicos Civis, Políticos, ou Militares, sem outra diferença, que não seja dos seus talentos, e virtudes.' (art. 179, inc. XIV) Como se vê, os critérios de seleção dos ocupantes de cargos públicos já deveriam ser os seus talentos e virtudes.<sup>11</sup>

<sup>6</sup>Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VIII - busca do pleno emprego;

<sup>7</sup>SOUSA, Luís Marcelo Cavalcanti de. **Controle Judiciário dos concursos públicos**. São Paulo: Método, 2007. p. 22.

<sup>8</sup>ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 52.

<sup>9</sup>Nesse sentido: RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011; AI 848545 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012.

<sup>10</sup>ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 52.

<sup>11</sup>ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 50.

Em estudo aprofundando sobre o tema, Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz afirmam que no período imperial “foram editadas algumas prescrições normativas esparsas que previam uma forma imparcial para o acesso aos postos públicos, de que constitui exemplo o decreto Imperial n. 25, de 12 de agosto de 1833, *marco histórico do concurso público no Brasil*, o qual 'determina sobre a forma dos exames para o grão de Doutor e provimento das cadeiras de Lentes, nos Cursos Jurídicos de Olinda, e S. Paulo”<sup>12</sup>.

Ressalte-se, todavia, que o concurso público somente foi erigido à condição de princípio constitucional expresso com a Constituição Federal de 1934<sup>13</sup>, mas restrito aos cargos de carreira, sendo exigível a todos os cargos públicos apenas com o advento da Constituição Federal de 1967<sup>14</sup>.

Em obras específicas sobre o tema, o concurso público é conceituado de diferentes formas:

Assim, na nossa concepção, o concurso público é um procedimento administrativo, subordinado a um ato administrativo prévio, o edital – que por sua vez subordina-se a todo o ordenamento jurídico preexistente –, destinado a propiciar a mais perfeita seleção entre os candidatos que preencherem as necessidades da Administração, garantindo-se a igualdade de oportunidades na concretização do direito fundamental ao livre acesso a cargos e empregos públicos.<sup>15</sup>

(...) o concurso público pode ser conceituado como um processo administrativo especial, externo, ampliativo e concorrencial, que visa a selecionar e recrutar pessoas, atendidos os requisitos legais, para assumir cargos ou empregos públicos vagos na estrutura administrativa estatal, mediante realização de provas ou provas e títulos, atendida a ordem de classificação final dos candidatos.<sup>16</sup>

(...) o concurso público é um veículo ou meio constitucionalmente de que se vale a

<sup>12</sup>MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 7.

<sup>13</sup>Art 170 da CF/34 - O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor: (...) 2º) a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos;

<sup>14</sup>Art 95 da CF/67 - Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer. § 1º - A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. § 2º - Prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.

<sup>15</sup>ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 54.

<sup>16</sup>MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 15.

Administração Pública (direta e indireta) apto a garantir o acesso do povo na condição de servidor público ao poder político, preservando-se a indisponibilidade do interesse público, a isonomia, a moralidade e a eficiência do serviço público, este último, princípio constitucional inserido expressamente pela EC nº 19/98 no art. 37 da CF/88.<sup>17</sup>

Para Francisco Lobello de Oliveira Rocha “O provimento de cargos por meio de concursos públicos deve ser, portanto, um instrumento para propiciar a profissionalização da burocracia estatal, garantindo que se contratem apenas candidatos que preencham as necessidades da Administração e atendam ao interesse público. Como consequência de uma contratação eficiente, aumenta-se a estabilidade da Administração Pública e reduz-se a sensibilidade da máquina pública à alternância de governos e a governantes oportunistas”<sup>18</sup>.

Dessa forma, ressalvadas as exceções constitucionais e legais<sup>19</sup>, qualquer pessoa deverá, necessariamente, submeter-se ao concurso público para ter acesso ao emprego ou cargo público<sup>20</sup>.

Ressalte-se que concurso público não se confunde com processo de seleção pública, este último aplicável, por exemplo, às contratações temporárias e às entidades do terceiro setor, desde que recebam recursos públicos e que mantenham vínculo jurídico com o Estado<sup>21</sup>.

<sup>17</sup>JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 11.

<sup>18</sup>ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 9.

<sup>19</sup>Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro Queiroz resumem às seguintes hipóteses as exceções ao princípio da obrigatoriedade do concurso: 1) contratação temporária para atender a excepcional interesse público, nos termos do art. 37, X, da CF/88; 2) nomeação para cargos em comissão e funções de confiança, nos termos do art. 37, II, *in fine*, da CF/88; 3) nomeação para determinados cargos vitalícios nas hipóteses constitucionalmente excepcionadas; 4) promoção vertical; 5) execução indireta de serviços licitados; 6) aproveitamento no serviço público de ex-combatente de guerra; 7) admissão excepcional de profissionais especializados nas empresas estatais exploradoras de atividade econômica. MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 23/24.

<sup>20</sup>O Tribunal de Contas da União estende a exigência de concurso no seguinte sentido: “Súmula 231 - A exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas e, ainda, as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada”.

<sup>21</sup>“O concurso público volta-se à seleção de pessoas para assumir cargos efetivos ou empregos públicos permanentes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades autárquicas e fundacionais, das empresas públicas e das sociedades de economia mista. O processo de seleção pública, à sua vez, aplica-se às pessoas jurídicas de direito público e às pessoas jurídicas de direito privado vinculadas aos princípios da Administração, ainda que não integrantes do Poder Público, relativamente às contratações de pessoal não sujeitas ao prévio concurso público”. MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 15/16.

Em interessantíssimo paralelo que traçam os autores Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz, eles enquadram o concurso público como um procedimento concorrencial destinado a atender a indisponibilidade do interesse público, a impessoalidade, a moralidade e a eficiência, além da constatação de que o número de administrados que desejam obter benefícios públicos é maior que a oferta social do Estado, devendo, portanto, o Estado promover um procedimento concorrencial de maneira a garantir a isonomia:

É o que acontece, por exemplo, com a prerrogativa de celebrar contratos administrativos com o Poder Público (benefício econômico); com o acesso ao ensino superior gratuito (benefício social) e com o acesso aos cargos e empregos públicos (benefício profissional), rendendo ensejo, respectivamente, aos processos concorrenciais relativos ao vestibular, ao procedimento licitatório e ao concurso público.<sup>22</sup>

E continuam:

Interessante notar, ainda, que dentre os procedimentos concorrenciais, existem algumas espécies tão relevantes para a coletividade que a sua deflagração é constitucionalmente obrigatória, como sucede com os processos de licitação e de concurso público e, por isso, são erigidos ao *status* de princípios constitucionais especiais.<sup>23</sup>

Apesar de todas as qualidades do concurso público como forma de seleção, não raras vezes, governantes, sob a invocação do chamado “Estado Gerencial”, tentam afastar a exigência constitucional do concurso público sob as mais diversas formas<sup>2425</sup>.

<sup>22</sup>MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 22.

<sup>23</sup>MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 23.

<sup>24</sup>Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro Queiroz dedicam um capítulo inteiro de sua obra para analisar os casos de burla ao concurso público: “Destacam-se, entre tais expedientes, as terceirizações, as contratações temporárias fraudulentas, a nomeação para cargos em comissão que não se destinam às 'atribuições de direção, chefia e assessoramento' (CF/88, art. 37, V, *in fine*), as contratações decorrentes de contrato de gestão, convênios, termos de parcerias e outros vínculos jurídicos com as organizações sociais, entidades de apoio e demais entidades paraestatais, entre outras formas de parceria” MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 59.

<sup>25</sup>Agapito Machado Júnior, também atento aos casos de burla da obrigatoriedade do concurso público, assevera que “O constituinte, visando a garantir a obrigatoriedade da regra do concurso público, prescreveu como causa de nulidade absoluta (de pleno direito) do ato de provimento, com a consequente responsabilização do agente público, a inobservância dos incisos II e III do art. 37 da CF/88 (art. 37, §2º). É um dos poucos casos de nulidade expressa no texto constitucional atual, o que denota a importância da obrigatoriedade da regra do concurso público. Talvez tenha sido assim em virtude da prática de certos governantes no passado, e mesmo após o advento da Constituição Democrática, teimaram em não respeitar a regra”. JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 13 e 86/116.

## 2.2 Princípios aplicáveis

O texto constitucional traz no mesmo art. 37, especificamente no *caput*, os princípios aplicáveis à Administração Pública, quais sejam, o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Sendo o concurso público um procedimento administrativo, é certo que se submete ao mesmo regime jurídico da Administração Pública.

A doutrina majoritária também entende que são princípios implícitos aplicáveis à Administração a razoabilidade e a proporcionalidade, decorrentes do devido processo legal substantivo. Ressalte-se, obviamente, que os direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º também são inteiramente aplicáveis ao concurso público.

Já no âmbito infraconstitucional, algumas leis elencam outros princípios, além dos previstos na CF, a que a Administração Pública deve obediência, e, conseqüentemente, o concurso público também, como, por exemplo, a Lei 9.784/99<sup>26</sup>, lei federal que trata do processo administrativo nessa esfera, e a Lei 8666/93<sup>27</sup>, lei nacional que trata das licitações e dos contratos administrativos.

O concurso público ao mesmo tempo em que é regido pelos princípios constitucionais explícitos e implícitos, além dos previstos na legislação infraconstitucional, também representa sua própria materialização:

O concurso público é a forma mais democrática e legítima de se buscar as melhores pessoas, dentre as que participaram do certame, para ingressar no serviço público. Além de ensejar a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos na Administração Pública direta ou indireta, atende, a um só tempo, aos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, eficiência e moralidade.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup>Lei 9.784/99 - Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

<sup>27</sup>Lei 8.666/93 - Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

<sup>28</sup>MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 42.

Portanto, se por um lado o concurso público deve obedecer a legalidade, posto que os requisitos para o ingresso no cargo público devem estar previstos em lei, por outro o acesso mediante concurso representa a materialização dos princípios da moralidade, isonomia e eficiência, selecionando os candidatos mais aptos ao cargo, vedada a interferência de qualquer requisito que não seja a estrita capacidade técnica do candidato<sup>29</sup>.

Por fim, verifica-se que o concurso público é decorrência do próprio Estado democrático de Direito, à medida que “Como o poder emana do povo, é indispensável, no Estado democrático (art. 1º da CF/88), que ele chegue ao exercício do poder político, mediante mandato eletivo ou mediante concurso público. O primeiro meio traduz a legitimidade e a representatividade popular; o segundo, o mérito do agente (aspecto técnico)”<sup>30</sup>.

### 2.2.1 Supremacia do Interesse Público sobre o Privado

A Supremacia do Interesse Público sobre o Privado permeia toda a atuação da Administração Pública, repercutindo, obviamente, nos concursos públicos. São exemplos de manifestação dessa supremacia o poder de polícia e as limitações do Estado à propriedade privada, por exemplo. Não é um princípio explícito na CF/88, havendo divergência na doutrina se é até mesmo um princípio<sup>31</sup>.

Com base neste princípio (ou postulado normativo), ao lado do princípio da moralidade, é que se legitima a investigação social dos candidatos a determinados cargos públicos. Portanto, essa fase do certame possui, sim, base principiológica. O fato de sua aplicação

<sup>29</sup>“Dessa sorte, mormente em se tratando de tema relacionado ao concurso público, sobreleva a importância dos princípios no contexto da aplicação do Direito Administrativo brasileiro, dentro de sua função interpretativa, integrativa e limitativa da conduta dos agente públicos”. MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20.

<sup>30</sup>JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 12.

<sup>31</sup>“(…) Assim, ainda que reiteradamente receba a denominação de princípio, parece-nos mais adequado à noção de postulado. Com efeito, a supremacia do interesse público sobre o privado não impõe um estado de coisas a ser promovido, mas um critério de decisão na contraposição do interesse privado com o coletivo. (...) É em atenção a esta norma que, nos concursos públicos, se podem impor restrições ao amplo acesso aos cargos e empregos públicos para atender às necessidades da Administração, pois, contrapostos o direito de o particular aceder aos cargos públicos e o zelo pela qualidade dos serviços públicos, deve prevalecer este último”. ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 26/27.

ser desvirtuada, ofendendo outros princípios constitucionalmente estabelecidos, não retira a legitimidade de sua aplicação, conforme será abordado no capítulo 4, quando se discorrerá sobre as formas de compatibilização desses princípios na fase da investigação social.

### **2.2.2 Princípio da Legalidade**

O princípio da legalidade para a Administração Pública possui um sentido diferente desse mesmo princípio aplicável aos particulares. Segundo lição clássica da doutrina, enquanto que à Administração Pública não lhe é lícito fazer algo que a lei não determina, aos particulares é lícito tudo o que não for proibido.

Decorre do art. 5º, II, da CF/88<sup>32</sup>, pois se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, por óbvio a Administração Pública não pode impor obrigações ou restrições que não estejam previstos em lei.

Repisa-se que não é só à lei que está submetida a Administração Pública, mas também aos princípios fundamentais que norteiam o ordenamento jurídico.

Salienta-se isso pois nem sempre a lei, apesar de sua presunção de constitucionalidade, está de acordo com os princípios constitucionais. Pelo menos na investigação social, normalmente a lei se restringe a exigir a idoneidade moral do candidato e que sua conduta seja irrepreensível, como requisitos para o acesso ao cargo, não havendo qualquer ilegalidade nisso. O problema é o edital do certame que definirá como se dará essa verificação, descrevendo as situações que poderão eliminar os candidatos. Portanto, geralmente, reside no próprio edital a inconstitucionalidade, e não na lei que regula a carreira.

---

<sup>32</sup>II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Mas isso não impede que as ilegalidades cometidas na fase da investigação social sejam também amparadas por lei, bastando que a mesma descreva minuciosamente a forma que será aferida a idoneidade do candidato, e que nem por isso podem ser consideradas legítimas<sup>33</sup>.

Tome-se como exemplo o concurso de Agente da Polícia Federal, cujas leis regulamentadoras são a Lei nº. 4.878/1965<sup>34</sup> e o Decreto Lei nº. 2.320/1987<sup>35</sup>. As leis se restringem a exigir o procedimento irrepreensível e a idoneidade moral do candidato, observando, portanto, os princípios da moralidade administrativa e da supremacia do interesse público sobre o privado. Por isso, se ilegalidade houver nos certames para esse cargo, será decorrente do edital do certame, que especificará como será aferido o procedimento e a idoneidade do candidato, e não da lei regulamentadora da carreira.

Já atendo a problemática do edital<sup>36</sup>, Luís Marcelo Cavalcanti de Sousa adverte que:

O concurso pressupõe a publicação do seu edital, que é o regulamento do certame, por meio do qual se estabelecem as regras, requisitos, cronograma, programa, critérios de

---

<sup>33</sup>No final de sua obra, sobre esse tema, Agapito Machado Júnior chega às seguintes conclusões: “18. As regras de acesso ao cargo ou emprego público devem constar necessariamente da lei, podendo o edital apenas reproduzi-las, sem inovação, haja vista que não se pode restringir um direito com base em norma secundária. Contudo, as regras de execução do concurso deverão estar previstas de formas genérica na lei, podendo, contudo, o edital desenvolvê-las de forma racional, tornando mais minuciosas as etapas do concurso. 19. As condições ou requisitos para o acesso ao cargo, de acordo com a complexidade deste, devem ser veiculados por lei e esta, por suas vez, deverá ser constitucional, o que será avaliado a depender da razoabilidade de escolha de tais requisitos. 20. O legislador tem amplo poder de escolha dos requisitos necessário para provimento de determinado cargo ou emprego público quando da confecção da lei. Entretanto, qualquer escolha deverá ter coerência com a constituição federal, sob pena de nulidade pelo poder Judiciário, que reconhecerá a inconstitucionalidade da norma”. JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 225.

<sup>34</sup>Art. 9º São requisitos para matrícula na Academia Nacional de Polícia:

(...)

V - ter procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável, avaliados segundo normas baixadas pela Direção Geral do Departamento de Polícia Federal

<sup>35</sup>Art. 8º São requisitos para a matrícula em curso de formação profissional, apurados em processo seletivo, promovido pela Academia Nacional de Polícia:

I - ter procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável, avaliados segundo normas baixadas pela Direção-Geral do Departamento de Polícia Federal;

<sup>36</sup>O edital pode ser impugnado judicialmente e administrativamente. Acerca da impugnação administrativa, inclusive nos casos em que não há previsão no próprio edital, Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz afirmam que: “A possibilidade de se impugnar administrativamente o edital, ainda que omisso tal instrumento, deve ser reconhecida aos administrados como imanência do 'direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra a *ilegalidade* ou abuso de poder' (CF/88, art. 5º, XXXIV, *a*, da CF/88). Obviamente, o administrado não só tem o direito de impugnar o edital do concurso, como também de receber uma resposta tempestiva de sua manifestação, em ordem a viabilizar, conforme o caso, a adoção oportuna das medidas judiciais pertinentes antes da fase da realização das provas”. MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 90/91.

correção e pontuação, número de vagas – ou a ressalva de que se trata de cadastro de reserva – entre outros. Não raro, reside aí a origem das controvérsias que levam muitos candidatos a procurar o Judiciário para preservar seus direitos. Editais mal redigidos ou que trazem disposições de constitucionalidade duvidosa têm levado inúmeros casos à apreciação dos magistrados(...).<sup>37</sup>

O concurso, que nada mais é do que uma atividade administrativa destinada a selecionar os candidatos mais aptos a preencherem as vagas nos cargos e empregos públicos, deve plena obediência ao princípio da legalidade.

Isso significa que todas as etapas do certame público devem estar previstas na lei que regulamenta a carreira. Portanto, deve ser visto com ressalva a máxima de que o “edital é a lei do concurso”<sup>38</sup>, porquanto não é suficiente a previsão de uma etapa ou um requisito para o ingresso no cargo tendo previsão exclusivamente editalícia<sup>39</sup>.

O STF, por exemplo, pacificou controvérsia acerca da validade de exame psicotécnico nos casos em que as leis que regulam a carreira silenciavam a respeito, sumulando que “Só por lei se pode sujeitar a habilitação de candidato a cargo público” (Súmula nº 686). Assim, se em eventual concurso houver previsão da fase de investigação social no edital, sem que seja exigido o requisito da idoneidade moral na lei que regulamenta a carreira, tal exigência editalícia será inconstitucional por ofensa à legalidade.

### 2.2.3 Princípio da Moralidade

O concurso público, amparado numa concepção meritocrática, no sentido que somente os candidatos mais aptos ao cargo devem assumi-los, representa, para parte da doutrina,

<sup>37</sup>SOUSA, Luís Marcelo Cavalcanti de. **Controle Judiciário dos concursos públicos**. São Paulo: Método, 2007. p. 23

<sup>38</sup>“Por outro lado, tal brocardo não pode ganhar caráter absoluto. É preciso atentar para o fato de que a elaboração do edital submete-se a todo o sistema jurídico preexistente, assim como qualquer ato administrativo. Abusos e ilegalidades contidos no edital, portanto, devem ser afastados, seja pela própria Administração no exercício de seu poder de autotutela, seja pelo Judiciário, quando provocado”. ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 23.

<sup>39</sup>“Em que pese alguma possível discussão doutrinária, entende-se que as normas do edital não podem ser consideradas lei nem em sentido formal, nem material. Isso porque não são produzidas pelo Poder Legislativo como produto de um processo legislativo (lei formal); nem possuem abstração, já que a norma incide uma única vez e se esvai, nem generalidade já que se aplica apenas ao grupo especial de administrados que se inscreveram no certame, ou seja, aos candidatos, não se aplicando aos demais administrados (lei material)”. JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 176.

uma aplicação direta do princípio da moralidade administrativa<sup>40</sup>, no sentido de vedar a nomeação de cargos efetivos por razões de parentesco ou de cunho econômico.

Esse é o princípio essencial que legitima a existência do requisito da reputação ilibada e idoneidade moral dos candidatos a certos cargos públicos<sup>41</sup>, devendo, para aferir tais requisitos, passar pela fase da investigação social. Entende-se que é imoral permitir que um candidato cuja reputação e idoneidade seja duvidosa possa assumir um cargo público de evidente responsabilidade.

A questão é que, sob uma pretensa concretização do princípio da moralidade administrativa, a Administração Pública pratica atos manifestamente inconstitucionais, seja porque arbitrários, seja porque ofendem a outros princípios constitucionais.

Assim, não é porque a o requisito da idoneidade moral com a sua consequente verificação na investigação social possui embasamento constitucional que a Administração Pública pode desvirtuar sua aplicação.

#### 2.2.4 Princípio da Isonomia

A isonomia, prevista no art. 5º da CF/88, é a base do concurso público, já que os candidatos se submetem ao certame público em igualdade de condições, sendo a todos oportunizado o acesso a cargos e empregos públicos. Por conta da isonomia, os candidatos devem se submeter ao concurso público sob as mesmas exigências e condições.

---

<sup>40</sup>“As diversas conceituações de moralidade administrativa, na doutrina brasileira, como já visto, relacionam o conteúdo do princípio ora com teoria do desvio de poder, ora com a moral interna da Administração, ora com o dever de boa administração, ora com pautas éticas de atuação dos agentes públicos”. MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª Edição São Paulo: Dialética, 2004. p. 123. A própria autora analisa a moralidade administrativa sob três dimensões distintas: a boa-fé, a probidade administrativa e a razoabilidade. p. 126/132.

<sup>41</sup>Interessante notar que a doutrina administrativista mais abalizada em nenhum momento, quando discorre acerca do princípio da moralidade, faz menção à fase da investigação social ou mesmo ao requisito de idoneidade moral para acesso ao cargo público. Não se está aqui a defender que a investigação social não possui amparo no princípio da moralidade, mas apenas que essa constatação não é tão óbvia assim. Nesse sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros 2008. p.119/120; MERELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 91/95. CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**. 20ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 19/22. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 77/80

A isonomia, entretanto, como todo direito e garantia fundamental, não é absoluto. Pode, portanto, a Administração Pública criar requisitos diferenciados para determinados cargos. Para embasar a adoção desses critérios, a doutrina procura delimitar quais critérios desequiparadores seriam legítimos ou não<sup>42</sup>.

Francisco Lobello de Oliveira Rocha<sup>43</sup>, com base em Noberto Bobbio, estabelece três vetores que servem de norte para a verificação do critério desequiparador: a objetividade (I), a relevância (II) e a correlação lógica entre o critério de desequiparação e o fim pretendido (III):

(I) Objetivo é tudo aquilo que é incontroverso; diz com fatos/características sobre os quais todas as pessoas têm idêntica percepção. Daí que a objetividade nunca pode decorrer de um juízo de valor, de uma impressão pessoal de quem quer que seja. O que é objetivo não deixa dúvidas. Se existe qualquer dúvida sobre a objetividade de determinado critério, é porque este não é objetivo.

(II) Determinar o que é relevante não é tão simples. (...) A relevância do critério diferenciador adotado – e, conseqüentemente, sua validade verifica-se sempre diante de sua adequação ao fim pretendido. Fins diversos exigem a utilização de critérios distintos. Tal verificação deve integrar, ainda, os postulados da razoabilidade e proporcionalidade que abordaremos mais adiante.

(III) O critério desequiparador adotado pela norma, para diferenciação de regimes, deve refletir fato, situação jurídica ou característica pessoal que justifique(m) a desequiparação diante da finalidade pretendida. O critério de altura mínima, por exemplo, não é válido para um concurso público para preenchimento de cargos técnicos ou administrativos, mas pode ser para outro de preenchimento de cargos de agentes de polícia ou bombeiros.

Celso Antônio Bandeira de Mello “Aponta em sua teoria quatro elementos imprescindíveis à convivência do discrímine legal com a isonomia: 1º) a generalidade da

---

<sup>42</sup>Luís Roberto Barroso, por exemplo, diz que o critério deve obedecer a chamada razoabilidade interna e externa: “a) razoabilidade interna: a.1) o elemento discriminatório deve ser relevante e residente nas pessoas por tal modo diferenciada, ou seja, não pode ser externo ou alheio a elas; a.2) a desequiparação deve ser baseada em critério racional, ou seja, deve existir adequação entre meio e fim; a.3) a desequiparação terá que ser necessária para realizar o objetivo visado, proibido o excesso, isto é, tratamento diferenciado além do imprescindível para o atingimento dos fins almejados; a.4) deverá haver proporcionalidade em sentido estrito: que o valor promovido com a desequiparação seja mais relevante que o sacrificado por ela; b) razoabilidade externa: o meio empregado e o fim perseguido deverão ser compatíveis com os valores constitucionais”. BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e Isonomia no direito brasileiro. Discriminação: estudos. Márcio Túlio Viana e Otávio Linhares Renault. Coordenadores. São Paulo: Ltr, 2000. p. 34-35, APUD. por SOUSA, Luís Marcelo Cavalcanti de. **Controle Judiciário dos concursos públicos**. São Paulo: Método, 2007. p. 43.

<sup>43</sup>ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 32.

desequiparação, ou seja que 'ela não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo'; 2ª) efetiva distinção entre as situações ou pessoas desequiparadas pela regra; 3º) a existência, em abstrato, de uma correlação lógica entre os fatores diferenciais e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida na norma jurídica; e, por fim, 4º) pertinência, *in concreto*, do vínculo de correlação em função dos interesses constitucionalmente protegidos".<sup>44</sup>

Geralmente a Administração Pública quando é instada a se manifestar acerca da fase da investigação social, afirma que a mesma atende a isonomia pois todos os candidatos são submetidos a ela. Ocorre que isso é um equívoco, pois o próprio critério diferenciador pode ser ilegal, como bem observa a doutrina:

É importante ressaltar, no entanto, que a igualdade nos concursos públicos não se pode resumir à mera igualdade/uniformidade de aplicação dos critérios. Com frequência, o Poder Judiciário tem convalidado gravíssimas afrontas ao princípio da igualdade praticadas por bancas examinadoras devido à conclusão simplista de que determinado critério é válido, pois aplicado a todos os candidatos. A igualdade, no entanto, não se resume à generalidade. É preciso verificar, também, a validade e adequação do critério de desequiparação adotado.<sup>45</sup>

Portanto, não é porque todos devem preencher o requisito da idoneidade moral, a ser verificado na fase de investigação social, que toda e qualquer hipótese de eliminação automaticamente será convalidada pela única razão de que todos os candidatos estão submetidas a ela. O critério de desequiparação, ou, no caso, a forma de sua verificação, ainda assim poderá ser inconstitucional.

### 2.2.5 Princípio da Impessoalidade

Há certa divergência sobre o que é o princípio da impessoalidade. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, afirma que o princípio da impessoalidade é o próprio princípio

<sup>44</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Edição São Paulo: Malheiros, 1993, p.18. APUD. por MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª Edição São Paulo: Dialética, 2004. p. 155/156.

<sup>45</sup>ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 31.

da igualdade ou isonomia<sup>46</sup>. Já Helly Lopes Meirelles entende que se trata do princípio da finalidade<sup>47</sup>. José dos Santos Carvalho Filho, em posição intermediária, entende que a impessoalidade representa uma faceta do princípio da isonomia, e o reflexo da aplicação do princípio da finalidade<sup>48</sup>.

Seja qual for a doutrina adotada<sup>49</sup>, interessante é a conclusão de Francisco Lobello de Oliveira Rocha, de que “No exercício de suas funções, o agente público deve deixar de lado seus interesses e incorporar somente o interesse público. Naquele momento ele é a Administração, não tem mais amigos, inimigos, dívidas, créditos, gratidões, rancores, pois o Estado não os tem. Deve tratar todas as pessoas como administrados, sem qualquer distinção”<sup>50</sup>.

Por esse princípio veda-se o casuísmo, de forma que a Administração Pública não deve levar em consideração circunstâncias peculiares dos indivíduos de maneira a lhe proporcionarem tratamento diferenciado<sup>51</sup>.

<sup>46</sup>“Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros 2008. p.114.

<sup>47</sup>“O princípio da impessoalidade, referido na Constituição/88 (art. 37, *caput*), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal”. MERELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 95.

<sup>48</sup>“O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. Aqui reflete a aplicação do conhecido princípio da finalidade, sempre estampado na obra dos tratadistas da matéria, segundo o qual o alvo a ser alcançado pela Administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discriminatória”. CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**. 20ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 18.

<sup>49</sup>Acerca dos diversos conteúdos jurídicos do princípio da impessoalidade na doutrina: MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª Edição São Paulo: Dialética, 2004. p. 115/117.

<sup>50</sup>ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 35.

<sup>51</sup>“Não há dúvidas de que o concurso público seja uma forma de garantir maior impessoalidade nas contratações de agentes públicos. Todavia, a existência do concurso público por si só não garante a impessoalidade na contratação. É necessário que o concurso seja realizado à luz deste princípio, evitando-se que interesses alheios ao interesse público interfiram em seus resultados”. E continuam os autores: “Realmente, o princípio da impessoalidade, consectário da indisponibilidade do interesse público e do postulado da igualdade, visa a evitar que os valores pessoais dos agentes públicos, como as convicções políticas, religiosas ou ideológicas, interfiram no afazer administrativo, redundando em preferências ilegítimas ou em perseguições odiosas”. ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico**

Portanto, para atender tal princípio, mostra-se imprescindível a adoção de critérios objetivos na aferição da idoneidade moral do candidato, não devendo a Administração Pública se utilizar de critérios subjetivos, dando margem a arbitrariedades na forma de privilégios ou perseguições aos candidatos.

Além disso, para garantir a impessoalidade nos concursos públicos, seria necessário que as hipóteses de eliminação dos candidatos adotassem a forma de atos vinculados. Assim, caso o candidato objetivamente se enquadrasse em uma das hipóteses de eliminação, o único ato que a Administração Pública poderia tomar seria sua eliminação. Da forma como é feita hoje, a investigação social extrapola até mesmo a discricionariedade administrativa, redundando em arbitrariedades, conforme será analisado adiante.

### **2.2.6 Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**

Tratam-se de princípios implícitos na Constituição Federal, que derivam, segundo a doutrina, da garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88<sup>52</sup>). São, na verdade, limitadores da discricionariedade administrativa<sup>53</sup>.

A observância desses princípios guarda especial relação tanto com a escolha dos chamados “critérios desequiparadores” nos concursos públicos, observando a isonomia, como, especificamente, com a própria investigação social.

Há hipóteses de exclusão de candidatos na investigação social que frente a uma análise sob o prisma da razoabilidade e proporcionalidade têm sua inconstitucionalidade manifesta.

---

**dos concursos públicos.** São Paulo: Dialética 2006. p. 36 e 129.

<sup>52</sup>LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

<sup>53</sup>“Assim sendo, o princípio da razoabilidade funciona como verdadeiro 'freio' da postura discricionária, no afã de compatibilizá-la com os direitos dos administrados, via adoção de critérios racionais e lógicos no processo de escolha e valoração das soluções administrativas, máxime no que concerne à estipulação do sentido e alcance de conceitos legais indeterminados ou noções imprecisas”. MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional.** São Paulo: Saraiva, 2007. p. 37.

Enquanto os contornos da razoabilidade são mais difíceis de precisar, a proporcionalidade subdivide-se em três requisitos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>54</sup>.

De maneira a delimitar o campo de atuação desse princípio, que permeia todos os ramos do Direito, analisaremos cada um desses aspectos tendo como base a fase da investigação social.

Segundo a adequação, os meios utilizados devem ser idôneos à realização de determinado fim. Assim, todos aqueles meios que não sejam aptos a atingir o fim, já sucumbem sob esse primeiro aspecto<sup>55</sup>.

Portanto, quando a Administração Pública, tanto na lei da carreira como no edital do certame, traz que determinadas situações poderão ensejar a declaração de inaptidão do candidato para o cargo, o primeiro aspecto que se deve analisar é se a eliminação do candidato por conta do enquadramento em uma situação específica é meio hábil para atingir o fim desejado pela Administração Pública nessa fase.

Então, por exemplo, enquanto que nos testes físicos a Administração deseja avaliar se o candidato está apto a exercer determinadas atividades que exigem o vigor físico, na investigação social a Administração quer verificar se determinado candidato é moralmente compatível com o cargo, privilegiando-se, assim, a moralidade administrativa e a supremacia do interesse público sobre o privado.

O segundo requisito é o da necessidade, que diz respeito a escolha dos meios disponíveis: se para atingir o mesmo fim, tem-se dois meios diferentes, deve-se escolher aquele

---

<sup>54</sup>A Lei 9.784/99 traz essa ideia no art. 2º, parágrafo único, inciso VI, quando diz que nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

<sup>55</sup>“Transportando-se esta noção para o universo dos concursos públicos tem-se que as características exigidas dos candidatos devem corresponder àquelas que viabilizarão o melhor exercício do cargo ou emprego a ser preenchido e os métodos utilizados devem ser idôneos para avaliá-las”. ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 37.

menos gravoso para o administrado. A análise da necessidade pressupõe que os dois meios sejam igualmente idôneos, só que um restringe mais direitos do administrado que o outro<sup>56</sup>.

Dessa forma, na fase da investigação social, deve-se questionar se existe algum outro meio menos gravoso ao candidato que atinja, da mesma forma e intensidade, o fim almejado, qual seja, resguardar a moralidade administrativa e o interesse público.

Por fim, quanto a proporcionalidade em sentido estrito, verifica-se se as restrições não são superiores ao próprio fim almejado, acarretando uma inversão de valores. Ou seja, no caso da investigação social, se para atingir o fim almejado forem necessários restrições tão intensas aos direitos fundamentais dos candidatos, então o meio será desproporcional em sentido estrito.

### 2.2.7 Princípio da Publicidade

A publicidade, nos dizeres de Francisco Lobello de Oliveira, “é princípio instrumental que visa garantir o respeito a todos os demais princípios e normas do ordenamento jurídico. Através da publicidade, a coletividade – titular, em última instância, do interesse público – toma conhecimento e pode controlar o modo como seus representantes exercem o poder que lhes foi outorgado”<sup>57</sup>.

Portanto, na Administração Pública, a publicidade é a regra<sup>5859</sup>, sendo o sigilo a exceção, restrito aos casos constitucionalmente previstos, quais sejam, aqueles cujo sigilo seja

<sup>56</sup>“Sempre que se adotar certa medida restritiva, deve-se questionar se não seria possível atingir os mesmos fins sem essa medida ou através de outra menos restritiva. Em função disso, os concursos públicos não poderão exigir requisitos de habilitação ou adotar critérios de avaliação mais rígidos do que o estritamente necessário”. ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 37.

<sup>57</sup>ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 38.

<sup>58</sup>“Nos concursos públicos, a publicidade significa a ampla e efetiva comunicação de todos os atos, em cada fase do concurso, informando os candidatos sobre seus deveres e obrigações e garantindo o controle destes, bem como da sociedade como um todo, sobre os atos praticados pela Administração”. ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 39/40.

<sup>59</sup>“Ora, sem a publicação de um ato administrativo, como é possível aferir sua compatibilidade com a lei, a sua motivação, a sua razoabilidade, a sua finalidade, e, em face de tais circunstâncias, como é possível viabilizar o seu controle pela sociedade, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário?”. MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 31.

imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º XXXIII<sup>60</sup>, CF/88), ou para preservar a intimidade das pessoas (arts. 5º, X<sup>61</sup>, e 93, IX<sup>62</sup>, CF/88), aplicando-se, por analogia, o art. 5º, LX<sup>63</sup>, da CF/88:

A publicidade do concurso, além de atender ao princípio da publicidade constante do art. 37 da CF/88, denota a um só tempo: (a) a possibilidade de controle dos atos do concurso por parte do povo que traduz o princípio democrático, além de garantir a moralidade; (b) a ampliação da concorrência através do maior número de candidatos, o que favorecerá a qualidade dos aprovados em plena observância ao princípio da eficiência; (c) a garantia do amplo acesso a cargos públicos, o que antes se restringia a uma pequena casta de privilegiados, o que indica também respeito ao princípio da impessoalidade.<sup>64</sup>

A investigação social é, por essência, sigilosa, por envolver a intimidade dos candidatos. Com efeito, quando o certame exige o preenchimento de fichas de informações confidenciais, o candidato normalmente fornece além de dados pessoais e familiares, seus dados funcionais, escolares, patrimoniais, além de antecedentes criminais em sentido amplo, bem como quais as entidades de classe é ou foi filiado, os clubes recreativos que frequenta, se possui algum vício, e se já viajou ou residiu no exterior<sup>65</sup>.

Note-se que o sigilo não pode ser oposto contra o próprio interessado em resguardar seu direito<sup>66</sup>, e que, por vezes, para este princípio ser cumprido, não basta a publicidade formal,

<sup>60</sup>XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

<sup>61</sup>X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

<sup>62</sup>IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

<sup>63</sup>LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

<sup>64</sup>JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 96.

<sup>65</sup>Nesse sentido é a Ficha de Informações Confidenciais (FIC) do Concurso para Advogado da União de 2ª Categoria, promovido pela Cespe/UNB. Disponível em: [http://www.cespe.unb.br/concursos/agu\\_2012\\_adv/arquivos/FIC\\_\\_AGU\\_ADV\\_12.PDF](http://www.cespe.unb.br/concursos/agu_2012_adv/arquivos/FIC__AGU_ADV_12.PDF). < Acesso em 14 out. 2013

<sup>66</sup>EMENTA: I. RE: descabimento (Súm. 281): se houve divergência de votos quanto à existência ou não de prejudicial de inconstitucionalidade de ato normativo e conseqüente aplicabilidade de "reserva de plenário" do art. 97 da Constituição, a questão não pode ser suscitada em recurso extraordinário, antes de ser definitivamente solvida no Tribunal a quo, mediante embargos infringentes. II. Concurso público: exame psicotécnico: inadmissibilidade da oposição do sigilo de seus resultados ao próprio candidato em conseqüência declarado inapto. A oposição ao próprio candidato a concurso público do resultado dos elementos e do resultado do exame psicotécnico em decorrência dos quais foi inabilitado no certame viola, a um só tempo, o "direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular" (CF, art. 5º, XXXIII), como também de submissão ao controle do

contentando-se com uma mera presunção de conhecimento do teor do ato pelo administrado, necessitando de uma forma de comunicação específica para cientificar o interessado acerca do ato<sup>67</sup>.

### 2.2.8 Princípio da Motivação

A motivação, na verdade, não é um princípio propriamente dito, mas sim um requisito de validade do ato administrativo. Portanto, um ato sem motivação é inválido por ofensa ao requisito “forma” do ato administrativo.

A motivação, juntamente com a publicidade, permitem o controle da Administração Pública. Somente é possível arguir a ilegalidade de determinado ato administrativo se o administrado tiver conhecimento das razões de fato e de direito que motivaram determinado ato. Dessa forma, motivação sem publicidade é inútil, assim como publicidade sem motivação é ineficaz.

A motivação só é desnecessária em casos excepcionais, como na exoneração de ocupantes de cargos comissionados, por exemplo, e mesmo assim aplica-se nesses casos a Teoria da Vinculação dos Motivos Determinantes. Ou seja, se a Administração Pública resolver motivar esses atos, fica vinculada às razões invocadas. Portanto, se as razões forem inexistentes ou ilegais, o ato estará eivado de vício.

Acerca da motivação dos atos discricionárias, a doutrina diz que:

**Judiciário de eventual lesão de direito seu (CF, art. 5º, XXXV): precedente (RE 125556).** (RE 265261, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2001, DJ 10-08-2001 PP-00018 EMENT VOL-02038-04 PP-00781)

<sup>67</sup>ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONVOCAÇÃO PARA EXAMES FÍSICO E DE SAÚDE. MERA PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL. LAPSO TEMPORAL DE QUATRO ANOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. **1. Em obséquio ao princípio constitucional da publicidade, a convocação do ora recorrente, candidato aprovado na primeira fase do concurso público, para a realização das subseqüentes etapas não poderia se dar por meio de simples publicação no Diário Oficial, cuja leitura diária por mais de 4 (quatro) anos - período decorrido desde a inscrição até o malfadado chamamento para o exame de avaliação física - é tarefa desarrazoada e que não se revela exigível em absoluto. Precedentes.** 2. A segurança deve ser concedida para assegurar ao ora recorrente o direito de ser novamente convocado para avaliação física e de saúde e, caso aprovado, submeter-se às etapas seguintes do certame, atendidos os requisitos exigidos dos demais candidatos convocados. 2. Recurso ordinário provido. (RMS 37.910/RN, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 26/04/2013)

(...) a atuação discricionária da Administração não está imune ao controle jurisdicional, sendo vedada tão somente a sua revisão. Ao contrário, na esfera do mérito, a motivação faz-se ainda mais necessária, pois ainda que não seja possível a interferência do Poder Judiciário nos aspectos políticos do ato administrativo, persiste o dever de os agentes públicos prestarem contas de seus atos ao povo, verdadeiro titular do interesse público que representam. Assim, a motivação dos atos administrativos inclui a exposição das razões que os tornam convenientes e oportunos.<sup>68</sup>

Acerca da motivação dos atos, o STF possui entendimento sumulado (súmula nº 684) no sentido que “É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público”.

Dessa forma, a fase da investigação social não foge à regra da motivação, devendo o ato que elimina o candidato nessa fase ser devidamente motivado pela Administração Pública para que o candidato possa defender seu direito, seja para provar a inexistência do fato ensejador de sua eliminação, seja para explicar as circunstâncias em que ocorreu aquele fato, ou, finalmente, para apontar a ilegalidade de levar em consideração aquele fato para sua eliminação do certame.

### **2.2.9 Princípio da Eficiência**

O princípio da eficiência foi incluído no texto constitucional pela Emenda Constitucional 19/98, havendo divergência na doutrina acerca do âmbito de sua aplicação.

A doutrina majoritária entende que o princípio da eficiência representa mais uma limitação à discricionariedade administrativa, no sentido de que a Administração Pública, diante de duas soluções para um caso concreto, deve privilegiar a mais eficiente, no sentido de ser menos custosa com o máximo de benefícios.

Portanto, sua inclusão no texto constitucional legitima, não que antes não fosse possível, que o Poder Judiciário exerça o controle jurisdicional sobre a eficiência dos atos administrativos.

---

<sup>68</sup>ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 41.

Nos concursos a eficiência é garantida selecionando os candidatos mais aptos a assumirem os cargos e empregos públicos, assim “quanto melhor funcionar o mecanismo de seleção, mais capacitados serão os servidores contratados”<sup>69</sup>.

Não há dúvidas de que a seleção de candidatos moralmente idôneos e de reputação ilibada para determinados cargos atende a este princípio, desde que sejam atendidos também os demais princípios constitucionais.

### 2.2.10 Outros princípios aplicáveis aos concursos públicos

A doutrina<sup>70</sup> aponta outros princípios aplicáveis aos concursos públicos, entre os quais o da competitividade<sup>71</sup>, da instrumentalidade<sup>72</sup>, da seletividade<sup>73</sup>, da probidade

<sup>69</sup>ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 46.

<sup>70</sup>MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 27/41.

<sup>71</sup>“(…) o princípio da competitividade não se compadece com exigências que se impõem aos candidatos, como condição de participarem de determinada etapa do concurso público, um ônus excessivo e extraordinário, impondo um sacrifício desproporcional e passível de causar forte desinteresse na inscrição do certame”. MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 28.

<sup>72</sup>“(…) a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas no concurso público constitui um dos métodos que devem ser aplicados pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário no afã de se evitar a decretação de nulidade de certames findos ou em estágio avançado de realização, cujo vício de ilegalidade verificado não é suscetível de comprometer o seu caráter competitivo e os princípios da moralidade e da impessoalidade, evitando-se, destarte, uma grave injustiça social e um manifesto inconveniente para o interesse público e para a coletividade”. MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 30.

<sup>73</sup>“(…) a aplicação do princípio da seletividade propiciará, diante do universo de candidatos interessados no concurso público, uma escolha criteriosa, adequada e justa dos agente públicos que irão compor a estrutura estatal”. MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 33.

administrativa<sup>74</sup>, da vinculação ao edital<sup>75</sup>, da proibição da quebra da ordem de classificação, do duplo grau de jurisdição<sup>76</sup> e do julgamento objetivo<sup>77</sup>.

Entendo que tais princípios não são, na verdade, princípios propriamente ditos, mas sim mera aplicação dos outros princípios já estudados, ou, pelo menos, subprincípios. Divirjo também da nomenclatura dada à possibilidade do manejo de recurso administrativo pelos candidatos, por considerar atécnico denominar tal direito de “princípio do duplo grau de jurisdição”.

Com efeito, a competitividade e a seletividade, por exemplo, são claras aplicações dos princípios constitucionais da isonomia e da eficiência, assim como a probidade administrativa é decorrência da moralidade administrativa, e os “princípios” da proibição da ordem de classificação e do julgamento objetivo são manifestações da impessoalidade.

---

<sup>74</sup>“O ato atentatório ao concurso público, em face de sua natureza de princípio constitucional especial, foi corretamente enquadrado como espécie da categoria 'atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública'. Com efeito, o art. 11, V da Lei n. 8.429/92 estabelece como ato de improbidade administrativa conduta do agente público que 'frustar a licitude de concurso público’”. MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 34.

<sup>75</sup>“(…) uma vez estabelecidas as regras disciplinadoras do concurso público, o Poder Público, conquanto tenha se valido de certa carga de competência discricionária, autolimitou-se às diretrizes editalícias, as quais, uma vez aperfeiçoadas e publicadas, gozam de força obrigatória e vinculante, tanto para a Administração quanto para os administrados’”. MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 38.

<sup>76</sup>“O princípio do duplo grau de jurisdição está vinculado à garantia do recurso administrativo em sede de concursos públicos (…)”’. MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 41.

<sup>77</sup>“(…) toda prova de concurso público deve ser objetiva. Quando se afirma que existem provas objetivas, discursivas, orais, leva-se em consideração a estrutura das questões e não os critérios de seu julgamento ou correção, que devem sempre ser pautados em parâmetros prévio e objetivos. MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 41.

### 3 CONTROLE JURISDICIONAL DO CONCURSO PÚBLICO

#### 3.1 Considerações iniciais

Em regra, não cabe ao Poder Judiciário imiscuir-se nos critérios utilizados pela Administração Pública para selecionar os candidatos por ocasião de certame público. Privilegia-se, assim, o princípio da separação dos poderes<sup>78</sup>.

Ocorre que a doutrina administrativista é unânime no sentido que em ocasiões excepcionais pode o Poder Judiciário rever os atos praticados pela Administração Pública, ainda que no exercício do poder discricionário<sup>79</sup>:

É da essência do Estado de Direito o limite à atuação do Estado, ou seja, quando o mesmo se vale dos mencionados poderes para agir, sofrerá necessariamente limites jurídicos decorrentes da Constituição Federal, da lei e de atos normativos expedidos pelo Poder Público. A Administração Pública, portanto, como parte integrante do Estado, se submeterá a limites jurídicos.<sup>80</sup>

Atente-se que o controle jurisdicional<sup>81</sup> não anula nem mesmo interfere no próprio controle administrativo que a Administração Pública exerce sobre o concurso público, seja ele de legalidade ou de autotutela<sup>82</sup>.

Acerca da diferenciação do controle de legalidade exercido pela Administração

<sup>78</sup>A doutrina amplamente majoritária prefere o termo tripartição das funções, já que o poder é uno: “Tal poder soberano advém da legitimação da coletividade (povo), mas o seu exercício é especializado em três funções essenciais a serem implementadas pelo Governo. Portanto, o poder político é uno, mas seu exercício é efetivado através de três formas básicas a cargo de três órgãos distintos.” JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 20.

<sup>79</sup>No mesmo sentido: “(...) determinados atos administrativos, mesmo quando praticados com liberdade de decisão (discricionariedade), podem ser objeto de controle por parte do Poder Judiciário, por violarem a lei ou princípio constitucional”. JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 41/42.

<sup>80</sup>JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 30.

<sup>81</sup>Agapito Machado Júnior dedica um capítulo inteiro de sua obra literalmente “Revisitando a teoria da separação dos poderes ou funções do Estado”, e chega à seguinte conclusão: “Sabendo que a atual Constituição da República consagra o Estado brasileiro como Social Democrático, sendo a idéia de efetivação de mudanças sociais um elemento constante no texto constitucional, pode-se extrair qual deveria ser a postura ideal para o Poder Judiciário perante conflitos submetidos ao seu crivo por força do art. 5º, XXXV, da CF/88: não só garantidor da ordem, mas também agente transformador da realidade, o que implica estar autorizado, quando provocado no caso concreto, a aplicar os princípios constitucionais para garantir os direitos consagrados aos jurisdicionados, visando a cessar desigualdades sociais e a atingir o bem de todos”. JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 28.

<sup>82</sup>“O controle administrativo exterioriza-se, de um lado, pela autotutela, que outorga à Administração o poder de rever seus próprios atos, anulando-os, por ilegalidade ou revogando-os, por questões de conveniência e oportunidade, nos termos da Súmula 473 do STF”. MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 138.

Pública e pelo Judiciário, Agapito Machado Júnior traz o seguinte comparativo:

Em primeiro lugar, diferentemente do Poder Judiciário, que precisa, em regra, ser provocado pelos interessados (Princípio da Inércia) para atuar o controle de legalidade, a Administração Pública deve e pode atuar de ofício para efeito de controle da legalidade de seus atos. Além disso, diferentemente do juiz, que julga com imparcialidade os conflitos a ele submetidos, a Administração Pública tanto é parte como é também a autoridade que decide o contencioso administrativo (parcialidade). De outra banda, em razão da regra da inafastabilidade do controle jurisdicional (art.5º, XXV, da CF/88), a decisão proferida pela Administração Pública no controle da legalidade será passível de revisão judicial. Por fim, um ponto em comum, conforme se observará mais adiante, o controle de legalidade, atribuído à própria Administração Pública e ao Poder Judiciário hoje pode ser ampliado para controle de juridicidade, haja vista que não somente a lei, mas também os princípios e as regras previstos na Constituição são também parâmetros jurídicos de controle dos atos administrativos.<sup>83</sup>

Verifica-se que a fase da investigação social nada mais é que o exercício da discricionariedade administrativa: seleciona-se determinados critérios tidos como desabonadores da conduta ilibada exigível para determinados cargos, e enquadrando-se o candidato em uma das hipóteses, a Administração Pública decidirá se o candidato deve ou não ser eliminado do certame.

Nessa fase do concurso, a Administração Pública declara se o candidato é apto ou inapto ao cargo almejado. Levando-se em consideração os atributos “motivo” e “objeto” do ato administrativo que analisa a aptidão do candidato, nota-se claramente que se trata de um ato discricionário. Em nenhum edital de certame público dá-se a estrutura de ato vinculado. Pelo contrário, todos deixam claro que se trata de ato discricionário, ou seja, que mesmo que o candidato se enquadre em uma das hipóteses de eliminação, a Administração Pública é que verificará se o candidato é moralmente idôneo ou não<sup>84</sup>.

<sup>83</sup>JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 45/46.

<sup>84</sup>À título de exemplo, veja-se o edital do concurso de 2012 para o cargo de Agente de Polícia Federal: “Anexo V. 6 São fatos que afetam o procedimento irrepreensível e a idoneidade moral inatacável do candidato: I - habitualidade em descumprir obrigações legítimas; II - relacionamento ou exibição em público com pessoas de notórios e desabonadores antecedentes criminais; III - vício de embriaguez; IV - uso de droga ilícita; V – prostituição; VI - prática de ato atentatório à moral e aos bons costumes; VII - prática habitual do jogo proibido; VIII - respondendo ou indiciado em inquérito policial, envolvido como autor em termo circunstanciado de ocorrência, ou respondendo a ação penal ou a procedimento administrativo-disciplinar; IX - demissão de cargo público e destituição de cargo em comissão, no exercício da função pública, em qualquer órgão da administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal, mesmo que com base em legislação especial; X - demissão por justa causa nos termos da legislação trabalhista; XI - existência de registros criminais; XII - declaração falsa ou omissão de registro relevante sobre sua vida pregressa; XIII - outras condutas que revelem a falta de idoneidade moral do candidato. 7 **Será passível de eliminação do concurso público, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, o candidato que: (...) V- tiver sua conduta enquadrada em qualquer das alíneas previstas item 6 deste anexo;**”. Disponível em [http://www.cespe.unb.br/concursos/DPF\\_12\\_AGENTE/arquivos/ED\\_1\\_2012\\_DPF\\_AGENTE\\_ABT.DOCX.PDF](http://www.cespe.unb.br/concursos/DPF_12_AGENTE/arquivos/ED_1_2012_DPF_AGENTE_ABT.DOCX.PDF) < Acesso em 14 out. 2013

A adoção da discricionariedade nesses casos pode gerar algumas situações em que se põe em dúvida a lisura do certame, e o atendimento dos princípios da isonomia e da impessoalidade, à medida em que dois candidatos na mesma situação podem ter destinos diferentes no certame<sup>85</sup>.

Para impedir situações como essa, a solução seria que a fase de investigação social fosse materializada por atos vinculados, tal como ocorre com a aplicação da Lei Complementar nº 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”), que será visto adiante.

Assim, o cerne do problema é saber se a Administração ao prever tais hipóteses de exclusão do candidato está em seu regular exercício da função administrativa, ou haveria ilegalidade na sua atuação, a demandar o controle pelo Poder Judiciário.

Quase todas as hipóteses de declaração da inaptidão do candidato nos certames na fase da investigação social estão eivadas de ilegalidade, algumas flagrantemente contrárias ao texto constitucional.

Portanto, diante de tal constatação, adianta-se que todas as situações analisadas no capítulo seguinte serão feitas sob a ótica do controle de legalidade, ou ainda, de juridicidade, não adentrando, em nenhuma hipótese, no controle de conveniência ou oportunidade dos atos praticados na investigação social.

Assim, apesar das hipóteses de exclusão serem manifestações do poder discricionário

---

<sup>85</sup>Essa situação já chegou ao STJ que, infelizmente, decidiu da seguinte forma: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO. AUTORIDADE COATORA CORRETAMENTE INDICADA PELO IMPETRANTE. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. MÁ CONDUTA. EXCLUSÃO ANTES DA NOMEAÇÃO. POSSIBILIDADE. O impetrante dirigiu o mandamus contra a legítima autoridade coatora. Após a declinação de competência do Juiz da Vara da Fazenda, por ilegitimidade passiva ad causam, o Tribunal resolveu não analisar o mérito do pedido da anulação do processo administrativo ao argumento de ter sido erroneamente apontada a autoridade coatora. **O fato de um outro candidato, que também estaria sendo processado criminalmente, ter sido nomeado, não garante ao impetrante, em situação análoga, sua nomeação, pois a jurisprudência deste Tribunal é contrária a tal entendimento. Precedentes.** Recurso parcialmente provido para que retornem os autos à Vara da Fazenda Pública, onde fora correta e inicialmente intentada a ação pelo impetrante, para que seja analisado o pedido de anulação do processo administrativo. (RMS 10.739/GO, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/1999, DJ 08/03/2000, p. 138)

da Administração Pública, salienta-se que sua inconstitucionalidade não decorre da possibilidade de a Administração Pública eliminar ou não o candidato que se enquadra em alguma hipótese de exclusão – apesar de ser preferível que fosse uma atividade vinculada, para prestigiar a segurança jurídica, a impessoalidade e a isonomia -, mas sim da própria hipótese em si, que ora macula a razoabilidade e a proporcionalidade, ora viola a presunção da inocência, por exemplo.

A jurisprudência pátria passou de um entendimento em que o posicionamento da banca examinadora e da Administração Pública era quase absoluto, com mínima possibilidade de controle pelo Poder Judiciário, para uma concepção em que é perfeitamente possível a intervenção jurisdicional nos concursos públicos, desde que não adentre no mérito administrativo, ocorrendo a substituição da banca examinadora pelo Judiciário. A atuação do Judiciário nesses casos tem como objetivo tanto resguardar os direitos fundamentais violados pela Administração Pública e pela banca examinadora, como garantir o acesso ao Judiciário, conforme art. 5º, XXXV<sup>86</sup>, da CF/88.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro resume bem como se deu essa evolução histórica:

Inicia-se com uma fase de imunidade judicial da discricionariedade, que era considerada inerente aos atos de império da Administração Pública. No início do século XIX, o Conselho de Estado Francês já admite o recurso por excesso de poder como uma exceção à regra da imunidade jurisdicional, primeiro nos casos de *vícios de incompetência*, depois com relação aos *vícios de forma*. Posteriormente, elaborou-se a *doutrina do desvio de poder*, que torna ilegal o ato quando a Administração se afasta da finalidade legal. Chega-se depois, a uma fase em que o Judiciário passa a examinar os fatos, pela construção da *teoria dos motivos determinantes*. Finalmente, no momento atual, já tem plena aplicação a possibilidade de controle por meio do recurso aos *princípios gerais de direito*, como o da boa-fé, o da proporcionalidade dos meios aos fins, o da igualdade, o do direito de defesa.<sup>87</sup>

Vale ressaltar que no controle jurisdicional dos concursos públicos, o Ministério Público, com a feição dada pela CF/88, ocupa posição primordial na defesa tanto da Administração Pública como dos candidatos<sup>88</sup>.

<sup>86</sup>XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

<sup>87</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2001, p. 134. APUD. por ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 17.

<sup>88</sup>“Burlar um concurso público é o mesmo que agredir vários princípios constitucionais - e, portanto, a própria Constituição -, constituindo afronta ao patrimônio moral do Estado, que tem uma imagem a zelar perante a sua base de legitimação – o povo -, sendo poder-dever do Ministério Público o combate a esse tipo de prática, na qualidade de

### 3.2 Alguns casos em que os Tribunais Superiores já exerceram controle jurisdicional nos concursos públicos

Instados a se manifestarem, os Tribunais Superiores já exerceram o controle jurisdicional sobre diversos temas afetos aos concursos públicos. A primeira questão que cabe destaque se refere ao direito subjetivo do candidato à nomeação caso aprovado dentro do número de vagas. Trata-se de tema que gerava muita polêmica, havendo divergência se era direito adquirido ou mera expectativa do direito do candidato que era aprovado dentro do número de vagas disponibilizados no certame.

Felizmente, o STF, em sede de repercussão geral<sup>89</sup>, pacificou o tema consolidando a jurisprudência no sentido que o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital tem direito à nomeação, sendo a discricionariedade do Estado restrita ao momento em que se dará esta nomeação dentro do prazo de validade do certame. Assentou-se que tal entendimento visa privilegiar os princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da proteção à confiança que o candidato deposita na Administração Pública por ocasião da inscrição no certame.

Ressalte-se, contudo, que situações excepcionais podem autorizar a não nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas, desde que sejam observados os seguintes requisitos, colhidos da ementa do RE 598099:

(...) Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente

---

guardião do patrimônio público em sentido amplo”. MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 157. Esses mesmos autores vão além, e diferenciam os direitos dos candidatos em difusos, coletivos ou individuais homogêneos para fins de tutela coletiva. E concluem, na p. 164, no sentido que “o Ministério Público está amplamente legitimado para a defesa do concurso público, seja pela dimensão jurídico-objetiva, na qualidade de guardião do ordenamento jurídico, seja pela dimensão jurídico-subjetiva, na condição de tutor-mor dos interesses e direitos coletivos em sentido amplo, bem como detém condições concretas para sua proteção, haja vista sua estrutura e independência, aliada aos poderes que para tal escopo lhe foram confiados pelo legislador constituinte e ordinário”.

<sup>89</sup>RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011.

graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário.

Quanto à possibilidade de revisão de questões, o STF entende que “O Poder Judiciário é incompetente para, substituindo-se à banca examinadora de concurso público, reexaminar o conteúdo das questões formuladas e os critérios de correção das provas”<sup>90</sup>, admitindo-se somente excepcionalmente a incidência do controle jurisdicional, seja pela cobrança de conteúdo não previsto no edital, seja por erros teratológicos nos critérios de correção utilizados pela banca examinadora.

Já quanto ao momento da análise dos requisitos para o cargo, se deve ser no momento da inscrição ou somente na posse<sup>91</sup>, tem-se entendimento inclusive sumulado do STJ no sentido que “o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público” (Súmula nº 266).

Em relação ao exame psicotécnico, os Tribunais Superiores possuem entendimento consolidado no sentido que os requisitos devem ser objetivos, deve haver previsão legal e que os critérios sejam públicos, para que os candidatos possam defender seus direitos judicialmente<sup>92</sup>, também havendo súmula no STF no sentido que “Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público” (Súmula nº 686).

Em relação à idade mínima/máxima para determinados concursos, o requisito deve

---

<sup>90</sup>MS 30860, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/08/2012

<sup>91</sup>No caso de concurso público para o cargo de membro do Poder Judiciário e do Ministério Público há especificidades. Ambos os cargos exigiam o preenchimento do requisito de “3 anos de atividade jurídica” no momento da inscrição, de acordo com a Resolução CNJ 75/2009 e Resolução CNMP 40/2009, sendo tal exigência amparada pela jurisprudência pátria. Nesse sentido: MS 27604/DF. Ocorre que em junho de 2012, o CNMP editou a Resolução 87/2012 alterando o art. 3º da Resolução CNMP 40/2009, que passou a exigir a comprovação da atividade jurídica para apenas no ato da posse, e não mais na inscrição. Assim, hoje, somente para o cargo de Juiz exige-se a comprovação no ato da inscrição.

<sup>92</sup>REsp 1359396/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 21/02/2013

estar previsto em lei, e a restrição guardar razoável compatibilidade com as atribuições do cargo<sup>93</sup>, havendo, novamente, súmula sobre o assunto: “O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido” (Súmula nº 683 do STF).

Quanto à possibilidade de remarcação dos testes físicos, seja por motivo de lesão ou doença, seja por motivo de gravidez, a jurisprudência do STF e STJ são favoráveis à tese dos candidatos, não implicando em violação ao edital ou ao princípio constitucional da isonomia<sup>94</sup>.

Ocorre que em maio 2013, o pleno do STF decidiu no RE 630733 revendo sua jurisprudência, no sentido de não ser possível a remarcação de teste físico em razão de casos fortuitos se não houver previsão no edital, sob pena de ofensa à isonomia<sup>95</sup>.

Apesar de não se referir ao caso de gravidez, Márcio André Lopes Cavalcante<sup>96</sup>

<sup>93</sup>ARE 707111 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 20/11/2012

<sup>94</sup>RMS 37.328/AP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2013

<sup>95</sup>“Os candidatos em concurso público não têm direito à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, salvo contrária disposição editalícia. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário. No caso, o recorrido não se submeteu ao teste de aptidão física na data designada pelo edital do concurso, pois se encontraria temporariamente incapacitado em virtude de doença — epicondilite gotosa no cotovelo esquerdo — comprovada por atestado médico. (...) Primeiramente, rememorou-se precedentes no sentido de que a remarcação de teste de aptidão física para data diversa daquela prevista em edital de certame, em virtude da ocorrência de caso fortuito que compromettesse a saúde de candidato, devidamente comprovado por atestado médico, não afrontaria o princípio da isonomia (RE 179500/RS, DJU de 15.10.99; AI 825545 AgR/PE, DJe 6.5.2011 e RE 584444/DF, DJe de 26.3.2010). Ressaltou-se que a discussão não se restringiria à eventual violação do princípio da isonomia pela mera remarcação de teste de aptidão física. Afirmou-se que, embora esta Corte tivesse considerado legítima a possibilidade de se remarcar teste físico em razão de casos fortuitos, a existência de previsão editalícia que prescrevesse que alterações corriqueiras de saúde não seriam aptas a ensejar a remarcação de teste físico não ofenderia o princípio da isonomia. Esse princípio implicaria tratamento desigual àqueles que se encontrassem em situação de desigualdade. Deste modo, aplicável em hipótese na qual verificado de forma clara que a atuação estatal tivesse beneficiado determinado indivíduo em detrimento de outro nas mesmas condições. Asseverou-se, portanto, que, em essência, o princípio da isonomia não possibilitaria, de plano, a realização de segunda chamada em etapa de concurso público decorrente de situações individuais e pessoais de cada candidato, especialmente, quando o edital estabelecesse tratamento isonômico a todos os candidatos que, em presumida posição de igualdade dentro da mesma relação jurídica, seriam tratados de forma igualitária. (...) Assinalou-se que, na espécie, entretanto, o recorrido realizara a prova de aptidão física de segunda chamada em razão de liminar concedida pelo Poder Judiciário, em 2002, confirmada por sentença e por acórdão de tribunal regional, tendo sido empossado há quase dez anos. Sublinhou-se que, em casos como este, em que se alteraria jurisprudência longamente adotada, seria sensato considerar a necessidade de se modular os efeitos da decisão com base em razões de segurança jurídica. (...) Registrou-se que a situação em apreço não diria respeito a referendo à teoria do fato consumado, tal como pedido pelo recorrido, mas de garantir a segurança jurídica também nos casos de sensível mudança jurisprudencial”. Noticiado no Informativo nº 706 do STF, disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo706.htm#Concurso público e segunda chamada em teste de aptidão física](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo706.htm#Concurso%20p%C3%BAblico%20e%20segunda%20chamada%20em%20teste%20de%20aptid%C3%A3o%20f%C3%ADsica) – 1. <> Acesso em 14 out. 2013

entende que o posicionamento do STF também deve nortear esses casos, já que no julgado não foi feita nenhuma ressalva. A discussão precisa ser amadurecida, pois a gravidez não pode ser um fardo para a mulher, nem deve o Estado forçar a candidata a tomar uma decisão trágica: fazer o teste físico, comprometendo a saúde do feto, ou ser eliminada do certame.

Apesar dos argumentos despendidos pela Suprema Corte, entendo que qualquer vedação *a priori* invariavelmente macula os princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade. Em alguns casos, como no da gravidez, vê-se malferida a própria dignidade da pessoa humana.

Por fim, como último tema relevante sobre o qual já se pronunciaram os Tribunais Superiores, destaca-se a aplicação da Teoria do Fato Consumado<sup>97</sup>. Esta teoria visa a legitimar a situação dos candidatos que, amparados por decisão provisória, seja ela cautelar ou por antecipação de tutela, ingressam no serviço público, prestando serviço por longo período de tempo. Dessa forma, quando o Judiciário julga o mérito das demandas o candidato já é servidor e exerce o cargo há vários anos, questionando-se se deve ser privilegiado o princípio da segurança jurídica.

Tanto o STF<sup>98</sup> como o STJ<sup>99</sup> têm restringido a aplicação dessa teoria a raríssimas exceções, sob o argumento que situações precárias e ilegais não podem ser convalidadas pelo simples decurso do tempo.

### 3.3 Limite da discricionariedade administrativa: conflito de princípios.

<sup>96</sup><http://www.dizerodireito.com.br/2013/06/candidatos-nao-tem-direito-prova-de.html> < acesso em 05 de agosto de 2013.

<sup>97</sup>“Em decorrência do deferimento temerário de tutelas de urgência, que em regra demoram a serem revistas pelo Poder Judiciário, surgem as situações que o Direito costuma proteger a pretexto de estarem estabilizadas (fato consumado). Ou seja, em razão da conduta temerária do juiz somada ao tempo que se levou para revertê-la, o candidato que não tinha direito a ser nomeado em dado cargo ou emprego público, dada a situação de certa estabilidade decorrente de sua nomeação judicial, passou a ter sua situação preservada pelo Direito em razão da segurança das relações jurídicas, tudo em detrimento da Administração Pública e dos outros candidatos”. JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 213.

<sup>98</sup>RE 405964 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 24/04/2012.

<sup>99</sup>AgRg nos EDcl no REsp 1331012/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2013.

Na elaboração das fases do concurso público, e mesmo antes, quando da edição das leis que regulamentam as carreiras públicas, é inquestionável a margem de liberdade que possui o administrador público quanto aos requisitos a serem preenchidos por aqueles que pleiteiam o acesso ao cargo público.

Requisitos de acesso ao cargo como idade, grau de escolaridade, forma de seleção, fases do concurso público, tudo isso encontra-se na margem de atuação que dispõe o Estado no sentido de selecionar os candidatos mais aptos a determinado cargo. Não se trata de discricionariedade administrativa, que pressupõe a edição de uma lei, mas sim a própria liberdade que dispõe os Poderes Executivo e Legislativo de prever na lei quais são os requisitos de acesso dos cargos públicos<sup>100</sup>.

E essa margem de atuação decorre da isonomia, não no seu sentido formal, mas no sentido material, resumido na clássica passagem de que a isonomia consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

É por essa razão, por exemplo, que os concursos para Polícias Militares dos Estados normalmente exigem idade máxima, assim como outros concursos, notadamente os jurídicos, prevêm uma fase oral.

A previsão do requisito da idoneidade moral e da fase da investigação social nos concursos inserem-se justamente nessa margem de liberdade administrativa quanto à previsão dos requisitos de acesso, não havendo, *a priori*, qualquer vedação para que seja estendida a todas as carreiras públicas.

Portanto, o fato da investigação social ser comumente verificado em concursos policiais, ou para membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, não possui uma razão ontológica de ser, tratando-se de mera escolha administrativa. Portanto, nada impede que o

---

<sup>100c</sup> Ademais, não se concebe a noção de Direito fora do regime de legalidade e do regime de observância dos princípios constitucionais. Por fim, o exercício da Administração Pública na denominada área de livre decisão não significa arbítrio, pois pressupõe sempre uma lei a conferir essa margem de liberdade à Administração Pública”. MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª Edição São Paulo: Dialética, 2004. p. 111.

concurso para o cargo de Analista do Ministério Público da União, por exemplo, passe a exigir a idoneidade moral dos candidatos, a ser aferida na fase de investigação social, desde que tenha previsão legal do requisito, e previsão editalícia da fase da investigação social.

A discricionariedade administrativa, por outro lado, nasce justamente das hipóteses de eliminação dos candidatos previstas no edital, ora quando se estabelece hipóteses subjetivas de eliminação do candidato, ora quando apesar das hipóteses serem objetivas, dá-se margem para que a Administração Pública decida se a subsunção da conduta do candidato àquela hipótese é suficiente para infirmar sua idoneidade moral<sup>101</sup>.

Note-se que a discricionariedade, contudo, é um poder delimitado previamente pelo legislador:

É falso, portanto, pensar que o poder discricionário é fruto de lacuna ou “defeito” da lei. Decorre, sim, da vontade do legislador, da aplicação da melhor técnica legislativa. Isto porque há casos em que se torna impossível ao legislador (a) formular um modelo abstrato que contemple toda e qualquer situação fática possível de ocorrer; e (b) saber previamente qual a solução mais adequada para tal hipótese futura. Para isso, dá à Administração o poder de escolher a melhor delas, quando verificada determinada situação fática, dentro dos limites da lei e dos princípios gerais de Direito.<sup>102</sup>

O problema é quando essa discricionariedade administrativa, constitucional e necessária para a seleção dos candidatos mais aptos a determinado cargo, viola direitos fundamentais, especialmente quando essa atuação estatal está embasada numa suposta moralidade administrativa e primazia do interesse público sobre o privado<sup>103</sup>, como é o caso da investigação social.

<sup>101</sup>“(…) a discricionariedade se manifesta, isto é, o administrador exerce a liberdade de decisão, mediante a ponderação comparativa de interesses, integrando a norma aberta, ora quando procede à complementação, mediante valoração e aditamento, dos pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo (*discricionariedade quanto aos pressupostos*); ora quando decide se e quando vai editá-lo (*discricionariedade de decisão*); ora quando escolhe seu conteúdo, dentre mais de uma opção igualmente prevista pelo Direito, compreendido este como o conjunto de princípios e regras (*discricionariedade de escolha optativa*); ou ainda quando colmata o conteúdo do ato administrativo descrito com lacunosidade na lei (*discricionariedade de escolha criativa*). MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª Edição São Paulo: Dialética, 2004. p. 46.

<sup>102</sup>ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 16/17.

<sup>103</sup>“(…) por outro lado, a inviolabilidade da decisão de mérito do ato administrativo não pode servir de escudo para evitar o controle do ato administrativo antijurídico, como muitas vezes pretende a Administração. Se o ato administrativo incorrer em afronta a qualquer lei ou princípio, não há que se falar em mérito do ato administrativo, pois a decisão de mérito só surge diante de duas condutas juridicamente possíveis”. ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 21.

Nesses casos, verifica-se o conflito de princípios: para fazer valer o princípio da moralidade administrativa, o Estado prevê, discricionariamente, requisitos que o candidato deve preencher para pleitear o acesso ao cargo público. E é justamente na previsão desses requisitos, seja na lei, seja no edital – que como vimos, nada mais deve ser do que uma decorrência da lei - que princípios constitucionais são malferidos, especialmente o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da proporcionalidade, da segurança jurídica e da presunção da inocência, entre outros<sup>104</sup>.

Interessante notar que antes mesmo de haver o conflito entre esses princípios, o controle jurisdicional sobre os concursos públicos já pressupõe um conflito entre a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV) e a separação dos poderes (art. 2º)<sup>105</sup>. Acerca dos princípios em conflito, a doutrina diz que:

Destarte, como parâmetro da juridicidade, serão observados os princípios e regras expressos no art. 37 da CF/88 (legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade, eficiência, amplo acesso a cargos, empregos e funções públicas etc.), bem como, ainda, os princípios implícitos no texto constitucional, como é o caso da preponderância do interesse público sobre o particular, da proporcionalidade e/ou razoabilidade, alguns dos quais, aliás, estão hoje positivados na Lei do Processo Administrativo Federal (art. 2º, da Lei nº. 9.784/99).<sup>106</sup>

Germana de Moraes aponta no mesmo sentido, de maneira que:

Cabe ao Poder Judiciário, além da aferição da *legalidade* dos atos administrativos – de sua conformidade com as regras jurídicas, o controle de *juridicidade*, a verificação de sua compatibilidade com os demais princípios da Administração Pública, para além da legalidade, a qual se reveste do caráter de controle de constitucionalidade dos atos

---

<sup>104</sup>Assim, no Direito Brasileiro, os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação de poderes são perfeitamente compatíveis entre si, pois, quando da atividade não vinculada da Administração Pública, desdobrável em discricionariedade e valoração administrativa dos conceitos verdadeiramente indeterminados, na denominada 'área de livre decisão' que lhe é reconhecida, resultar lesão ou ameaça a direito, é sempre cabível o controle jurisdicional, seja à luz do princípio da legalidade, seja em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, de publicidade, de impessoalidade e da moralidade, seja por força do princípio constitucional da igualdade, ou dos princípios gerais de Direito da razoabilidade e da proporcionalidade, para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaçador de direito". MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª Edição São Paulo: Dialética, 2004. p. 110/111.

<sup>105</sup>Nesse sentido: JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 74; MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª Edição São Paulo: Dialética, 2004. p. 107.

<sup>106</sup>JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 82.

normativos, pois aqueles princípios se encontram positivados na Lei Fundamental.<sup>107</sup>

Conclui-se, portanto, ser perfeitamente possível o controle jurisdicional nos concursos públicos, especificamente da fase de investigação social, sendo relevante para tanto o controle de juridicidade, e não apenas o de legalidade.

---

<sup>107</sup>MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª Edição São Paulo: Dialética, 2004. p. 16.

## 4 INVESTIGAÇÃO SOCIAL

### 4.1 Considerações iniciais: parâmetros de seleção dos candidatos

A investigação social (ou sindicância da vida progressa) “é o procedimento através do qual se verifica a idoneidade moral do candidato e se sua conduta social é compatível com o cargo que almeja”<sup>108</sup>. Em outro conceito dado pela doutrina, “A sindicância social, à sua vez, constitui o instrumento pelo qual a Administração averiguará a compatibilidade do perfil social do candidato em face da natureza de determinados cargos públicos estratégicos para a coletividade, à luz da razoabilidade, da motivação e da ampla defesa e do contraditório”<sup>109</sup>.

Parte da doutrina justifica que alguns cargos exigem uma maior responsabilidade, por isso ser necessário essa fase para verificar a idoneidade moral dos seus candidatos. Alguns autores também elencam a imagem de determinados órgãos perante a sociedade como elemento justificador dessa fase<sup>110</sup>.

Pessoalmente, discordo desses fundamentos utilizados pela doutrina para justificar a existência da fase da investigação social. Não há qualquer razão para que determinadas carreiras sejam “privilegiadas” no sentido de possuírem uma fase no concurso para verificar a idoneidade dos candidatos, e outras não.

Trata-se de atitude discriminatória, à medida em que se afirma por vias transversas que os demais cargos e empregos públicos, em que nos concursos não há previsão da fase da investigação social, admitem servidores sem nenhuma idoneidade moral ou cuja conduta é repreensível. Conclui-se, portanto, que as carreiras que prevêm a idoneidade moral como requisito a ser aferido na investigação social são mais importantes e dignas que as outras em que

<sup>108</sup>ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 90.

<sup>109</sup>MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 104.

<sup>110</sup>“Há carreiras em que se cria um vínculo entre a imagem da instituição e a dos seus membros. São carreiras que, mais do que um simples emprego, significa uma opção de vida. Nestes casos, a conduta do titular do cargo deve ser compatível com a que se espera dos membros daquela instituição, mesmo quando não estiver no exercício das suas funções. É o caso de membros da Magistratura, do Ministério Público, policiais, militares etc”. ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 90/91.

não há essa exigência. Para resolver esse impasse, mostra-se imprescindível a adoção de uma Lei nacional em que se estenda para todos os cargos e empregos públicos o requisito da idoneidade moral, a ser aferido através de critérios objetivos, conforme será visto adiante.

A investigação social é realizada pelo órgão promotor do concurso<sup>111</sup>, que é aquele que oferece as vagas, que não se confunde com o órgão realizador do concurso, que é a banca examinadora. Tome-se como exemplo o concurso de 2012 para Agente de Polícia Federal. O órgão realizador do certame é a Cespe/UNB (Centro de Seleção e de Promoção de Eventos), enquanto que o órgão promotor é a própria Polícia Federal, responsável pela fase da investigação social<sup>112</sup>. Tal distinção é importante para se identificar corretamente quem é a autoridade coatora em eventual impetração de Mandado de Segurança, conforme será analisado.

São comuns nesses certames a exigência de preenchimento de uma Ficha de Informações Confidenciais, abrangendo dados pessoais, familiares, funcionais, escolares, patrimoniais, além de antecedentes criminais, procedimentos administrativos ou eventual inscrição em órgãos de proteção ao crédito<sup>113</sup>.

Por vezes, os próprios servidores dos órgãos promotores do concurso vão *in loco* obter e/ou confirmar as informações fornecidas, dirigindo-se a vizinhos, ex-empregadores e instituições de ensino que o candidato já frequentou.

<sup>111</sup>“A investigação social consiste, portanto, em procedimento em que o órgão promotor do concurso envia ofícios solicitando informações a outros órgãos da Administração direta e indireta e, até mesmo, a instituições privadas que possam informar sobre a conduta e/ou idoneidade moral do candidato. É possível, ainda, que o edital determine que o próprio candidato forneça certidões e outras informações. Configurada a incompatibilidade da conduta social do candidato com a necessária ao cargo, este será excluído do certame”. ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 91.

<sup>112</sup>“1 O procedimento irrepreensível e a idoneidade moral inatacável serão apurados por meio de investigação sobre a vida pregressa e atual do candidato, no âmbito social, funcional, civil e criminal dos candidatos inscritos nos concursos públicos para provimento de cargos policiais no Departamento de Polícia Federal.

2 A investigação citada no item 1 deste anexo é da competência da Diretoria de Gestão de Pessoal – DGP e será realizada pela Coordenação de Recrutamento e Seleção – COREC/DGP e pela área de Inteligência Policial da Academia Nacional de Polícia – ANP/DGP, com participação das Unidades Centrais e Descentralizadas do Departamento de Polícia Federal”. Disponível em [http://www.cespe.unb.br/concursos/DPF\\_12\\_AGENTE/arquivos/ED\\_1\\_2012\\_DPF\\_AGENTE\\_ABT.DOCX.PDF](http://www.cespe.unb.br/concursos/DPF_12_AGENTE/arquivos/ED_1_2012_DPF_AGENTE_ABT.DOCX.PDF) <> Acesso em 14 out. 2013

<sup>113</sup>Nesse sentido é a Ficha de Informações Confidenciais (FIC) do Concurso para Advogado da União realizado em 2012: [http://www.cespe.unb.br/concursos/AGU\\_2012\\_ADV/arquivos/FIC\\_\\_AGU\\_ADV\\_12.PDF](http://www.cespe.unb.br/concursos/AGU_2012_ADV/arquivos/FIC__AGU_ADV_12.PDF) <> Acesso em 14 out. 2013

Ressalte-se que a fase de investigação social não se restringe à constatação de eventual infração penal praticada pelo candidato, abrangendo os mais diversos aspectos da vida social e funcional do candidato<sup>114</sup>.

Francisco Lobello de Oliveira Rocha<sup>115</sup> diferencia os parâmetros utilizados pela Administração Pública na seleção dos candidatos nos concursos públicos em (I) requisitos de habilitação, (II) critérios de mérito, (III) parâmetros mistos e (IV) parâmetros impeditivos.

(I) Os *requisitos de habilitação* são parâmetros que refletem a necessidade da Administração, as condições mínimas para o exercício do cargo e, por isto, imprescindíveis. Todos os candidatos que os preencherem estarão aptos a exercer a função e, por isso, poderão competir pelo cargo. Só será considerado habilitado o candidato que preencher os requisitos, devendo ser eliminados do concurso aqueles que não os preencherem.

(II) Os *critérios de mérito* são parâmetros de comparação dos candidatos. São parâmetros para aferir qual candidato demonstra mais merecimento e preparo para exercer as funções inerentes ao cargo que pretende ocupar. Os que obtiverem melhores resultados serão melhor classificados e terão prioridade no momento da nomeação.

(III) É possível ainda que critério de mérito seja utilizado, também, como requisito de habilitação. Exige-se um desempenho mínimo do candidato que deve refletir as necessidades da Administração, sem o que será desclassificado. Isso ocorre, por exemplo, quando o edital exige uma nota mínima nas provas. (...) Em outras ocasiões, os desempenhos mínimos exigidos podem não ser reflexo da necessidade da Administração, mas da necessidade de restringir-se o número de competidores nas fases posteriores do concurso.

(IV) Por fim, existem parâmetros que impedem o acesso a qualquer cargo ou emprego públicos a determinadas pessoas, Tal hipótese aplica-se às situações muito graves, capazes de suspender o direito de acesso aos cargos e empregos públicos. Assim como os demais requisitos de habilitação, os parâmetros restritivos devem ser previstos em lei.

---

<sup>114</sup>Nesse sentido, é a jurisprudência do STJ: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO DO CERTAME. POSSIBILIDADE. **1. Entende a jurisprudência desta Corte que a investigação social não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que eventualmente tenha praticado. Deve ser analisada a conduta moral e social no decorrer de sua vida, visando aferir o padrão de comportamento diante das normas exigidas ao candidato da carreira policial, em razão das peculiaridades do cargo que exigem a retidão, lisura e probidade do agente público.** 2. Não há qualquer resquício de discricionariedade administrativa na motivação do desligamento do candidato que não ostenta conduta moral e social compatível com o decoro exigido para cargo de policial. Trata-se de ato vinculado, como consequência da aplicação da lei, do respeito à ordem jurídica e do interesse público. Ausente, portanto, a comprovação de desvio de finalidade em eventual perseguição política por parte do Governador do Estado. 3. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RMS 24.287/RO, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 19/12/2012)

<sup>115</sup>ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 67/68.

Tomando por base essa classificação, verifica-se que a fase da investigação social visa a análise de um requisito de habilitação, qual seja, o do candidato ter uma reputação ilibada. No caso, por exemplo, da Polícia Federal ou da Polícia Rodoviária Federal, como requisito de habilitação que é, deve ter previsão na lei, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo (arts. 37, I<sup>116</sup> e 61, §1º, II, *c e f*<sup>117</sup>, da CF), devendo o edital apenas especificar como se dará a verificação desse requisito de habilitação, materializado na fase da investigação social.

Note-se que apesar da verificação dos requisitos de habilitação normalmente ocorrerem no momento da posse, conforme, inclusive, entendimento sumulado do STJ<sup>118</sup>, a verificação da reputação ilibada se dá durante todo o trâmite do concurso, e não somente na posse, não havendo nenhuma ilegalidade quanto a isso, já que não se está exigindo um requisito ainda não satisfeito mas que pode vir a ser adimplido por ocasião da posse, como a exigência de diploma de nível superior, por exemplo.

Ocorre que para que esse parâmetro de seleção seja válido, deve obedecer a três requisitos decorrentes do princípio da isonomia: a objetividade, a padronização e a correlação lógica entre os parâmetros de seleção e a natureza do cargo ou emprego.

A objetividade dos parâmetros utilizados repugna a utilização de qualquer critério subjetivo, enquanto que a padronização dos parâmetros é um decorrência lógica do princípio da isonomia nos concursos públicos.

Por fim, quanto à correlação lógica dos parâmetros e do cargo, “na elaboração do edital do concurso, o Administrador deve ter em mente a natureza do cargo a ser preenchido e das funções a ele inerentes. Cada parâmetro nele inserido deve ser relevante, adequado e necessário.

---

<sup>116</sup>I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.

<sup>117</sup>§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...) II - disponham sobre: (...) c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade; (...) f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

<sup>118</sup>Súmula 266. O diploma ou habilitação legal para o exercício de cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso.

Tal avaliação fica sujeita à discricionariedade da Administração, sempre dentro dos limites do Direito<sup>119</sup>.

O requisito de habilitação da reputação ilibada, aferível pela fase da investigação social, peca, em algumas hipóteses, logo no primeiro requisito: o da objetividade. Com efeito, a maioria das hipóteses de eliminação dos candidatos é subjetiva. Repise-se que o requisito em si da reputação ilibada não é necessariamente subjetivo, desde que os parâmetros utilizados sejam de natureza objetiva.

Assim, se a forma de verificação da reputação ilibada é subjetiva, a verificação do próprio requisito é subjetiva, e, portanto, não pode ser utilizada como parâmetro, pois o que pode ser considerado uma conduta desabonadora para um, pode não o ser para outro, já que “objetivo é tudo aquilo sobre o que todas as pessoas compartilham da mesma impressão, ou seja, independe de opiniões ou juízos de valor”<sup>120</sup>.

Acerca da dificuldade de estabelecer contornos objetivos, Adilson Dallari afirma que:

Maus antecedentes não se confundem com antecedentes criminais, nem muito menos com condenação criminal ou punição administrativa. Reputação ilibada é algo bastante complexo, insuscetível de aferição apenas por meio de certidões negativas. Uma vida pregressa irregular, tumultuada, inclusive quanto aos aspectos econômicos e familiar, o envolvimento em uma pluralidade de ações de improbidade, revelam, no mínimo, uma dificuldade de relacionamento e uma significativa diferença em relação ao que se costuma designar como pessoa de bons antecedentes.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup>ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 71.

<sup>120</sup>ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 70/71.

<sup>121</sup>“Princípio da Isonomia e Concursos Públicos”. *Concurso Público e Constituição*. Coord. Fabrício Motta. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.116. APUD. por ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 71.

Francisco Lobello de Oliveira Rocha<sup>122</sup> acrescenta a proporcionalidade<sup>123</sup>, a publicidade<sup>124</sup> e a recorribilidade<sup>125</sup> como requisitos na verificação da conduta ilibada do candidato.

A padronização, decorrência do princípio da isonomia, na investigação social é por vezes difícil de ser verificada. Os editais, por exemplo, geralmente prevêm a hipótese de ser eliminado o candidato que esteja respondendo a inquérito policial. Portanto, pela padronização, todos os candidatos nessa situação deveriam ter o mesmo resultado: ou todos seriam eliminados ou todos permaneceriam no certame.

Ocorre que pelo próprio fato da investigação social ser sigilosa, é perfeitamente possível que um candidato seja eliminado por estar respondendo a inquérito policial, e outro candidato, na mesma situação, não o seja, sem que aquele nunca tenha conhecimento dessa ofensa à isonomia. Assim, a padronização está umbilicalmente ligada a objetividade: se o requisito é objetivo, deve ser aplicado a todos indistintamente, não devendo haver margem na lei e no edital para decisões conflitantes.

Se há a eliminação de um candidato e outro não, mesmo ambos estando na mesma situação, isso representa indefensável violação do princípio da isonomia.

Quanto à correlação lógica entre o requisito da reputação ilibada com determinados cargos, reconhece-se sua compatibilidade: é perfeitamente exigível que para a ocupação de cargos e empregos públicos seja exigível dos candidatos uma reputação ilibada, a ser analisada através da investigação social. Discorda-se, como já foi dito, da justificativa para tanto, de que

<sup>122</sup>ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 94/95.

<sup>123</sup>“Não é qualquer fato real, comprovado e imputável ao candidato, que pode justificar sua eliminação do concurso. Os fatos devem ser graves, proporcionalmente à restrição que se perpetuará ao direito do candidato de acesso ao cargo ou emprego almejado”.

<sup>124</sup>“Assim como nos testes psicológicos, os resultados da investigação social devem ser sigilosos para resguardar a privacidade do candidato. Tal sigilo, no entanto, não pode estender-se ao próprio candidato, que deve conhecer os motivos de sua exclusão do concurso”.

<sup>125</sup>“Se a recorribilidade é a regra geral em todas as fases do concurso público, na investigação social torna-se imprescindível. Tendo em vista que a investigação social é realizada pela Administração sem interferência do candidato, o recurso é o momento em que este pode se manifestar sobre os fatos a ele imputados, esclarecer eventuais enganos etc”.

determinados cargos têm um grau de responsabilidade maior, a exigir, portanto, uma reputação ilibada. Tal embasamento denigre os cargos que não tem previsão desse requisito de habilitação e dessa fase do certame, pois permite a conclusão de que os demais cargos e empregos públicos não têm tanta responsabilidade assim, a ponto de se exigir que seus servidores tenham reputação ilibada.

Não é à toa que existem projetos de leis e até propostas de emendas constitucionais que estendem a aplicação da “Lei da Ficha Limpa” a todo o serviço público, não se restringindo a determinados cargos, conforme se verá adiante.

Assim, não há qualquer vedação, *a priori*, de que essa fase do certame seja estendida para todo e qualquer concurso, pois restringir a determinados cargos é desvalorizar os demais. A inconstitucionalidade reside na forma como é realizado a investigação social, e não na sua existência em si.

Analisaremos a seguir àquelas hipóteses cumumente verificadas em certames públicos como fatos desabonadores da conduta moral ilibada, pressupondo de que exista previsão legal dessa fase no certame, e que o edital apenas detalhe o previsto na lei da carreira.

Isso porque se a fase da investigação social tiver previsão apenas editalícia, sem haver previsão na lei que regula a carreira do requisito da idoneidade moral, o problema já será de legalidade, nem mesmo se fazendo necessário a análise da hipótese em si. O edital, apesar de ser “o ato convocatório que dá ciência de cargos vagos a serem preenchidos pela Administração Pública e fixa o procedimento e os critérios que serão obedecidos no seu provimento”<sup>126</sup>, deve sempre obediência à lei que regula a carreira.

Portanto, a fase da investigação social, destinada a verificar a compatibilidade moral e social do candidato com o cargo almejado é um procedimento de execução do certame,

---

<sup>126</sup>ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 56.

enquanto que o requisito da idoneidade moral e da reputação ilibada dos candidatos é uma regra de acesso ao cargo ou ao emprego público<sup>127</sup>.

#### 4.2 Análise casuística – Considerações gerais

Com base na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, Agapito Machado Júnior esclarece que:

a discricionariedade resultaria ora da liberdade de escolha conferida ao administrador público pela própria lei, ora dos chamados conceitos jurídicos fluídos ou indeterminados. (...) Portanto, nessa linha de entendimento, a discricionariedade decorreria: (a) da hipótese da norma, ou seja, do modo impreciso como a norma descreveu a situação fática (motivo); (b) do comando da norma, o que se extrai quando a lei defere opção ao administrador no que implica agir ou não agir (conveniência), quando agir (oportunidade), como agir (forma), e por qual meio ou medida agir (conteúdo).<sup>128</sup>

Mas a análise da conveniência e da oportunidade na investigação social, conforme já foi dito, restringe-se aos casos em que o candidato se enquadra numa hipótese de eliminação, e a Administração Pública, de acordo com seu juízo de conveniência e oportunidade, decide pela eliminação ou não do candidato. Por outro lado, o objeto de estudo da presente monografia é analisar a constitucionalidade das hipóteses de eliminação consideradas em si mesmo, de maneira

<sup>127</sup>Acerca da diferença entre as duas categorias, Agapito Machado Júnior resume com maestria, salientando a necessidade das regras de acesso obedecerem a legalidade e a razoabilidade: “As regras de acesso ao cargo ou emprego público devem constar necessariamente da lei (art. 37, I, da CF/88), podendo o edital apenas reproduzi-las, sem inovação, haja vista que não se pode restringir um direito com base em norma secundária. Contudo, as regras de execução do concurso deverão estar previstas de forma genérica na lei (37, II, da CF/88), podendo, contudo, o edital desenvolvê-las de forma racional, tornando mais minuciosas as respectivas etapas. O liame que separa uma norma procedimental (executiva da vontade da lei) para um limite de acesso ao cargo é muito tênue, podendo existir verdadeiras zonas cinzentas de elucidação por parte do Judiciário. Portanto, a lei inerente à carreira do cargo a ser provido deve estipular os requisitos necessários para o candidato ser aprovado e habilitado àquele, não podendo, portanto, sob pena de agressão à legalidade (art. 5º, II, da CF/88) e ao livre acesso ao cargo público, a norma constante do edital criar obstáculos ou requisito não previsto em lei. Muito comum hoje em dia é o edital trazer determinadas limitações de acesso ao cargo ou emprego não veiculadas por lei, o que por si só eiva de nulidade o ato administrativo – requisito de idade, altura, cor de pele; tudo isso deve ser previsto em lei anterior ao edital do concurso, e ainda, tais limites legais devem ser coerentes com a Constituição. Tem-se, assim, que as normas constantes do edital, ou mesmo a lei, não podem dificultar, sem necessária razoabilidade, o acesso ao cargo público. A lei poderá estipular requisitos indispensáveis ao exercício das atribuições inerentes a cargo público, porém, sempre atentando para o princípio da razoabilidade”. JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 118.

<sup>128</sup>Note-se que não é posicionamento pacífico na doutrina o entendimento de que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados representa a exteriorização da discricionariedade administrativa. Nesse sentido: JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 35/39.

que é irrelevante analisar o mérito do ato discricionário praticado pela Administração Pública, até porque seria impossível, já que os conceitos de oportunidade e conveniência não possuem contornos jurídicos<sup>129</sup>.

A doutrina assevera que “(...) quando a lei não regula ou regula parcialmente o ato administrativo (discricionariedade), este, ainda assim, estará sujeito ao controle pelo Poder Judiciário em razão do art. 5º, XXXV, da CF/88 (inafastabilidade do controle jurisdicional), se for demonstrada alguma violação (lesão ou ameaça) à regra ou princípio constitucional (juridicidade). Os princípios foram constitucionalizados, passando a ter normatividade”<sup>130</sup>.

Só faz sentido mencionar mérito administrativo de ato discricionário, no sentido de verificar se atende ao interesse público, se a lei que autoriza esse ato é constitucional. Se é inconstitucional, a análise é de constitucionalidade, e não de conveniência ou oportunidade de ato discricionário.

E neste controle de constitucionalidade, exsurge a importância do controle de juridicidade<sup>131</sup>, que é aquele baseado nos princípios constitucionais, e não o de legalidade. Ou seja, a conclusão pela inconstitucionalidade das hipóteses de eliminação dos candidatos na investigação social são fundamentadas em princípios, pois, na maioria das vezes, o requisito da idoneidade moral está previsto em lei, não havendo mácula à legalidade.

Assim, o requisito da idoneidade moral previsto na lei é consitucional, mas a fase de investigação social em si, tal como é aplicada hoje, é inconstitucional<sup>132</sup>.

<sup>129</sup>“Exerce-se o controle jurisdicional de legalidade sobre os aspectos vinculados dos atos administrativos; exercita-se o controle judicial de juridicidade *stricto sensu* sobre os aspectos não vinculados do ato administrativo, distintos do mérito, vale dizer, sobre a valoração administrativa que não envolve os juízos de oportunidade nem de conveniência para a prática do ato, mas outros juízos, como os de justiça e proporcionalidade, no Direito Português e os de moralidade, proporcionalidade e razoabilidade, no Direito Brasileiro. O terreno do mérito do ato administrativo persiste infenso ao controle jurisdicional, pois reporta-se a regras não positivas da boa administração”. MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª Edição São Paulo: Dialética, 2004. p. 51.

<sup>130</sup>JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 81.

<sup>131</sup>“A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe - não contrarie - os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição”. MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª Edição São Paulo: Dialética, 2004. p. 30.

<sup>132</sup>“(…) para que as normas constantes do edital tenham poder de impor obrigações e traduzir direitos, indispensável será sua coerência com o ordenamento jurídico, em especial com a lei (art. 37 da CF/88 – legalidade) e com a

Se, por outro lado, a própria lei trouxesse as hipóteses de eliminação do candidato, e o edital apenas reproduzisse-as, o controle exercido seria “(...) justamente um controle jurisdicional de constitucionalidade incidente sobre o próprio legislador e não sobre o administrador, que, neste caso, se limitou a cumprir a lei, publicando edital de acordo com aquela”<sup>133</sup>.

Não é objetivo desse estudo diferenciar regras de princípios. Mas de maneira a fornecer um mínimo de conhecimento teórico acerca do assunto, suficiente para permitir uma análise casuística da investigação social, colhe-se passagem de Agapito Machado Júnior, que, citando J. J. Gomes Canotilo, assevera que:

Na doutrina constitucionalista portuguesa representada pelo consagrado mestre J. J. Gomes Canotilho, apontam-se as principais distinções entre regras e princípios, a saber: (a) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização; já as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência que é ou não cumprida (é o tudo ou nada); (b) a convivência entre princípios é conflitual, mas eles coexistem (não havendo exclusão de um pelo outro); entre regras a convivência é antinômica, havendo exclusão de uma pela outra; (c) os princípios permite o balanceamento de valores e interesses (ponderação pelo grau ou peso de importância); as regras não deixam qualquer margem para solução em termos de ponderação, pois uma exclui a outra (âmbito de validade).<sup>134</sup>

Assim, se “o edital só poderá limitar o acesso ao cargo ou ao emprego público se houver expressa previsão legal; e mais, tal preceito legal deve ser coerente com os princípios constitucionais, sob pena de nulidade”<sup>135</sup>, a análise ora deve partir da própria lei que regulamenta a carreira, quando especifica como se dará a fase da investigação social, ora apenas do edital do certame, quando a lei se limita a exigir o requisito da idoneidade moral<sup>136</sup>.

Constituição Federal. Acaso a norma do edital viole a lei ou a Constituição, estará passível de nulidade, nessa parte, mediante controle jurisdicional”. JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 117.

<sup>133</sup>JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 124.

<sup>134</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, [s.d.], p. 1161/1162. APUD por JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 55.

<sup>135</sup>JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 124.

<sup>136</sup>ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ELIMINAÇÃO DE CANDIDATO APÓS A HOMOLOGAÇÃO DO CERTAME. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. **1. O ato de exclusão do recorrente do concurso público para o provimento do cargo de Agente de Polícia Civil, após o ato homologatório, por ter sido considerado inabilitado na fase de investigação social, encontra respaldo no edital do certame, assim como na Lei Complementar 38/98. Inexistência de violação do princípio da legalidade. 2. Recurso ordinário improvido.** (RMS 22.454/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2008, DJe 19/05/2008)

#### 4.2.1 Hipóteses em que há extrapolação da discricionariedade administrativa

São comuns nos editais de determinados concursos públicos a previsão de algumas situações demasiadamente subjetivas na fase da investigação social.

Os concursos, especialmente na área policial, costumemente prevêm que o relacionamento ou exibição em público com pessoas de notórios e desabonadores antecedentes criminais, vício de embriaguez, prostituição, prática de ato atentatório à moral e aos bons costumes, além da prática habitual do jogo proibido, são fatos que atentam com o “procedimento irrepreensível e a idoneidade moral inatacável” dos candidatos<sup>137</sup>.

Sem muito esforço verifica-se a patente subjetividade de algumas dessas hipóteses, chegando ao absurdo de haver previsão de que “outras condutas que revelem a falta de idoneidade moral do candidato” também podem ensejar sua exclusão do certame.

Ora, o que seria um “vício de embriaguez” ou um “ato atentatório à moral e aos bons costumes”? Existe alguma forma de aferir objetivamente esses comportamentos? Com certeza que não. Portanto, todas essas hipóteses padecem de inconstitucionalidade, à medida em que extrapolam a discricionariedade administrativa, não permitindo aos candidatos um mínimo de segurança jurídica<sup>138</sup>:

---

ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PARA DELEGADO DE POLÍCIA ESTADUAL - CANDIDATO, SERVIDOR PÚBLICO CIVIL, DESLIGADO POR NÃO GOZAR DE BOA CONDUTA - INVESTIGAÇÃO DA VIDA SOCIAL - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1 - **O ato que impediu a continuação do candidato no Concurso de Delegado de Polícia, por não gozar de boa conduta, embasou-se no Edital e na Lei 5.406/69. Obedecido, desta forma, o princípio da legalidade.** Ademais, as provas nos autos são irrefutáveis da má conduta do recorrente: falta de decoro, uso indevido do cargo, participação em fuga de presos, etc, impossibilitando o implemento das condições necessárias para o exercício da função pública. Ausência de liquidez e certeza para deferir-se a pretensão. 2 - Precedente (RMS 586/MS). 3 - Recurso conhecido, porém, desprovido. (RMS 3.710/MG, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/1999, DJ 04/09/2000, p. 168)

<sup>137</sup>Nesse sentido, o edital do concurso de 2012 para o cargo de Delegado de Polícia Federal, disponível em [http://www.cespe.unb.br/concursos/DPF\\_12\\_DELEGADO/](http://www.cespe.unb.br/concursos/DPF_12_DELEGADO/) < Acesso em 14 out. 2013

<sup>138</sup>EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NÃO CONFIGURADAS NA ESPÉCIE. PRETENSÃO DE REEXAME. VIA IMPRÓPRIA. 1. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. In casu, tais pressupostos são inexistentes. 2. Não se prestam os aclaratórios para rediscutir matéria já suficientemente decidida. 3. Conquanto tenha sido instaurado, para o fim colimado,

Ora, se é certo que uma das principais justificativas do poder discricionário reside na impossibilidade de o legislador antever todos os fatos ocorrentes na realidade histórica, outorgando, assim, às autoridades administrativas, nos limites da lei, certa liberdade de atuação ante a riqueza de situações ocorrentes no afazer administrativo, também é verdade que, a partir do instante que militarem elementos objetivos de índole técnico-científica para a solução do caso concreto, a margem de discricção administrativa se reduz drasticamente, à luz da razoabilidade e da finalidade.<sup>139</sup>

Reconhece-se a importância da discricionariedade administrativa, já que “sob pena de não se atender ao interesse público por impossibilidade de se cuidar em lei de todos os fatos sociais e todas as suas peculiaridades é que a lei pode regular um dado fato social, conferindo, porém, ao administrador uma margem de liberdade de atuar no caso concreto”<sup>140</sup>.

Ocorre que nesses casos há um claro extrapolamento da discricionariedade administrativa, agindo a Administração Pública arbitrariamente, selecionando, sem quaisquer critérios objetivos, os candidatos que lhes convém<sup>141</sup>. Nesses casos, “(...) os elementos discricionários do ato administrativo ou mesmo o âmbito de discricionariedade dos conceitos jurídicos indeterminados serão objeto de controle, não com base na lei, mas com respaldo nos princípios constitucionais (juridicidade em sentido estrito)”<sup>142</sup>.

---

procedimento administrativo pela Comissão de Investigação Social (de forma totalmente intempestiva, porquanto somente levada a efeito após a nomeação do candidato), não se vislumbra, o atendimento aos princípios da ampla defesa e do contraditório, daí a improcedência dos presentes Embargos. **4. Em se considerando que nem mesmo o cometimento de ato infracional ou a existência de processos ou inquéritos policiais em andamento, à luz do princípio da presunção da não-culpabilidade, constituem razão bastante para inabilitar candidato em concurso público, com maior razão não se pode admitir que a simples "má-fama" de um candidato seja fator decisivo para fundamentar sua exclusão.** 5. Embargos rejeitados. (EDcl no RMS 18.613/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2005, DJ 06/02/2006, p. 289)

<sup>139</sup>MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 193.

<sup>140</sup>JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 33.

<sup>141</sup>“São passíveis de invalidação os atos discricionários quando editados sem levar em consideração as circunstâncias fáticas condicionantes de sua prática ou com desrespeito às limitações jurídicas ao exercício da discricionariedade, designadamente aos parâmetros traçados pelos princípios jurídicos. São limitações jurídicas ao exercício da discricionariedade os princípios gerais do Direito, especialmente os princípios constitucionais da Administração Pública consagrados explícita ou implicitamente na Constituição e a proteção constitucional aos direitos fundamentais”. MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª Edição São Paulo: Dialética, 2004. p. 165.

<sup>142</sup>JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 85.

Se é possível aferir a idoneidade moral dos candidatos e sua compatibilidade com o cargo de maneira objetiva, então, por óbvio, o ato administrativo editado por ocasião da investigação social deve ser vinculado.

Dessa forma, se a razão de ser da discricionariedade administrativa é a impossibilidade da lei prever todas as situações para que a Administração Pública atinja o interesse público, a partir do momento em que é possível essa delimitação objetiva, com a adoção da Lei da Ficha Limpa, por exemplo, deverá esta ser adotada<sup>143</sup>.

Partindo da noção de zona de certeza positiva e negativa, verifica-se que a zona de dúvida (ou cinzenta) acerca das condutas descritas nessas hipóteses é muito extensa, de maneira a deslegitimar qualquer tentativa de conferir discricionariedade ao Administrador Público. Ou seja, mesmo empregando um conceito jurídico indeterminado, a zona de dúvida deve ser ínfima, pois é justamente nessa zona que o administrador público irá atuar. A partir do momento em que na investigação social a zona de dúvida é enorme, e são as zonas de certeza é que são ínfimas, verificamos uma inversão dos institutos, o que deslegitima sua utilização<sup>144</sup>.

Afinal, não é possível afirmar o que seja uma “outra conduta que revela a falta de idoneidade moral do candidato”. Assim, a zona de certeza é ínfima, mas a de dúvida é enorme, havendo um claro extrapolamento da discricionariedade administrativa. Acrescenta-se ser praticamente impossível o candidato, em algumas hipóteses, conseguir produzir a chamada “prova negativa”, a infirmar a conclusão chegada pela Administração Pública<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup>“É certo que a lei visa atingir um interesse público nela consubstanciado; portanto, sempre que possível, ela descreverá minuciosamente como e quando o administrador público deverá agir (atividade vinculada), não o fazendo apenas quando foi inviável humanamente, como se viu diante da impossibilidade de o legislador prever todas as situações da vida social. Destarte, quando não for possível descrever em minúcias a atividade administrativa, a lei dará margem para que o administrador público diante do caso concreto adote a melhor solução administrativa (discricionariedade)”. JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 39.

<sup>144</sup>“Assim, o conceito indeterminado pode abrigar uma série de situações hipotéticas. É possível identificar as situações concretas – os fatos que com certeza se enquadram no conceito. Também é possível identificar as situações concretas que com certeza não se amoldam ao enunciado. Entretanto, remanesce uma série de situações duvidosas, nas quais não há certeza se ajustam à hipótese abstrata”. MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª Edição São Paulo: Dialética, 2004. p. 64.

<sup>145</sup>Administrativo. Mandado de segurança. Curso de formação para o cargo de oficial da Polícia Militar. Eliminação de candidato. Investigação social. Envolvimento em evento delituoso. Ausência de justa causa. Teoria dos motivos determinantes. Direito de defesa. Inexistência. - **Meras informações verbais quanto à existência de anterior envolvimento em delito de furto, fato que não possui qualquer registro documental, não constitui motivo para convalidar o ato que obistou o ingresso do candidato no Curso de Formação dos Oficiais da Polícia Militar do**

Apesar da conclusão a seguir se referir a fase da entrevista, os fundamentos trazidos pela doutrina podem ser inteiramente aplicáveis a esses casos de eliminação dos candidatos na investigação social:

Assim, por ser critério absolutamente subjetivo e afrontar os princípios da impessoalidade e da igualdade que devem nortear os concursos públicos, as entrevistas não podem ser utilizadas, seja como critério eliminatório ou classificatório. A existência de tais entrevistas daria à Administração verdadeiro poder de veto baseado exclusivamente em critérios subjetivos, inserindo os caprichos e preconceitos do examinador como critérios válidos de seleção, o que não em nada compatível com a sistemática dos concursos públicos inserida na Constituição Federal.<sup>146</sup>

Aliás, a exclusão dos candidatos nessas hipóteses, caso aplicada com rigor excessivo, pode gerar a situação esdrúxula do concurso ficar sem concorrentes, já que quase todas os candidatos podem, em algum momento de suas vidas, serem enquadrados numa hipótese de eliminação, o que revela verdadeiro arbítrio da Administração<sup>147</sup>:

Nesse caso, poderá o Judiciário verificar, em exame de razoabilidade, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades em abstrato abertas pela lei, revelou-se, *in concreto*, respeitoso das circunstâncias do caso e coerente com a finalidade da norma aplicada.<sup>148</sup>

Assim, “A desconfiança da Administração Pública não pode se fundar em parâmetros puramente subjetivos, sob pena de arbitrariedade”.<sup>149</sup>:

---

**Estado de Pernambuco. - A investigação social destinada a avaliar a conduta compatível com a função policial militar impõe sejam observados requisitos formais e de conteúdo por parte da Administração, de modo a assegurar o exercício de pleno direito de defesa.** - Recurso ordinário provido. Mandado de segurança concedido. (RMS 9.772/PE, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 09/05/2000, DJ 29/05/2000, p. 185)

<sup>146</sup>ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 96.

<sup>147</sup>Ao discorrer sobre o princípio da seletividade, Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro Queiroz tangenciam o tema: “Assim, a existência de um número manifestamente reduzido de concorrentes poderá comprometer a seletividade dos concursos públicos, revelando-se uma situação inconveniente para o interesse público e comprometedor de seus desígnios, rendendo ensejo à revogação do certame ou, até mesmo, à sua anulação, se restar comprovada efetiva lesão ao princípio da publicidade”. MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 32.

<sup>148</sup>MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 194.

<sup>149</sup>NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. Eliminação de candidato em concurso público. Investigação social dos bons antecedentes x princípio da presunção da inocência. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 12, n. 1575, 24 out. 2007](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10563>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - MAGISTRATURA ESTADUAL - ENTREVISTA - INVESTIGAÇÃO SOCIAL E DA VIDA PREGRESSA - ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO - MOTIVAÇÃO - CARÁTER SUBJETIVO - IMPOSSIBILIDADE - PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, INCISO LVII, CF) - INEXISTÊNCIA DE PUNIÇÃO REFERENTE A PROCESSO DISCIPLINAR, POR RETENÇÃO DE AUTOS, JUNTO A OAB-BA - CANDIDATO APROVADO - SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA - NOMEAÇÃO.

**1 - O ato administrativo, para que seja válido, deve observar, entre outros, o princípio da impessoalidade, licitude e publicidade. Estes três pilares do Direito Administrativo fundem-se na chamada motivação dos atos administrativos, que é o conjunto das razões fáticas ou jurídicas determinantes da expedição do ato. Tratando-se, na espécie, de ato do tipo discricionário e não vinculado - posto que visa a examinar a vida pregressa e investigar socialmente o candidato à admissão em concurso público -, uma vez delimitada a existência e feita a valoração, não há como o administrador furta-se a tais fatos. Não se discute, no caso sub judice, se o ato que prevê a análise da conduta pessoal e social do indivíduo, através da apuração de toda sua vida anterior, é legal ou não, porquanto, notoriamente sabemos que o é. Há previsão tanto na lei (LOMAN, art. 78, parág. 2º), como nas normas editalícias (item 3.4.1). Entretanto, o que não se pode aceitar é que este ato, após delimitado e motivado, revista-se do caráter da subjetividade, gerando uma verdadeira arbitrariedade.**

2 - Tendo o Tribunal a quo embasado a motivação do ato, real e exclusivamente, na existência de procedimento disciplinar contra o candidato, por retenção de autos, junto a OAB-Bahia, e sendo juntado a este writ certidão do referido Órgão de Classe (fls. 31) asseverando, textualmente, que "o requerente não sofreu, por parte deste Conselho, até a presente data, qualquer penalidade disciplinar relacionada com o exercício da advocacia", inexistente fato concreto que obste seu ingresso na carreira pretendida, sendo nulo o ato impugnado, por falta de motivação. Presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Magna Carta) violada.

3 - Consolidada a situação fática por força de liminar, anteriormente, deferida, resultando na aprovação final do impetrante em 40º lugar, conforme Edital nº 10/97 (fls. 105/109), configurado está o direito líquido e certo a ser agasalhado por esta via mandamental.

4 - Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão recorrido, conceder a ordem, assegurando ao impetrante-recorrente, em virtude de sua aprovação no Concurso para o Cargo de Juiz Substituto do Estado de Pernambuco, sua nomeação neste, obedecida sua classificação no certame.

5 - Custas ex leges. Honorários advocatícios indevidos a teor das Súmulas 105/STJ e 512/STF.

(RMS 11.336/PE, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2000, DJ 19/02/2001, p. 188)

Portanto, tais hipóteses de eliminação são flagrantemente inconstitucionais por extrapolarem a discricionariedade administrativa, revelando-se arbitrária a atuação da Administração Pública nesses casos.

#### **4.2.2 Hipóteses em que há violação da proporcionalidade e razoabilidade da medida**

Em outros casos, as situações previstas até podem ser aferidas objetivamente, mas excluir um candidato pelo simples fato de se enquadrar em uma delas, ofende os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A habitualidade em descumprir obrigações legítimas, a demissão de cargo público ou destituição de cargo em comissão, no exercício de função pública, em qualquer órgão da administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal, mesmo que com base em legislação especializada, a demissão por justa causa nos termos da legislação trabalhista, e a contumácia em cometer infrações contidas no Código de Trânsito Brasileiro que coloquem em risco a integridade física ou a vida de outras pessoas, são alguma das situações que podem eliminar o candidato na investigação social<sup>150</sup>.

Apesar de aferíveis objetivamente, não há a mínima razoabilidade e proporcionalidade em excluir um candidato do concurso pelo fato de ter sido demitido do serviço público. Se o candidato foi demitido, deve cumprir sua sanção com a demissão do seu cargo anterior, e não vedando por absoluto a possibilidade da entrada no serviço público novamente, até porque a legislação administrativa já prevê que em determinadas hipóteses de demissão o ex-servidor não poderá retornar ao serviço público<sup>151</sup>.

Mais incompreensível ainda é a hipótese de exclusão do candidato pelo fato de ter sido demitido por justa causa nos termos da legislação trabalhista. Ora, é completamente irrelevante sequer perquirir o motivo de sua demissão, já que se houver qualquer repercussão nas

<sup>150</sup>Nesse sentido, o edital do concurso de 2013 para o cargo de Policial Rodoviário Federal, disponível em [http://www.cespe.unb.br/concursos/DPRF\\_13/](http://www.cespe.unb.br/concursos/DPRF_13/) < Acesso em 14 out. 2013

<sup>151</sup>Nesse sentido, a Lei 8.112/90:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: I - crime contra a administração pública; II - abandono de cargo; III - inassiduidade habitual; IV - improbidade administrativa; V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; VI - insubordinação grave em serviço; VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos; IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; XI - corrupção; XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

(...)

Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos. Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.

esfera cível ou penal, é lá que o candidato deve arcar com as consequências, e não na esfera administrativa.

Quanto às hipóteses de eliminação do candidato pelo fato de ter seu nome incluído no cadastro de serviço de proteção ao crédito, o STJ já pacificou o entendimento no sentido de que "se nem as ações penais em curso podem alicerçar o ato de eliminação em concurso público na fase de investigação social, mostra-se desprovido de razoabilidade e proporcionalidade permitir-se que essa medida possa ser tomada com base no registro do nome do candidato em cadastro de serviço de proteção ao crédito"<sup>152</sup>.

Ofende também a razoabilidade a a proporcionalidade a eliminação do candidato por fatos ocorridos há muito tempo, sob pena de se instaurar verdadeira pena restritiva de direitos de caráter perpétuo, o que é vedado pela nossa Constituição<sup>153</sup>.

#### 4.2.3 Hipóteses em que há violação ao princípio da presunção da inocência

<sup>152</sup>ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. INABILITAÇÃO NA FASE DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS POLICIAIS, AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO OU INCLUSÃO DO NOME DO CANDIDATO EM SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 1. Não havendo sentença condenatória transitada em julgado, o princípio da presunção de inocência resta maculado, ante a eliminação de candidato a cargo público, ainda na fase de investigação social do certame, por ter sido verificada a existência de inquérito ou ação penal. **2. É desprovido de razoabilidade e proporcionalidade o ato que, na etapa de investigação social, exclui candidato de concurso público baseado no registro deste em cadastro de serviço de proteção ao crédito.** 3. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e provido. (RMS 30.734/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 04/10/2011)

<sup>153</sup>RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO-OCORRÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. PERITO DA POLÍCIA FEDERAL. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. LAUDO DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA. FATO OCORRIDO HÁ MAIS DE 10 ANOS DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. ELIMINAÇÃO DO CANDIDATO. MÉRITO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE, EM ALGUNS CASOS, PELO PODER JUDICIÁRIO. DESPROPORCIONALIDADE. 1. A ofensa ao art. 535, II, do Código de Processo Civil não se configura quando o acórdão dos embargos declaratórios cumpre seu ofício, concluindo que não havia omissão a ser sanada, sobretudo porque solucionou a controvérsia com o direito que entendeu melhor aplicável ao caso. 2. A doutrina mais moderna vem aceitando a possibilidade de incursão do poder judiciário pelo mérito administrativo, quando o ato atacado esteja desproporcional ou desarrazoado em relação ao sentido comum e ético de uma sociedade. Jurisprudência. **3. Afigura-se desarrazoada e desproporcional a eliminação de um candidato na fase de investigação social de concurso para perito da polícia federal, em razão de fato ocorrido 10 anos antes do certame. Perpetuação de fato que não se amolda ao balizamento constitucional que veda a existência de penas perpétuas.** 4. Recurso especial improvido. (REsp 817.540/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 19/10/2009)

Por fim, analisemos as hipóteses mais polêmicas e comuns de eliminação dos candidatos: as referentes ao candidato que responde ou já respondeu a inquérito policial ou a ação penal.

Com efeito, a maioria dos editais para cargos policiais prevêem que o fato do candidato estar respondendo ou ter sido indiciado em inquérito policial, envolvido como autor em termo circunstanciado de ocorrência, ou respondendo a ação penal, é capaz de demonstrar a inidoneidade moral do candidato e sua inaptidão para o cargo.

Ocorre que eliminar o candidato pelo simples fato de estar respondendo a inquérito policial ou ação penal, sem decisão transitada em julgado, viola frontalmente o princípio da presunção da inocência ou da não-culpa, previsto no art. 5º, LVII, que diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, antecipando uma reflexo da pena que nem mesmo o Judiciário declarou.

Há quem diga que o princípio da presunção da inocência é aplicável exclusivamente na esfera penal, sendo possível afirmar que um candidato não possua idoneidade moral mesmo sem trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Ocorre que se “os princípios seriam normas jurídicas com intensa carga de abstração e generalidade, com aptidão de irradiar sua valoração a todo o sistema normativo”<sup>154</sup>, não faz sentido defender que a presunção de inocência só se aplicaria no âmbito penal<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup>JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 25/26.

<sup>155</sup>No mesmo sentido, colhe-se trecho do voto do Ministro Relator Celso de Mello no RE 634.224/DF: “Nem se diga que a garantia fundamental de presunção de inocência teria pertinência e aplicabilidade unicamente restritas ao campo do direito penal e do direito processual penal. Torna-se importante assinalar, neste ponto, que a presunção de inocência, embora historicamente vinculada ao processo penal, também irradia os seus efeitos, sempre em favor das pessoas, contra o abuso de poder e a prepotência do Estado, projetando-os para esferas não criminais, em ordem a impedir, dentre outras graves conseqüências no plano jurídico – ressalvada a excepcionalidade de hipóteses previstas na própria Constituição –, que se formulem, precipitadamente, contra qualquer cidadão, juízos morais fundados em situações juridicamente ainda não definidas (e, por isso mesmo, essencialmente instáveis) ou, então, que se imponham, ao réu, restrições a seus direitos, não obstante inexistente condenação judicial transitada em julgado. O que se mostra relevante, a propósito do efeito irradiante da presunção de inocência, que a torna aplicável a processos (e a domínios) de natureza não criminal, é a preocupação, externada por órgãos investidos de jurisdição constitucional, com a preservação da integridade de um princípio que não pode ser transgredido por atos estatais (como a exclusão de concurso público motivada pela mera existência de procedimento penal em curso contra o candidato) que veiculem, prematuramente, medidas gravosas à esfera jurídica das pessoas, que são, desde logo, indevidamente tratadas, pelo Poder Público, como se culpadas fossem, porque presumida, por arbitrária antecipação

Com efeito, tal princípio é claramente aplicável na esfera administrativa, especialmente no âmbito dos Processos Administrativos Disciplinares e nas Ações de Improbidade Administrativa, que são institutos administrativos em que há possibilidade de restrição de direitos dos cidadão. Se nesses casos aplica-se aquele princípio, por qual motivo não se aplicaria à fase da investigação social, se da mesma forma o candidato está tendo seu direito restringido sem uma decisão definitiva?

Transcreve-se nesse sentido brilhante passagem do voto do Ministro Marco Aurélio, em julgamento em que se discutia sobre a possibilidade de ingresso na carreira policial de indivíduo denunciado pelo crime de corrupção passiva (RE 194.872/RS):

Por evidente, como afirma a autoridade coatora, é possível que alguém, mesmo não condenado, ainda assim não reúna condições morais para o ingresso na função pública. É uma verdade que não pode ser desmentida. Contudo, o que levou o Conselho de Polícia a reprovar o impetrante na prova de capacitação moral foi justa e exclusivamente o fato de estar ele respondendo a processo criminal perante a Justiça Militar deste Estado. Nada mais motivou esta decisão. Ora, aí é que reside a questão. Parece-me preconceituosa a decisão, pois enquanto não condenado, com sentença trânsita em julgado, há que se presumir a inocência, conforme regra do art. 5º, LVII, da CF. E é justamente esta regra constitucional que a decisão está a ferir, pois a motivação do ato ora impugnado se resume no fato de que o crime imputado ao impetrante o incompatibiliza para a função policial. Mas há uma mera imputação. Não há uma condenação. Em verdade, já está o impetrante sendo punido por um crime que não se sabe tenha ele realmente cometido. Só ao Judiciário cabe tal declaração. A ninguém mais. (...) De duas, uma: ou se confere eficácia, em que pese à garantia constitucional, à simples imputação, caminhando-se para a presunção do excepcional, ou seja, do envolvimento do acusado, ou parte-se para a homenagem à Carta da República, dando-lhe a eficácia que lhe é própria.

---

fundada em juízo de mera suspeita, a culpabilidade de quem figura, em processo penal ou civil, como simples réu!?”.

Foge à razão também a hipótese em que o candidato é eliminado mesmo que o fato investigado no inquérito policial ou na ação penal esteja prescrito<sup>156</sup>, ou que tenha recebido o benefício da transação penal<sup>157</sup>, ou, ainda, que o inquérito policial esteja arquivado<sup>158</sup>.

A ilegalidade da primeira situação é que o candidato nunca poderá sequer provar sua inocência, já que o fato encontra-se prescrito<sup>159</sup>. Já na segunda situação, pelo fato de haver previsão legal expressa no sentido de que a transação penal não poderá gerar quaisquer efeitos<sup>160</sup>.

Por fim, na terceira situação, pelo fato do próprio Ministério Público, titular da ação penal

<sup>156</sup>EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO DO DF. INVESTIGAÇÃO SOCIAL E FUNCIONAL. SENTENÇA PENAL EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE. OFENSA DIRETA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MATÉRIA INCONTROVERSA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279. AGRAVO IMPROVIDO. **I – Viola o princípio constitucional da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal a exclusão de candidato de concurso público que foi beneficiado por sentença penal extintiva de punibilidade.** II - A Súmula 279 revela-se inaplicável quando os fatos da causa são incontroversos, tendo o Tribunal a quo atribuído a eles consequências jurídicas discrepantes do entendimento desta Corte. III - Agravo regimental improvido. (RE 450971 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 01/02/2011, DJe-034 DIVULG 18-02-2011 PUBLIC 21-02-2011 EMENT VOL-02467-02 PP-00269)

<sup>157</sup>RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. ETAPA DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL. NÃO-RECOMENDAÇÃO PARA O CARGO. TRANSAÇÃO PENAL. FUNDAMENTO ÚNICO. ART. 76, §§ 4º E 6º, DA LEI Nº 9099/95. ILEGALIDADE. RECURSO PROVIDO. **I - A transação penal aceita por suposto autor da infração não importará em reincidência, nem terá efeitos civis, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício, conforme art. 76, §§ 4º e 6º, da Lei Federal nº 9099/95.** II - Em decorrência da independência entre as instâncias, no entanto, é possível a apuração administrativa do fato objeto da transação penal e, por consequência, a aplicação das sanções correspondentes. Precedente do c. STJ. III - In casu, porém, a não recomendação do candidato em concurso público ocorreu exclusivamente com base na existência de termo circunstanciado e da respectiva transação penal, contrariando os efeitos reconhecidos pela lei ao instituto e ferindo direito líquido e certo do recorrente. Recurso ordinário provido. (RMS 28.851/AC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 29/04/2009, DJe 25/05/2009)

<sup>158</sup>DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO DE CANDIDATO EM RAZÃO DE INQUÉRITO POLICIAL ARQUIVADO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. **1. Em observância ao princípio da presunção de inocência – art. 5º, LVII, da Constituição Federal –, não se admite, na fase de investigação social de concurso público, a exclusão de candidato em virtude da simples existência de inquérito policial arquivado por sentença transitada em julgado em 1993. Tal fato não tem o condão de afetar os requisitos de procedimento irrepreensível e idoneidade moral.** Precedentes do STJ. 2. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp 780.032/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ 06/08/2007, p. 640)

<sup>159</sup>“Hipótese diversa, entretanto, é aquela em que o delito já foi alcançado pela prescrição. Como se trata de instituto que rende ensejo à extinção da punibilidade, a prática do delito não pode servir como óbice à capacitação moral do candidato, permitindo que este concorra em igualdade de condições com os demais candidatos”. CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**. 20ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 608.

<sup>160</sup>“Com efeito, se a transação penal a que alude o art. 76 da Lei 9099/95 não importa em condenação do autor do fato, revela-se ilegal o ato administrativo que tem o recorrente como não-recomendado em virtude tão-somente de haver celebrado transação penal. Admitir o contrário seria atribuir ao recorrente a responsabilização pela prática dos atos a ele imputados, independentemente do devido processo legal”. Voto do Relator Felix Fischer no RMS 28.851/AC.

pública, não ter visualizado indícios suficientes de autoria e materialidade na prática de uma infração penal.

Também não se deve olvidar sobre os casos em que o candidato é definitivamente condenado, mas já cumpriu a pena e transcorreu considerável prazo do fato criminoso, ou mesmo já foi reabilitado criminalmente.

Negar que um candidato que já cumpriu sua pena seja impossibilitado de prosseguir no certame é, além de conferir o caráter de perpetuidade à pena, negar por absoluto o intuito de ressocialização da pena. Ou seja, o candidato que errou uma vez na vida, será para sempre estigmatizado por essa condenação, não podendo nunca mais inserir-se novamente à sociedade por meio do concurso, sendo decretada sua imprestabilidade para assumir um cargo público (*morte civil no âmbito da Administração*)<sup>161</sup>.

Há casos ainda que o candidato sequer toma conhecimento do Inquérito Policial, já que o mesmo, em regra, é destituído de contraditório e ampla defesa. O STJ já foi instado a se manifestar nesse caso, cuja conclusão não poderia ser outra que não a ilegalidade da exclusão do candidato<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup>RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DETETIVE DA POLÍCIA CIVIL. APROVAÇÃO. POSTERIOR INABILITAÇÃO EM INVESTIGAÇÃO SOCIAL. NOMEAÇÃO TORNADA SEM EFEITO. DESCABIMENTO. DIREITO À POSSE. COMETIMENTO DE ATO INFRACIONAL. CUMPRIMENTO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA. INABILITAÇÃO INDEVIDA. 1. Constitui entendimento já consagrado por este Tribunal Superior que o candidato nomeado, após regular aprovação em concurso público, tem direito à posse. Precedentes. 2. Conquanto se trate o ato de nomeação, de ato discricionário, gera direitos para o nomeado, não podendo, pois, ser desconstituído sem o devido processo legal, como ocorrera na espécie. 3. Ademais, da leitura dos autos depreende-se que o motivo que culminou com a aludida inabilitação consiste na imposição ao Impetrante de medida sócio-educativa já cumprida, em razão do cometimento de delito há mais de 7 (sete) anos. Vale dizer, em época em que o Recorrente ainda era inimputável. 4. **Nessa esteira, merece reforma o aresto hostilizado, na medida em que contrário à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, afrontando, outrossim, os princípios que informam a própria Política Criminal, tendo em vista as finalidades do nosso sistema jurídico-penal, principalmente, no que diz respeito ao caráter ressocializante da pena (ou medida sócio-educativa), com vistas à harmônica integração social do apenado (ou do infrator).** 5. Recurso conhecido e provido. (RMS 18.613/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2005, DJ 07/11/2005, p. 312)

<sup>162</sup>CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS POLICIAIS. Não há declaração falsa quando a pergunta que o candidato respondeu negativamente indagava se já havia sido "intimado ou processado pela Justiça", ante a prova de que nunca fora notificado dos inquéritos policiais, de resto todos arquivados. Recurso conhecido e provido. (RMS 38.870/MT, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 15/08/2013)

Em todas essas hipóteses de eliminação, vê-se claramente o conflito entre os princípios da presunção da inocência de um lado e o da moralidade administrativa e da supremacia do interesse público do outro<sup>163</sup>.

A doutrina adverte “(...) que a utilização da técnica da ponderação de interesses efetuada pelo Poder Judiciário só merece guarida quando não houver uma prévia ponderação de interesses já efetuada pelo legislador, pois o julgador terminaria por ofender a separação dos poderes, substituindo o juízo de valor realizado pelo legislador”<sup>164</sup>.

Portanto, nesses casos, é o administrador público que na elaboração do edital não ponderou corretamente os princípios em questão, já que na maioria dos casos a lei se restringe a exigir a idoneidade moral, deixando a cargo do edital como será realizada essa verificação. Eliminar um candidato pelo fato de ter respondido a Inquérito Policial ou a Ação Penal, sem dúvida, é eliminar por completo a presunção da inocência, não havendo ponderação alguma, mas a pura e simples eliminação de um princípio em detrimento de outro, havendo aí inconstitucionalidade manifesta.

---

<sup>163</sup>“Há um aparente conflito entre os princípios da moralidade administrativa e da presunção da inocência, entre a exigência de o candidato possuir "bons antecedentes" e o risco – também social – de se vir a prejudicá-lo embora inocente, prejuízo esse, não raro, definitivo, irreparável – eliminado o candidato, e tendo prosseguido o concurso público em suas etapas seguintes, não haverá como reabrir as etapas anteriores, apenas para que o candidato injustamente excluído volte a dele participar...”. NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. Eliminação de candidato em concurso público. Investigação social dos bons antecedentes x princípio da presunção da inocência. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1575, 24 out. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10563>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

<sup>164</sup>JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 77.

Felizmente, tanto a doutrina<sup>165166</sup> como o STF<sup>167</sup> e o STJ<sup>168</sup> já pacificaram o entendimento aqui esposado, no sentido que viola o princípio da presunção da inocência a eliminação de candidato em concurso público pelo simples fato de ostentar a condição de indiciado em inquérito policial ou réu em ação penal, sem que haja trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Situação diferente é a do candidato que é eliminado não pelo fato de ter sido indiciado ou ser réu de uma ação penal, mas sim por toda sua vida social e funcional. Nesses casos, o STJ não mitiga o princípio da presunção da inocência, mas considera que, caso o candidato se enquadre em mais de uma hipótese de eliminação, sua exclusão do certame seria legal. Analisa-se, portanto, toda a vida do candidato e não somente aspectos pontuais.

Então, por exemplo, se um candidato já foi réu em ação penal, sem trânsito em julgado, isso, por si só, não é capaz de eliminá-lo do certame, sob pena de ofensa ao princípio da presunção da inocência. Assim como o simples fato de ter seu nome inscrito em cadastro de serviço de proteção ao crédito também não tem o condão de eliminar o candidato do certame, sob

---

<sup>165</sup>“Ante a presunção de não culpabilidade, é também ilegal reprovar ou excluir do concurso candidato com ação penal em curso ou cumprindo pena em regime semiaberto, sob a alegação de falta de capacitação moral ou por atos infracionais na adolescência; mas, havendo previsão na lei, e constando do edital, é possível levantamente ético-social, o qual dispensa o contraditório”. MERELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 497.

<sup>166</sup>José dos Santos Carvalho Filho propõe uma solução peculiar ao caso em que o candidato responde a ação penal: “A nosso juízo, contudo, essa hipótese ensejaria suspensão do direito à nomeação e posse até que a ação tivesse o trânsito em julgado: se não houve condenação, indícios fortes ao menos foram considerados para a instauração da ação penal. A melhor posição, portanto, é a que não admite excessos nem restritivos nem imoderadamente amplos”. CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**. 20ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 608.

<sup>167</sup>EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Concurso público. Delegado da Polícia Civil. Inquérito policial. Investigação social. Exclusão do certame. Princípio da presunção de inocência. Violação. Impossibilidade. Precedentes. **1. A jurisprudência da Corte firmou o entendimento de que viola o princípio da presunção de inocência a exclusão de certame público de candidato que responda a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória.** 2. Agravo regimental não provido. (AI 829186 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 23/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 26-06-2013 PUBLIC 27-06-2013)

<sup>168</sup>RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. DECADÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO DO CANDIDATO DO CURSO DE FORMAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 1. O prazo para impetração do mandamus inaugura-se com a ciência pelo interessado do ato que lhe feriu o direito líquido e certo. Precedentes. **2. Segundo jurisprudência consolidada desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, a existência de inquérito, ação penal, ou registro em cadastro de serviço de proteção ao crédito não são capazes de provocar a eliminação de candidato na fase de investigação social do concurso. Respeito ao princípio da presunção de inocência.** 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no RMS 24.283/RO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 08/06/2012)

pena de ofensa à razoabilidade e à proporcionalidade. O mesmo raciocínio aplica-se a um candidato que, por exemplo, detenha diversas infrações de trânsito, ou que já tenha sido demitido por justa causa.

Ocorre que se um mesmo candidato ostenta todos esses exemplos citados, o STJ vem admitindo sua exclusão do certame, já que o conjunto de fatos é capaz de verificar a inidoneidade do candidato. Assim, para o STJ, “a investigação social não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que porventura tenha praticado. Serve, também, para avaliar a sua conduta moral e social no decorrer de sua vida, visando aferir seu comportamento frente aos deveres e proibições impostos ao ocupante de cargo público da carreira policial e de outras carreiras do serviço público não menos importantes' (RMS 22.089, Ministro Felix Fischer, DJe 13.8.2007)”.

Dessa forma, a jurisprudência do STJ tem considerado válida os casos em que os candidatos não foram eliminados pelo simples fato de já terem respondido a inquérito policial ou a ação penal, sem que tenham sido condenados definitivamente, mas sim pelo conjunto de circunstâncias que são capazes de demonstrar a inaptidão do candidato para o cargo almejado<sup>169</sup>, sendo até mesmo desnecessário ter respondido a inquérito policial ou ação penal<sup>170</sup>.

<sup>169</sup>ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ETAPA DE SINDICÂNCIA DA VIDA PREGRESSA. MÁ CONDUTA. EXCLUSÃO DO CERTAME. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (RMS 37.331/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 21/08/2012).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. INSPETOR DE SEGURANÇA. POLÍCIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. CONDUTA SOCIAL. INVESTIGAÇÃO. PREVISÃO EDITALÍCIA. ELIMINAÇÃO DE CANDIDATO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (AgRg no RMS 35.502/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 06/08/2012)

<sup>170</sup>ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TÉCNICO PENITENCIÁRIO. SINDICÂNCIA DE VIDA PREGRESSA E INVESTIGAÇÃO SOCIAL. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. EMISSÃO REITERADA DE CHEQUES SEM FUNDO. CONTRAINDICAÇÃO DO CANDIDATO. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO. I - A questão está em apurar se as condutas -- caracterizadas por 5 registros de inadimplência no serviço de proteção ao crédito; 8 registros de inadimplência em cheque lojista e 32 registros no cadastro de emitente de cheque sem fundo -- que a administração tem por inidôneas para fins de nomeação para o cargo de agente penitenciário, são ou não incompatíveis com a natureza do cargo. II - Remanesce, contudo, a questão em distinguir da coisa julgada ou da conduta penalmente punida, aquela que, não constituindo crime ainda, assim revela comportamentos potencialmente incompatíveis com a natureza, importância ou sensibilidade do cargo disputado. III - Se o candidato, no período de 2004 a 2008 envolveu-se em tantos episódios que redundaram nas ocorrências mencionadas pelo acórdão local, primeiro não parece possível -- já que se trata de mandado de segurança cuja prova é por definição preconstituída -- reabrir-se a instrução para contestar as referências ou circunstâncias dos eventos, e, depois, se ao administrador cabe

Critica-se tal posicionamento do STJ por redundar na mesma arbitrariedade combatida anteriormente, não sendo possível aferir por critérios objetivos as situações ou o enquadramento em quantas delas é necessário para concluir pela inidoneidade do candidato.

Quanto àqueles que já ostentam uma condenação transitada em julgado, entendo que, mesmo nesses casos, deve haver uma lei vinculando a Administração Pública, de maneira a delimitar quais os crimes ou as sanções administrativas aplicadas são aptas a impedir que o candidato assuma o cargo público, assim como o prazo de incompatibilidade, sendo vedado, em qualquer caso, que a sanção seja por prazo indeterminado, sob pena de configurar pena de caráter perpétuo, vedada pela nossa Constituição.

Ressalta-se que o Recurso Extraordinário 560900 RG/DF de repercussão geral reconhecida ainda está pendente de julgamento, devendo a conclusão seguir o entendimento da jurisprudência já esposado<sup>171</sup>.

#### **4.3 Outras questões importantes**

Na investigação social deve haver previsão de recurso para que o candidato possa exercer o controle administrativo. E essa previsão de recurso administrativo deve ser efetiva, ou seja, deve ser dado ao candidato um prazo razoável para que possa manifestar sua discordância, e que os argumentos levantados pelo candidato em sede recursal sejam capazes de influir no julgamento, não devendo a decisão que resolver o recurso somente confirmar a primeira decisão,

---

avaliar as exigências da atividade de agente penitenciário por poder discricionário legalmente admissível, não pode o Tribunal substituir-se nesse juízo para o qual lhe falta tanto o poder de discricção quanto a oportunidade do exame da prova necessária. IV - Recurso ordinário improvido. (RMS 30.326/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011).

<sup>171</sup>EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RESTRIÇÃO POSTA AOS CANDIDATOS QUE RESPONDEM A PROCESSO CRIMINAL (EXISTÊNCIA DE DENÚNCIA CRIMINAL). ACÓRDÃO RECORRIDO QUE AFASTA A RESTRIÇÃO, COM BASE NA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA. MANIFESTAÇÃO PELA CONFIGURAÇÃO DO REQUISITO DE REPERCUSSÃO GERAL, PARA CONHECIMENTO E JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (RE 560900 RG, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 08/02/2008, DJe-055 DIVULG 27-03-2008 PUBLIC 28-03-2008 EMENT VOL-02312-11 PP-01971).

ou ainda fundamentar através de termos genéricos, limitando-se a afirmar que o candidato não possui idoneidade moral ou aptidão para exercer aquele cargo.

Portanto, parece de patente inconstitucionalidade um concurso que não preveja recurso administrativo da decisão da Comissão encarregada pela investigação social<sup>172</sup>. Ofende-se a um só tempo o art. 5º, LV<sup>173</sup> e XXXIV, a<sup>174</sup>, da CF/88.

Outra questão importante é o fundamento utilizado pela Administração Pública de que o candidato quando se inscreve no concurso concorda com todos os dispositivos do edital, não podendo posteriormente na via judicial contestar os mesmos dispositivos que aderiu anteriormente, aplicando-se a proibição do *Venire contra factum proprium*.

Não merece prosperar essa conclusão, já que “A inscrição é o ato através do qual os candidatos manifestam seu interesse em concorrer ao cargo oferecido. (...) É um ato de adesão e, nesta condição, não representa a concordância tácita com os termos do edital, nem renúncia ao direito de contestá-los judicialmente, ainda que conste tal disposição expressa na ficha de inscrição”<sup>175</sup>.

Revela-se essencial analisar a hipótese do candidato que omite ou declara falsamente informação relevante que deveria constar em sua ficha de informações confidenciais acerca de sua vida pregressa. Com efeito, a maioria dos editais prevêem que o candidato que pratica tal conduta será eliminado do certame<sup>176</sup>.

<sup>172</sup>“Ora, a não admissão de recurso administrativo ou outro meio revisional contra as deliberações da comissão examinadora, notadamente sobre os resultados das provas, é o mesmo que considerar que essa comissão é formada por seres humanos infalíveis, o que já é uma contradição”. MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 140.

<sup>173</sup>LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

<sup>174</sup>XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

<sup>175</sup>ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006. p. 59.

<sup>176</sup>Nesse sentido é o edital de 2012 para Agente de Polícia Federal: “7 Será passível de eliminação do concurso público, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, o candidato que: I- deixar de apresentar quaisquer dos documentos exigidos nos itens 4 e 5 deste anexo, nos prazos estabelecidos nos editais específicos; II- apresentar documento ou certidão falsos; III - apresentar certidão com expedição fora do prazo previsto no subitem 5.1 deste anexo; IV - apresentar documentos rasurados; V- tiver sua conduta enquadrada em qualquer das alíneas previstas item 6 deste anexo; VI- **tiver omitido informações ou faltado com a verdade, quando do preenchimento da**

Luís Marcelo Cavalcanti de Sousa, tratando de hipótese análoga, em que o candidato omite ou declara falsamente requisito para a posse no cargo no ato de inscrição, diz que:

nesse caso, o candidato poderá ser eliminado do certame, não apenas porque não atendia aos requisitos, mas também porque poderá ser preso em flagrante pela comissão do concurso, em razão de ter praticado delito de falsidade ideológica. Não se trata aqui de penalizar o candidato que responde a processo criminal – o que é repellido pelo STF – mas de eliminação de candidato preso em flagrante delito.<sup>177</sup>

Discorda-se da conclusão do autor, já que para se consumir o delito da falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal<sup>178</sup>) é necessário que o documento falsificado não esteja sujeita a posterior verificação, valendo por si mesmo<sup>179</sup>. Aplica-se, nesses casos, o mesmo raciocínio da apresentação de declaração de pobreza falsa com fins de obter a gratuidade judiciária<sup>180</sup>.

---

**Ficha de Informações Confidenciais – FIC ou de suas atualizações**?. Disponível em [http://www.cespe.unb.br/concursos/DPF\\_12\\_AGENTE/arquivos/ED\\_1\\_2012\\_DPF\\_AGENTE\\_ABT.DOCX.PDF](http://www.cespe.unb.br/concursos/DPF_12_AGENTE/arquivos/ED_1_2012_DPF_AGENTE_ABT.DOCX.PDF) <

Acesso em 14 out. 2013

<sup>177</sup>SOUSA, Luís Marcelo Cavalcanti de. **Controle Judiciário dos concursos públicos**. São Paulo: Método, 2007. p. 59/60

<sup>178</sup>Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

<sup>179</sup>Em hipótese análoga, o STJ assim decidiu: PENAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. DOCUMENTO SUJEITO A POSTERIOR VERIFICAÇÃO, SEM INDAGAÇÃO COMPLEXA. 1. Não há ofensa à fé pública e conseqüentemente não se perfaz a figura delituosa do art. 299 do Código Penal, simples requerimento de inscrição em concurso público, onde se afirma, sob as penas da lei, ser portador de diploma de Bacharel em Direito, sem que isto corresponda à realidade. É que o requerimento nesta hipótese, sujeito a posterior verificação, sem indagação complexa e futura, não se presta à comprovação da condição habilitadora, ou na dicção do STF, não vale por si mesmo. 2. Recurso especial não conhecido. (REsp 137.739/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 08/09/1998, DJ 13/10/1998, p. 193)

<sup>180</sup>HABEAS CORPUS. ARTIGOS 299 E 304 DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DECLARAÇÃO DE POBREZA FALSA. OBJETIVO DE OBTENÇÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. CONDUTAS ATÍPICAS. ORDEM CONCEDIDA. **1. Somente se configura o crime de falsidade ideológica se a declaração prestada não estiver sujeita a confirmação pela parte interessada, gozando, portanto, de presunção absoluta de veracidade.** 2. Esta Corte já decidiu ser atípica a conduta de firmar ou usar declaração de pobreza falsa em juízo, com a finalidade de obter os benefícios da gratuidade de justiça, tendo em vista a presunção relativa de tal documento, que comporta prova em contrário. 3. Ordem concedida para trancar a ação penal. (HC 218.570/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012)

Entende-se que o candidato que omite ou declara falsamente as informações confidenciais na fase da investigação social deve, sim, ser eliminado do certame, mas não pelo fato de ter cometido um suposto crime, mas pela quebra do dever de lealdade para com Administração<sup>181</sup>. Se a forma de verificação do requisito da idoneidade moral está eivado de inconstitucionalidade, nem por isso deverá o candidato tentar enganar a Administração.

Nesse sentido, colhe-se julgado elucidativo do STJ:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. AGENTE DA POLÍCIA CIVIL. OMISSÃO DE INFORMAÇÕES RELEVANTES. QUEBRA DO DEVER DE LEALDADE. ELIMINAÇÃO DO CANDIDATO. PREVISÃO NO EDITAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O recorrente participou de concurso público para provimento do cargo de Agente da Polícia Civil do Estado da Bahia. Na fase de investigação social, o candidato foi considerado "contra-indicado", por ter omitido informação acerca da existência de processo criminal em que figurava como réu.

**2. A Administração Pública está vinculada às regras editalícias, cabendo-lhe zelar por sua estrita observância, razão pela qual, havendo previsão expressa no edital do certame, não há ilegalidade no ato que desclassificou o candidato por ter omitido informação relevante na fase de investigação social.**

**3. Deve-se salientar que a hipótese dos autos não diz respeito à eliminação de candidato por processo criminal não transitado em julgado ou já arquivado. No caso, a rejeição ocorreu em virtude de não ter sido prestada informação relevante sobre seus antecedentes criminais, o que afasta a alegativa de violação do princípio constitucional da presunção de inocência.**

**4. Ademais, essa omissão caracterizou a quebra do dever de lealdade entre o candidato e a Administração Pública, sendo a sanção aplicada prevista no edital e condizente com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.**

5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(RMS 32330/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 01/12/2010)

<sup>181</sup>ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR ESTADUAL. POLICIAL MILITAR. CONCURSO PÚBLICO. EXCLUSÃO NA FASE DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL. OMISSÃO DE INFORMAÇÕES. PREVISÃO NO EDITAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES. 1. Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra acórdão que denegou o pleito de anulação da portaria que excluiu candidato do certame ao cargo de soldado da polícia militar por não ter apresentado as devidas informações na fase de investigação social; o impetrante alega que informou em formulário ter respondido ocorrência criminal a qual, contudo, teria resultado em transação penal. 2. As provas pré-constituídas juntadas aos autos não demonstram a juntada das certidões de antecedentes das justiças federal e estadual, assim como das polícias federal e estadual, conforme exigido expressamente nos itens 8.4, "b" e "d" do edital do concurso; tal exigência editalícia, inclusive, possui amparo na Lei Complementar Estadual n. 108/2008. **3. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a omissão em prestar informações, conforme demandado por edital, na fase de investigação social ou de sindicância da vida pregressa, enseja a eliminação de candidato do concurso público. Precedentes: AgRg no RMS 34.719/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 23.11.2011; RMS 20.465/RO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 13.12.2010; e RMS 32.330/BA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 1º.12.2010. Agravo regimental improvido. (AgRg no RMS 39.108/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 02/05/2013)**

Essa hipótese de exclusão se assemelha com os casos em que o candidato é flagrado tentando fraudar o concurso: não se está eliminando o candidato pelo fato de ter cometido um suposto crime<sup>182</sup>, mas pela sua própria conduta para com a Administração Pública<sup>183</sup>. Em feliz expressão cunhada pelo Professor Adilson Dallari, “Nessa hipótese, o foco da discussão se desloca da legalidade da exigência para a legalidade da conduta.”<sup>184</sup>

Quanto à hipótese de eliminação por uso de drogas ilícitas, entende-se não haver inconstitucionalidade. Diferentemente das outras previsões de exclusão, o uso de drogas ilícitas pode ser aferido objetivamente através de exames médicos, mostra-se um parâmetro razoável e proporcional para eliminação do candidato, além de não ferir a presunção da inocência, pois a constatação da substância ilícita no organismo do candidato não necessita de um devido processo legal para confirmar sua presença. Note-se que esses casos não devem fugir à regra geral de previsão de recurso administrativo, com a possibilidade de produção de contraprova.

---

<sup>182</sup>Código Penal: Art. 311-A. Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de:

I - concurso público;

II - avaliação ou exame públicos;

III - processo seletivo para ingresso no ensino superior; ou

IV - exame ou processo seletivo previstos em lei:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

<sup>183</sup>ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - PROVA DE TÍTULOS - CONSTATAÇÃO DE FRAUDE - EXCLUSÃO DE CANDIDATO - INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL - PRÁTICA DE ATOS QUE, EMBORA NÃO CONSTITUAM CRIME, CONTRARIAM AS NORMAS DO EDITAL DO CERTAME. 1. Mandado de segurança contra exclusão de candidata ao concurso público de Delegado de Polícia Civil no Estado do Ceará, com fundamento no conteúdo de inquérito policial, no qual se averiguava possível prática do crime de falsidade ideológica e uso de documento falso. 2. As esferas penal e administrativa são absolutamente independentes, estando a Administração vinculada apenas à decisão do juízo criminal negando a existência dos fatos ou a autoria do crime. 3. Limitada a denúncia à possível prática dos crimes de falsidade ideológica e uso de documento falso, nada impede que, dos mesmos fatos, a despeito de configurarem ou não crime, advenha contrariedade às normas do edital do certame e aos princípios que regem a Administração Pública. 4. Não cabe ao Poder Judiciário, salvo em caso de ilegalidade, defeito de forma, abuso de autoridade ou teratologia, adentrar no mérito do ato administrativo revendo o juízo de conveniência e oportunidade da autoridade tida como coatora. **5. É pacífica a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal no sentido da impossibilidade de exclusão de candidato de concurso público na fase de investigação social em razão da existência de ação penal ainda não transitada em julgado. 6. Diferente é a situação dos autos, em que os fatos ensejadores da ação penal, segundo o juízo discricionário do examinador, configuram hipótese de exclusão do candidato, conforme disposição expressa do edital. 7.** Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. (RMS 37.964/CE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 30/10/2012).

<sup>184</sup>Apud. Por SOUSA, Luís Marcelo Cavalcanti de. **Controle Judiciário dos concursos públicos**. São Paulo: Método, 2007. p. 59

Devemos diferenciar, contudo, a constatação do uso de droga ilícita como hipótese objetivamente aferível através de exames médicos, do uso de droga ilícita na fase da investigação social, aferível por outros meios que não os exames médicos. A primeira hipótese é constitucional, sendo semelhante ao caso do candidato que é portador de uma doença incapacitante para o cargo. Diferente é o caso do candidato que supostamente é usuário de drogas ilícitas pelo fato da comissão encarregada da investigação social ter colhido dados subjetivos nesse sentido. Nesse caso, há clara ofensa ao princípio da presunção da inocência.

Por fim, acerca da problemática da nomeação de candidato *sub judice*, a Administração Pública, geralmente, não nomeia tais candidatos pois, logicamente, sua situação ainda é indefinida. O que a maioria dos candidatos nessa situação fazem é a utilização das tutelas de urgência (tutela antecipada ou cautelar) para garantir a nomeação, mesmo na condição de *sub judice*.

A doutrina e a jurisprudência, por outro lado, constestam tal atitude dos candidatos, pois, por vezes, acabam por ocasionar a aplicação da teoria do fato consumado, conforme já foi visto<sup>185</sup>.

#### 4.4 Questões Processuais pertinentes

Assentado que é possível, sim, o controle jurisdicional nas hipóteses de exclusão dos candidatos na etapa da investigação social, e que a maior parte delas está eivada de ilegalidades, cumpre discorrer sobre algumas questões procedimentais. Ressalte-se que não trataremos da possibilidade de impugnação administrativa, por se enquadrar no âmbito da própria Administração Pública, mas somente das questões processuais pertinentes referentes ao controle

---

<sup>185</sup>“O correto, até em razão da natureza provisória da tutela de urgência, seria o juiz garantir a vaga para o candidato *sub judice*, o que garantiria a proteção ao suposto direito do jurisdicionado contra a demora prestacional, sem, contudo, dar ensejo à situação canhesta de encampar ilicitudes sob o manto da segurança jurídica. Agindo de tal forma restariam preservados os direitos do autor e dos réus (Administração Pública e demais candidatos), no momento em que a medida judicial tanto garante uma futura nomeação ao candidato no caso de ter reconhecido seu direito em definitivo (trânsito em julgado da decisão de mérito), como não obrigará a Administração Pública e os demais candidatos a verem um outro candidato não aprovado, sem ter o direito reconhecido, ser preservado no cargo pelo sabor do tempo”. JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 213/214.

jurisdicional<sup>186</sup>.

A primeira questão importante se refere a qual tipo de ação é a adequada a este tipo de lide. Além da ação ordinária, normalmente cumulada com pedido de antecipação de tutela, mostra-se perfeitamente cabível o Mandado de Segurança<sup>187</sup>.

Com efeito, a legalidade e a constitucionalidade das hipóteses de exclusão dos candidatos são demonstráveis de plano, enquadrando-se, portanto, no conceito de direito líquido e certo<sup>188</sup>. Assim, tem-se o interesse de agir na modalidade adequação.

Nos casos de investigação social, só não caberá Mandado de Segurança quando a lide versar exclusivamente sobre a norma regulamentadora da carreira, já que não cabe Mandado de Segurança contra lei em tese (Súmula 266 do STF), sendo adequada a via do controle de constitucionalidade abstrato.

Somente a partir do momento em que o edital, reproduzindo ou não a norma regulamentadora da carreira, trazer disposição inconstitucional referente à investigação social em si, é que caberá Mandado de Segurança contra o dispositivo editalício, já que “as normas do edital não são verdadeiramente lei em sentido formal ou material, razão por que podem ser atacadas pelo mandado de segurança”<sup>189</sup>, sendo, inclusive, desnecessário a prática por parte da Administração Pública de qualquer ato concreto no sentido de eliminar o candidato.

Também não cabe mandado de segurança para atacar decisão administrativa sujeita a

---

<sup>186</sup>“Importa aqui esclarecer que, em razão da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF/88), para satisfação do interesse processual (necessidade) não se exige o esgotamento da discussão na via administrativa, nem a busca da solução do conflito na via administrativa. Outrossim, não se faz exigível ao autor antes de ajuizar a ação ter esgotado a discussão no âmbito administrativo, podendo, logo com a primeira decisão desfavorável, deixar de recorrer administrativamente e ajuizar logo a ação judicial”. JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 194.

<sup>187</sup>Outras ações são também possíveis em matéria de concursos públicos, tais como o *Habeas data*, a Ação Civil Pública e a Ação Popular. Contudo, pela importância forense, analisar-se-á somente a Ação Ordinária e o Mandado de Segurança.

<sup>188</sup>“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração – ou seja, pressupõe fatos incontroversos, demonstrados de plano por prova pré-constituída, por não admitir dilação probatória. MERELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 799.

<sup>189</sup>JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 199.

recurso administrativo com efeito suspensivo (art. 5º, I, da Lei 12.016/09), já que o ato ilegal não produziria efeitos. Essa hipótese dificilmente ocorre nos concursos públicos, pois os recursos administrativos normalmente não são dotados de efeito suspensivo. Portanto, somente na eventualidade de um recurso administrativo na fase da investigação social produzir efeitos suspensivos não será cabível o Mandado de Segurança.

Tanto no caso da Ação Ordinária como no do Mandado de Segurança é preciso demonstrar a existência de uma pretensão resistida, ou seja, que existe uma lesão ao direito ou pelo menos uma ameaça de lesão, representando a necessidade da prestação jurisdicional, como também que o que se pede, caso seja deferido, será útil para o candidato, sob pena de caracterizar a perda do objeto.

Por vezes, caso não seja concedida a tutela antecipada ou a cautelar<sup>190</sup>, a prestação jurisdicional resultará infrutífera<sup>191</sup>.

Tome-se como exemplo uma ação em que se pleiteia a participação em um Curso de Formação Policial, por exemplo.

Um Curso de Formação Policial demanda todo um aparato administrativo, com a designação de instrutores, o pagamento de diárias, alojamento para os candidatos, alimentação etc. Portanto, caso não seja deferida uma antecipação de tutela ou uma medida cautelar para que o candidato participe do Curso, será materialmente impossível depois de julgada a lide, caso procedente, impor que a Administração Pública realize o Curso de Formação para um único candidato<sup>192</sup>.

<sup>190</sup>Não é objetivo deste trabalho diferenciar a tutela antecipada da cautelar, satisfazendo-se com a afirmação de que “É tradicional na doutrina a distinção da cautelar e da tutela antecipada com fundamento na explicação de que a primeira assegura o resultado útil do processo, enquanto a segunda satisfaz faticamente o direito da parte (geralmente o autor, mas não exclusivamente)”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 3ª Edição. São Paulo: Método, 2011. p. 1139.

<sup>191</sup>“A demora em pedir a tutela jurisdicional (negligência do autor) ou mesmo em ofertá-la (negligência do Poder Judiciário) pode comprometer a eficácia da decisão judicial que ao final poderá ser equivalente à mera folha de papel sem benefício real ao autor. Importa, portanto, ao autor, a fim de amenizar os efeitos devastadores do tempo, obter tutela de urgência (medida cautelar ou antecipação de tutela), o que implica usufruir logo de início do bem por ele pretendido ou preservá-lo, antes mesmo da decisão final da causa”. JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 195/196.

<sup>192</sup>A doutrina cita outra situação: “Um bom exemplo de tal situação seria o fato de um candidato ter tido sua inscrição no concurso rejeitada, e quando ajuizou a ação no sentido de obter tal inscrição no certame, ele demorou tanto que o

Assim, nessas hipóteses, somente se houver previsão de um novo Curso de Formação é que o candidato *sub judice* poderia participar. Caso contrário, “(...) estará ausente a utilidade da tutela jurisdicional, pois, a despeito de não ter ocorrido decadência ou prescrição, o profissional demorou muito a ajuizar a ação ou não pediu a medida de urgência apta a remediar o fator tempo devastador da pretensão do autor, de forma que quando a tutela lhe fosse entregue pelo juiz, a pretensão já teria perdido o sentido por uma alteração da realidade fática”<sup>193</sup>.

Assim, se por um lado os Tribunais Superiores já pacificaram o entendimento de que eventual homologação final do concurso<sup>194</sup> ou mesmo o encerramento do prazo de validade<sup>195</sup> não elide o interesse de agir do candidato, especificamente da utilidade da prestação jurisdicional, não restando caracterizado a perda do objeto, por outro também reconhecem que com o fim do Curso

---

mesmo já ocorreu, não tendo qualquer serventia o provimento judicial possibilitando sua inscrição em concurso já ocorrido”. JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 175.

<sup>193</sup>JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 174/175.

<sup>194</sup>ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. IMPUGNAÇÃO A QUESTÃO OBJETIVA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO CONFIGURAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO DO RESULTADO FINAL DO CERTAME. PERDA DO OBJETO. NÃO OCORRÊNCIA. CONTROLE JURISDICIONAL. ANULAÇÃO DE QUESTÃO OBJETIVA. POSSIBILIDADE NA HIPÓTESE DE VÍCIO EVIDENTE. 1. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal a quo julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando os pontos relevantes e imprescindíveis à sua resolução. **2. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a homologação do resultado final do concurso não conduz à perda do objeto do mandamus quando o remédio constitucional busca aferir suposta ilegalidade praticada em alguma das etapas do concurso.** 3. Na hipótese de flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público ou ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade. Precedentes do STJ. 4. Tendo a Corte de origem consignado pela anulação da matéria por comportar "erro manifesto e invencível", prejudicando assim o candidato, rever tal entendimento implica reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado em Recurso Especial ante o disposto na Súmula 7/STJ. 5. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 165.843/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 22/08/2012).

<sup>195</sup>AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS QUE BUSCAVAM NOVO JULGAMENTO DA CAUSA. PERDA DO OBJETO DA IMPETRAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ QUANTO À DESNECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO. 1. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir os fundamentos da decisão atacada. 2. A Corte de origem apreciou a demanda de modo suficiente, havendo se pronunciado acerca de todas as questões. **3. O encerramento do prazo de validade do concurso não acarreta a perda do objeto de ação anteriormente ajuizada com o objetivo de sanar ilegalidade consistente na omissão e não nomeação dos candidatos aprovados, sob pena de o candidato lesado ser punido pela demora na prestação jurisdicional** (RMS n. 24.733/PA, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/5/2008) 4. O acórdão recorrido se amolda ao entendimento deste Tribunal no sentido de ser dispensável a formação do litisconsórcio passivo entre os candidatos aprovados em concurso público. 5. Agravo regimental improvido. (AgRg nos EDcl no REsp 857.598/AM, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 02/05/2013).

de Formação, sem previsão de um outro, há perda do objeto<sup>196</sup>. Se houver previsão de um novo Curso de Formação, ou que o mesmo tenha se iniciado a pouco tempo, o candidato continua com interesse de agir, não caracterizando a perda do objeto<sup>197</sup>.

Uma segunda questão importante é saber o momento oportuno para se pedir em juízo a prestação jurisdicional, já que “(...) se pedir a jurisdição prematuramente, ou seja, antes de existir a lide, fatalmente poderá culminar em extinção do processo sem resolução de mérito, isso por falta de interesse processual (arts. 3º e 267, VI, ambos do CPC), dando-se a carência de ação (ausência de uma ou mais condições da ação)”<sup>198</sup>. Assim como, “(...) acaso se peça em juízo tardiamente, isso poderá culminar em três situações desagradáveis: (a) decadência, o que determinará acaso seja ajuizada uma ação no sentido a fruir tal bem jurídico, a extinção do feito com julgamento de mérito; (b) prescrição, dando-se assim também a extinção do feito com julgamento mérito; (c) falta de interesse processual por perda do objeto, dando-se a extinção do processo sem resolução do mérito por carência de ação”<sup>199</sup>.

Quanto ao Mandado de Segurança, discute-se qual o termo *a quo* para o início da

<sup>196</sup>PROCESSUAL CIVIL. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO CONTRA DECISÃO DENEGATORIA EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUM. 405/STF. RECURSO ESPECIAL. PERDA DO OBJETO. - RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PARA MODIFICAR DECISÃO QUE CONFERIU EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO CONTRA DECISÃO DENEGATORIA DE SEGURANÇA, A FIM DE PERMITIR A RECORRIDA A PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO DA POLICIA MILITAR. - PERDA DO OBJETO DA SUPPLICA, EM VISTA DO ENCERRAMENTO DO CURSO. - RECURSO PREJUDICADO. (REsp 158.945/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/1998, DJ 03/08/1998, p. 293)

<sup>197</sup>ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CURSO DE FORMAÇÃO. ENCERRAMENTO. PERDA DE OBJETO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. MANTIDO O INTERESSE DE AGIR E O DIREITO DE FREQUENTAR O CURSO DE FORMAÇÃO. 1. Preliminarmente, é de se deferir o pedido de concessão do benefício de assistência judiciária gratuita, considerando tratar-se de recorrente pessoa física que, via simples petição alegando hipossuficiência econômico-financeira, assim o requer. Precedentes: AgRg no Ag 1.345.625/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8.2.2011; REsp 1.211.838/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 10.12.2010; AgRg no REsp 1.191.737/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalho, Primeira Turma, DJe 21.10.2010. 2. **Esta Corte Superior já expressou o entendimento de que o início ou o encerramento do curso de formação não enseja a perda de objeto da ação, nos casos em que se discute a ilegalidade de etapas anteriores.** Precedentes: RMS 32.100/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12.11.2010; RMS 32.101/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 20.8.2010; AgRg no REsp 1.003.623/AL, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 13.10.2008. 3. **Permanece o interesse de agir do recorrente quando o ato apontado como ilegal continua no mundo jurídico a gerar efeitos, excluindo o candidato do concurso. Em síntese, já que comprovado que o candidato foi aprovado em todas as fases do certame, possui direito no sentido de que lhe seja garantida a oportunidade de receber as aulas do curso de formação, nos termos do pleito recursal.** Recurso ordinário provido. (RMS 33.294/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 24/05/2011).

<sup>198</sup>JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 173.

<sup>199</sup>JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 227/228.

contagem do prazo decadencial de 120 dias para a impetração do *mandamus*. Os Tribunais Superiores já pacificaram o entendimento de que o termo inicial é a data da exclusão do candidato, e não da publicação do edital, mesmo que, na teoria, o candidato já soubesse que poderia ser enquadrado em alguma das hipóteses<sup>200</sup>. Assim, nesses casos, impugna-se o ato administrativo com base da norma do edital, e não a norma do edital em si<sup>201202</sup>.

Interessante discutir acerca da possibilidade de se impetrar um Mandado de Segurança preventivo ou mesmo uma ação ordinária quando o candidato vislumbrasse hipótese de eliminação na investigação social. Nesse caso, “(...) a ameaça deverá ser provada, apresentando sérios indícios de que a lesão a direito irá ocorrer sendo para tanto mera questão de tempo. Não se pode assim entender por ameaça a mera especulação, ou o receio injustificado de sofrer lesão a direito. A ameaça a direito não é um delírio do autor, mas algo palpável, passível de comprovação”<sup>203</sup>.

No caso da investigação social essa situação se apresenta de especial importância. Tomemos como exemplo alguém que se enquadra objetivamente numa das hipóteses de eliminação na fase da investigação social, seja por ter sido demitido por justa causa, ou por já ter respondido a processo administrativo disciplinar, inquérito policial ou ação penal. Todos os editais não são taxativos quanto à eliminação, pois afirmam que o candidato “poderá” ser

<sup>200</sup>PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA CIVIL. PRAZO PARA IMPETRAÇÃO. TERMO INICIAL. PUBLICAÇÃO DO RESULTADO DE REPROVAÇÃO. 1. Agravo regimental no Recurso ordinário no qual se discute o termo inicial do prazo para a impetração de mandado de segurança, que visa a declaração de nulidade, por ilegalidade, de cláusula editalícia que impõe a submissão do candidato à fase de investigação social e funcional, na qual foi considerado inapto. 2. **No caso, o acórdão a quo decidiu que o início do prazo de 120 dias para a impetração se dá com publicação do edital e extinguiu a ação com base no art. 269, IV, do CPC (fl. 307); o que destoa do pacífico entendimento jurisprudencial do STJ, no sentido de que o termo inicial do referido prazo é a publicação do resultado que reprovou o candidato, e não a publicação do edital.** Precedentes: AgRg no AREsp 24.265/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 02/02/2012; AgRg no Ag 1407377/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 09/09/2011. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no RMS 37.163/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013).

<sup>201</sup>“São distintas, pois, as impugnações às normas editalícias e aos atos administrativos com base nelas praticados, o que induz a prazos distintos de impugnação (termo *a quo*)”. JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 178.

<sup>202</sup>“Note-se que o prazo para ajuizar mandado de segurança inicia-se a partir do conhecimento do ato atacado pelo impetrante, o que no caso de se pretender atacar aspecto do edital do concurso público, inicia-se com a publicação formal do mesmo. Em sendo atacado ato decorrente da execução do certame, o prazo inicia-se a partir da publicação do mesmo em favor dos candidatos”. JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 202.

<sup>203</sup>JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 174.

eliminado. Nesses casos, o candidato, aparentemente, vê-se sem um meio judicial adequado para proteger seu direito ameaçado, já que a Administração Pública alegará a falta interesse de agir, pois o candidato pode ou não ser eliminado.

Entende-se que nesses casos deve o Judiciário exercer o controle jurisdicional já que existe, sim, a ameaça do direito, não sendo constitucional, pela garantia da inafastabilidade da jurisdição, forçar o candidato esperar ser eliminado ilegalmente do certame para só então acionar o Judiciário. Aliás, a impugnação da própria norma editalícia visa privilegiar o bom andamento do concurso e a continuidade do serviço público, conforme assevera a doutrina<sup>204</sup>.

Quando à competência, não se analisará qual o juízo competente acerca dos concursos públicos em geral, mas sim no caso específico da investigação social.

Primeiramente, cabe descartar a competência da Justiça Eleitoral, Militar e Trabalhista, além dos Juizados, que não possuem competência nesses casos. Assim, como regra, será competente para discutir as questões envolvendo a investigação social a Justiça Comum Ordinária, seja ela Federal, Estadual ou do DF<sup>205</sup>.

Note-se que é irrelevante a discussão acerca do ato ter sido emanado da entidade realizadora do concurso público ou de eventual pessoa jurídica de Direito Privado contratada para executar as fases dos concursos, já que a fase da investigação social, em regra, será realizada pela entidade realizadora. Somente em hipóteses excepcionais o ato atacado na fase da investigação social será proveniente da banca examinadora, e não da entidade realizadora do Concurso, como, por exemplo, a perda da Ficha de Informações Confidenciais pela banca examinadora.

---

<sup>204</sup>“O ideal, portanto, seria atacar o aspecto do edital logo após sua divulgação, e dentro do prazo definido em lei ou norma editalícia, se tal houver, pois a demora em fazê-lo poderá culminar no ato administrativo sob o comando da norma editalícia a ser atacada já haver sido praticado, presumindo-se legítimo e aceito pelo candidato que não impugnou a norma em momento oportuno, sendo agora bastante prejudicial rever tal aspecto sob pena de sérios prejuízos aos demais candidato ou ao interesse público”. JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 177.

<sup>205</sup>“(…) sendo o ato praticado pela União Federal (ou de suas autarquias, empresas públicas e fundações autárquicas), a competência será da Justiça federal, em sendo ato do Estado ou Município (ou de pessoas privadas, inclusive de sociedade de economia mista federais e fundações públicas federais) a competência será da Justiça Estadual, no caso, e se houver, cabendo aos juízos das respectivas varas da Fazenda Pública processar e julgar tais causas (competência de juízo). O mesmo se dará em relação ao DF”. JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 185.

Dessa forma, o mérito em si da investigação social é sempre feito pela entidade promotora do concurso. E mesmo que o ato atacado seja proveniente não do ente público, mas da empresa privada contratada para realizar as fases do certame, a competência deverá ser firmada pela natureza do ente público promotor, e não da banca examinadora.

Assim, num concurso federal, mesmo que o ato emanado seja proveniente de uma banca examinadora privada, a competência continuará sendo da Justiça Federal, assim como num concurso estadual, ainda que a banca examinadora tenha natureza jurídica de Fundação Pública Federal, como a Cespe/UNB, a competência remanesce na Justiça Estadual. O mesmo raciocínio se aplica ao Distrito Federal. Note-se que se num concurso estadual a pessoa jurídica contratada for de Direito Privado, a competência já seria da Justiça Estadual.

No Mandado de Segurança, essa discussão é relevante para fins de verificação da legitimidade passiva, já que para definir a Justiça competente deve-se analisar qual a autoridade coatora<sup>206</sup>, que dificilmente será a eventual pessoa jurídica de Direito Privado contratada pela entidade promotora do concurso, assim como também não será o Chefe do Poder Executivo ou do órgão promotora do concurso.<sup>207</sup>

Tomando como exemplo o concurso da Polícia Federal de 2012 para o cargo de Agente, realizado pela Banca Examinadora Cespe/UNB, para verificar qual a autoridade coatora em eventual discussão acerca da fase da investigação social em sede de Mandado de Segurança,

---

<sup>206</sup>“Em sendo a autoridade coatora federal, define-se a competência para Justiça Federal processar e julgar a causa (art. 109, VIII, CF/88), salvo se a autoridade for sujeita à jurisdição de algum tribunal, conforme se verá adiante. Em sendo autoridade estadual ou municipal, caberá à Justiça Estadual processar e julgar a lide, salvo de o impetrante for a União, autarquia federal e empresa pública federal, momento em que pela regra do art. 109, I, da CF/88 restaria firmada a competência da Justiça Federal. Em sendo o ato de autoridade distrital, será processado e julgado pela Justiça do Distrito federal. Além do aspecto analisado, deve-se examinar qual o foro competente para processar e julgar a causa, que, no caso, será um exemplo de competência territorial tratado como competência absoluta (competência territorial funcional). O foro do mandado de segurança será definido em razão do domicílio da autoridade coatora”. JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 203.

<sup>207</sup>“(…) a autoridade coatora deverá ter poder de decisão, ou seja, por lei ela deverá ter a competência de desfazer a seu juízo o ato atacado. Logo, a autoridade meramente executora do ato não pode figurar no pólo passivo do *writ of mandamus*. Ademais, em se tratando de órgão colegiado, deverá figurar como autoridade coatora o presidente do mesmo, o qual representa o órgão como um todo. Em se tratando de ato administrativo complexo e de ato administrativo composto, deverão figurar no pólo passivo em litisconcosórcio necessário ambas as autoridades”. JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 201.

deve o candidato analisar o edital e a Lei regulamentadora da carreira<sup>208</sup>.

Ressalte-se que na prática forense, muitas lides são extintas sem julgamento de mérito<sup>209</sup> justamente por ilegitimidade da autoridade coatora, sendo importante, portanto, verificar no edital e na lei que regulamenta a carreira qual a autoridade que é responsável pela fase da investigação social<sup>210</sup>.

#### 4.5 Projeto de Lei Geral dos Concursos Públicos: PLS 74/2010 e outras propostas de compatibilização entre os princípios constitucionais

<sup>208</sup>8 A Comissão de Investigação Social, órgão de caráter deliberativo, que tem por finalidade a avaliação do procedimento irrepreensível e da idoneidade moral inatacável dos candidatos nos concursos públicos para provimento de cargos policiais do Departamento de Polícia Federal é composta por um presidente, o titular da Coordenação de Recrutamento e Seleção, e pelos representantes da Divisão de Planejamento e Execução de Concursos – DPLAC/COREC, da Coordenação de Ensino – COEN/ANP, da Coordenação Escola Superior de Polícia – CESP/ANP, da Coordenação de Assuntos Internos – COAIN/COGER e da Divisão de Contraineligência Policial – DICINT/DIP, e possui as seguintes atribuições: I- promover à apreciação das informações, indicando infringência de qualquer dos dispositivos elencados no item 6 deste anexo, ou contendo dados merecedores de maiores esclarecimentos; II - deliberar por notificar candidato, o qual deverá apresentar defesa no prazo de 5 (cinco) dias úteis; III - analisar e julgar defesa escrita de candidato, fundamentando, expondo os argumentos de fato e de direito, em ata a ser lavrada pelo secretário, que será assinada pelos integrantes da Comissão”. Disponível em [http://www.cespe.unb.br/concursos/DPF\\_12\\_AGENTE/arquivos/ED\\_1\\_2012\\_DPF\\_AGENTE\\_ABT.DOCX.PDF](http://www.cespe.unb.br/concursos/DPF_12_AGENTE/arquivos/ED_1_2012_DPF_AGENTE_ABT.DOCX.PDF) < Acesso em 14 out. 2013

<sup>209</sup>Por todas essas peculiaridades do Mandado de Segurança, muitos operadores preferem a Ação Ordinária, pelas seguintes razões, resumidas por Agapito Machado Júnior: “a) com a possibilidade de deferimento de antecipação de tutela (arts. 273 e 461, §3º, do CPC), até mesmo sem ouvida da parte contrária, tem sido medida de urgência tão eficaz quanto a liminar em mandado de segurança, até porque aquela hoje assume características mandamentais (execução indireta), já que possibilita a aplicação de multa diária pelo não cumprimento da decisão, sendo que ainda poderá assumir feição executiva *lato sensu* através das medidas de efetivação a serem deferidas pelo julgador (art. 461, §5º, do CPC); b) não há prazo decadencial para ajuizar ação ordinária tal como se dá nos 120 (cento e vinte) dias do mandado de segurança devendo-se observar tão somente o prazo prescricional que é bem maior que aquele; c) a medida de urgência pode ser deferida pelo juiz de primeiro grau ainda que o ato atacado seja atribuído à autoridade sujeita à jurisdição de tribunal, em que pese o disposto no art. 1º da Lei nº 9.494/97; d) não há a rigidez em extinguir de imediato o feito sem resolução de mérito acaso seja ajuizada ação ordinária contra a parte ré ilegítima tal como se dá no mandado de segurança, sendo no caso viável a possibilidade de emenda à inicial; e) é mais fácil o autor ajuizar uma ação ordinária em face da pessoa jurídica de direito público de onde emanou o ato ilegal do que um mandado de segurança em face da autoridade coatora, uma vez que naquela via não precisa saber exatamente quem seria a autoridade competente para desfazer o ato, bastando saber que emanou do ente público indicado como réu, e, ademais, o foro competente para processar e julgar a ação ordinária poderá vir a ser o do autor e não o da autoridade coatora que normalmente fica bem distante do domicílio do impetrante”. JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 205/206.

<sup>210</sup>Nesse sentido, JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 173, quando diz que “Um simples equívoco na maneira de veicular a pretensão em juízo e provavelmente o processo judicial será extinto, de forma que o ato irritado praticado no âmbito dos concursos públicos será mantido ileso”.

O concurso público, como já foi visto, é palco de inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais, o que é corroborado pela falta de um marco regulatório legal sobre o assunto<sup>211</sup>.

Para suprir essa lacuna<sup>212</sup>, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado aprovou em Junho de 2013 o PLS 74/2010<sup>213</sup>, que normatiza diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre os concursos públicos, consistindo em um verdadeiro estatuto, ou como é denominada, “Lei Geral do Concurso”.

Trata-se de uma lei nacional destinada a estabelecer regras gerais acerca dos concursos públicos, mesmo sendo a competência legislativa para tratar desse assunto de todos os entes da federação<sup>214</sup>.

Entre os entendimentos positivados da doutrina e da jurisprudência, destacam-se a necessidade dos requisitos de acesso ao cargo público estarem previstos em lei, além de serem exigíveis somente no ato da posse<sup>215</sup>, a necessidade de o exame psicotécnico se pautar em

---

<sup>211</sup>“Com efeito, a ausência de regras claras sobre as etapas procedimentais dos concursos, os prazos e as condições legais para sua deflagração, a constituição das bancas examinadoras, o conteúdo dos editais, a disciplina dos recursos, a sujeição aos princípios da Administração, dentre outros aspectos relevantes, afigura-se-nos uma situação deveras preocupante e plenamente inadmissível na atualidade, o que tem acarretado transtornos e desmandos da Administração e das bancas examinadoras, cujo excesso de poder discricionário, que muitas vezes descamba para a arbitrariedade, tem comprometido a seriedade, a imparcialidade e o caráter seletivo dos concursos públicos”. MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 13.

<sup>212</sup>Alguns autores defendem que a existência de Decretos regulamentando os concursos públicos, como o Decreto 6.944/09, que disciplina os concursos no âmbito federal, são verdadeiros regulamentos autônomos, portanto, inconstitucionais. Nesse sentido: MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 13/14.

<sup>213</sup>Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/06/27/ccj-encerra-votacao-de-projeto-sobre-lei-geral-dos-concursos> < Acesso em 14 out. 2013

<sup>214</sup>“Dessa forma, a competência para legislar sobre concurso público compete, indistintamente, à União, aos Estados – membros, ao Distrito federal e aos Municípios, mediante adoção de leis próprias em cada esfera governamental”. MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 12.

<sup>215</sup>“Art. 11. Nenhum requisito de acesso a cargo ou emprego público será cobrado sem expressa previsão legal, ou antes da data da investidura, vedada a exigência de comprovação de qualquer requisito no ato de inscrição no concurso”. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/131084.pdf> < Acesso em 14 out. 2013

critérios objetivos<sup>216</sup>, a existência de recurso administrativo<sup>217</sup>, a exigência de que as decisões administrativas sejam devidamente fundamentadas<sup>218</sup> e a possibilidade do controle jurisdicional dos concursos<sup>219</sup>.

O PLS 74/2010, atento à violação dos princípios constitucionais, tal como vem ocorrendo na fase da investigação social, prevê especificamente no art. 31 do texto aprovado pela CCJ que: “A sindicância de vida pregressa considerará apenas elementos e critérios de natureza objetiva, sendo vedada a exclusão do concurso de candidato que responda a mero inquérito policial ou a processo criminal sem sentença condenatória transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado”<sup>220</sup>.

Apesar do texto restringir-se aos casos em que há sentença condenatória transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, penso que poderia ser adota integralmente a Lei Complementar 135/2010, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, levando-se em conta que o STF já se manifestou acerca de sua constitucionalidade<sup>221</sup>.

<sup>216</sup> Art. 34. Todas as avaliações dos exames psicotécnico e psicológico serão fundamentadas, segundo critérios objetivos, podendo os candidatos obter cópia de todo o processo envolvendo sua avaliação. Parágrafo único. Os exames psicotécnico e psicológico não poderão consistir exclusivamente em entrevista”. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/131084.pdf> < Acesso em 14 out. 2013

<sup>217</sup> Art. 55. É vedada a realização de prova ou fase de concurso sem previsão de recurso administrativo contra seu resultado”. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/131084.pdf> < Acesso em 14 out. 2013

<sup>218</sup> Art. 56. Todos os resultados dos recursos deverão ser objetiva e tecnicamente fundamentados, possibilitando ao candidato o conhecimento das razões de sua reprovação, inabilitação, inaptidão ou não recomendação”. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/131084.pdf> < Acesso em 14 out. 2013

<sup>219</sup> Art. 65. É assegurado o acesso ao Poder Judiciário para impugnar, no todo ou em parte, o edital normativo do concurso público e para a discussão acerca da legalidade das questões, bem como da legalidade dos critérios de correção de prova, segundo o estabelecido nesta Lei”. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/131084.pdf> < Acesso em 14 out. 2013

<sup>220</sup> Disponível em <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/131084.pdf> < Acesso em 14 out. 2013

<sup>221</sup> AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL); EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO. 1. A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico - constitucional e legal

A adoção da Lei da Ficha Limpa, que é amparada por critérios objetivos, evitaria as arbitrariedades que são cometidas na fase da investigação social sob o fundamento de uma pretensa moralidade administrativa e primazia do interesse público sobre o privado, além de prestigiar o princípio da isonomia.

O art. 31 do PLS 74/2010, tal como redigido, ainda permite a interpretação que é possível eliminar um candidato desde que o critério seja objetivo. Ou seja, poderia permitir a exclusão do candidato naqueles casos em que há ofensa a razoabilidade e proporcionalidade, mas que são hipóteses objetivas, como o caso do candidato que está inscrito em serviço de proteção ao crédito ou que foi demitido por justa causa, por exemplo.

---

complementar - do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar nº 135/10 com a consideração de fatos anteriores não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula rebus sic stantibus) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retromencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito). **2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional.** **3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.** **4. Não é violado pela Lei Complementar nº 135/10 o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral.** **5. O direito político passivo (ius honorum) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, in casu, não podem ser consideradas arbitrárias, porquanto se adequam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando elevadíssima carga de reprovabilidade social, sob os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político.** **6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar nº 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido munus publico.** **7. O exercício do ius honorum (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na Lei Complementar nº 135/10, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade política da atuação dos representantes populares.** **8. A Lei Complementar nº 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas.** **9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida pregressa, constante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.** **10. ... Omissis ... 11. ... Omissis ... 12. ... Omissis... 13. ... Omissis ... 14. ... Omissis ... (ADC 29, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012 RTJ VOL-00221- PP-00011)**

A “Lei da Ficha” Limpa também seria importante para transformar a fase de investigação social em uma atividade administrativa vinculada, ou que pelo menos reduzisse a discricionariedade a zero<sup>222</sup>, à medida em que todos que se enquadrassem objetivamente nas situações da Lei, automaticamente estariam eliminados do certame, evitando, assim, a possibilidade de que dois candidatos na mesma situação fática tenham tratamento diferenciado da Administração Pública, privilegiando-se a segurança jurídica.

Ressalte-se que na aplicação da LC 135/2010 não se analisa se o candidato ao cargo político, apesar de se enquadrar objetivamente em uma das hipóteses da Lei, ainda possui idoneidade moral para ocupar o cargo político, sendo a inelegibilidade automática. Da mesma forma deveria ocorrer em relação ao candidato ao cargo público, que saberia, objetivamente, se seria eliminado ou não do certame na fase da investigação social.

Por fim, a adoção da “Lei da Ficha Limpa” também permitira que candidato soubesse de antemão por quanto tempo estaria incompatível com o cargo público, evitando uma pena de caráter perpétuo e arbitrariedades por parte do Poder Público, além de deixar claro quais as situações são graves o suficientes para impedir que o candidato assuma o cargo público, não se enquadrando nesse conceito a condenação por qualquer crime por órgão colegiado ou com trânsito em julgado. O PLS 74/2010, com um único dispositivo dispondo da investigação social, não resolve esses dois problemas, permitindo, em tese, que alguém que tenha sido condenado há mais de dez anos por uma contravenção penal banal seja eliminado do certame.

E se um candidato, tecnicamente primário, fosse nomeado, e logo após sua nomeação, fosse condenado por um órgão colegiado em um crime grave, ou então, transitasse em julgado uma sentença condenatória? Estaria a Administração Pública obrigada a manter em seus quadros um servidor condenado?

---

<sup>222</sup>“Há *redução da discricionariedade* a zero, quando as circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto eliminam a possibilidade de escolha entre diversas opções a ponto de subsistir apenas uma solução juridicamente possível. Segundo leciona Maurer, a possibilidade de escolha se elimina quando não há entre as opções senão uma única decisão que não apresenta qualquer vício de discricionariedade, enquanto todas as demais possibilidades de decisão estariam viciadas. A autoridade administrativa será então obrigada a tomar a decisão que resta. Tem-se, então, a hipótese de redução de discricionariedade a zero, também denominada de *atrofia do poder discricionário*”. MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª Edição São Paulo: Dialética, 2004. p. 169.

Nestas hipóteses o próprio Código Penal dá a solução<sup>223</sup>. Cabe, então, ao juízo criminal sentenciante verificar se aquela condenação é incompatibilizante com o cargo exercido ou não.

E se, finalmente, o candidato não estiver respondendo a nenhum inquérito policial ou ação penal, mas objetivamente se enquadrar em diversas situações desabonadoras de sua conduta, como o fato de estar respondendo a diversas demandas civis, a procedimentos administrativos disciplinares, já tiver sido demitido por justa causa ou, ainda, constar em cadastros de serviços de proteção ao crédito?

Invariavelmente em todas essas situações a Administração Pública já possui o instituto do estágio probatório para verificar a compatibilidade do servidor com o cargo. Assim, ainda que o candidato se enquadre em todas essas situações, se o mesmo passa pelo estágio probatório sendo considerado recomendado, por que razão haveria excluí-lo do próprio concurso, sem sequer possibilitá-lo a oportunidade de demonstrar que cumpre, sim, os requisitos do cargo, e que todos aqueles fatos ficaram no passado?

O estágio probatório é o período em que a administração verificará se aquele servidor é compatível com as funções exercidas. A Lei 8.112/90<sup>224</sup>, por exemplo, estabelece os critérios que deverão ser analisadas ao fim do estágio probatório, notadamente a disciplina e a responsabilidade.

<sup>223</sup>Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

- a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;
- b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

<sup>224</sup>Art. 20. Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a estágio probatório por período de 24 (vinte e quatro) meses, durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo, observados os seguintes fatores:

I-assiduidade; II-disciplina; III-capacidade de iniciativa; IV-produtividade; V- responsabilidade.

§ 1º 4 (quatro) meses antes de findo o período do estágio probatório, será submetida à homologação da autoridade competente a avaliação do desempenho do servidor, realizada por comissão constituída para essa finalidade, de acordo com o que dispuser a lei ou o regulamento da respectiva carreira ou cargo, sem prejuízo da continuidade de apuração dos fatores enumerados nos incisos I a V do caput deste artigo.

§2ºO servidor não aprovado no estágio probatório será exonerado ou, se estável, reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, observado o disposto no parágrafo único do art. 29.

Ora, nesse período, o que a Administração pode, e deve fazer, é analisar minuciosamente se o servidor, no período de 3 anos, mesmo que ostente uma vida pessoal e funcional passada conturbada, é compatível com o cargo exercido. Se a Administração Pública, ao final desse período, decidir pela sua compatibilidade, significa que aquele servidor se regenerou, sendo até mesmo ofensivo a dignidade da pessoa humana fazer um prejulgamento do mesmo, eliminando do certame antes mesmo de ele demonstrar que mudou.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto nesse trabalho, concluímos que a fase da investigação social dos concursos públicos, tal como é praticada hoje, está eivada de inconstitucionalidades.

Verifica-se que a exigência do requisito da idoneidade moral não é inconstitucional, desde que haja previsão legal, mas a forma como se tem verificado esse requisito, através da fase da investigação social, sim. Aliás, não há nenhum motivo justificável para que esse requisito não seja extensível a todos os cargos e empregos públicos, sendo uma atitude até mesmo discriminatória restringir a aferição da idoneidade do candidato a determinados cargos.

Na investigação social ora se verifica o extrapolamento da discricionariedade administrativa, resultando em arbitrariedades cometidas pela Administração Pública, ora as hipóteses de eliminação do candidato são claramente ofensíveis à razoabilidade e proporcionalidade. Nesse sentido, o que seria uma conduta repreensível? Segundo os padrões de quem, do homem médio ou do caso concreto? Por outro lado, qual a razão de eliminar o candidato que ostente seu nome em serviço de proteção ao crédito? Será a vida financeira do candidato realmente importante para assunção do cargo? Ou não seria o cargo público justamente uma das formas que o candidato viu de melhorar de vida?

Quantos às hipóteses mais sensíveis, que são aquelas que os candidatos respondem a inquérito policial ou a ação penal, há patente violação do princípio constitucional da presunção da inocência. Qualquer interpretação que foge a essa conclusão vai de encontro a tendência de conferir força normativa à Constituição, bem como o respeito aos direitos e garantias fundamentais. Carece, portanto, de qualquer lógica justificar que o princípio da presunção da inocência não se aplica no campo administrativo, como se o Direito fosse completamente fragmentado de forma que um ramo do direito não se comunicasse em absolutamente nada com outro.

Analisando todas essas hipóteses, é impossível não chegar à constatação de que a Administração Pública, na verdade, forma um “Conselho de Superiores”, e decide, ao seu talante,

quem deveria fazer parte dos seus quadros ou não. Para isso possui o mecanismo da investigação social, que permite, em última instância, eliminar qualquer candidato, pois pelo menos alguma hipótese de eliminação em vida o candidato já se enquadrrou.

E tudo isso ocorre sobre uma pretensa justificativa principiológica: de que resguarda-se a moralidade administrativa e a supremacia do interesse público, como se a causa da corrupção e dos males no serviço público fosse obstada por esse procedimento. E essa ideia é muito forte, não só na sociedade como um todo, como no meio jurídico, que acredita piamente que sem essa fase, pelo menos da forma como é aplicada hoje, os criminosos, os irresponsáveis e os inadimplentes irão sitiá-los os cargos públicos.

Ignora-se que é perfeitamente possível compatibilizar os diversos princípios envolvidos nesses casos, notadamente o da moralidade administrativa e o da presunção da inocência. Nesse sentido é o PLS 74/2010, ou ainda, a adoção da LC 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”) para o funcionalismo público, que seria a melhor solução, trazendo hipóteses objetivas e tornando a investigação social uma atividade completamente vinculada, tal como ocorre hoje nas eleições.

Quanto às demais hipóteses de eliminação, todas as que extrapolam a discricionariedade administrativa devem ser extirpadas dos editais dos cartames, posto que incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, que prima pela segurança jurídica, boa-fé e dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, àquelas que, apesar de objetivas, ofendem a razoabilidade e proporcionalidade, devem ser compatibilizadas com o instituto do estágio probatório, que é o instrumento idôneo para aferir a disciplina, responsabilidade e desempenho do servidor. Qual a importância se o servidor foi demitido por justa causa ou tem o nome em serviço de proteção ao crédito, se ele demonstrou que é bom o suficiente para passar no concurso público e compatível o suficiente com o cargo para ser aprovado no estágio probatório?

Felizmente, o Poder Judiciário vem notando os abusos cometidos pela Administração Pública, conforme se pode notar nos inúmeros julgados nesse sentido, mas ainda há a necessidade de um provimento vinculante e *erga omnes*, seja um marco legal, seja uma súmula vinculante, de maneira a acabar de vez com essa prática espúria do Estado.

## REFERÊNCIAS

- CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**. 20ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª Edição. Bahia: Jus Podivm, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal Volume I**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 29ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008.
- MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª Edição. São Paulo: Dialética, 2004.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 3ª Edição. São Paulo: Método, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6ª Edição. São Paulo: Método, 2012.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Cíveis**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUSA, Luís Marcelo Cavalcanti de. **Controle Judiciário dos concursos públicos**. São Paulo: Método, 2007.