



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Concursos públicos: razoabilidade dos requisitos exigidos e direitos dos candidatos

Rodrigo Oliveira Motta

Rio de Janeiro

2015

RODRIGO OLIVEIRA MOTTA

Concursos públicos: razoabilidade dos requisitos exigidos e direitos dos candidatos

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Administrativo.

Professor Orientador: Rafael Iório

Rio de Janeiro

2015

CONCURSOS PÚBLICOS: RAZOABILIDADE DOS REQUISITOS EXIGIDOS E DIREITOS DOS CANDIDATOS

Rodrigo Oliveira Motta

Graduado pelo Centro Universitário da Cidade – UniverCidade; pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Gama Filho. Advogado.

Resumo: O presente trabalho tem por escopo a análise jurídica dos requisitos editalícios exigidos pelas organizadoras de concursos públicos aos candidatos a uma vaga no serviço público, bem como a sua plausibilidade diante do ordenamento jurídico pátrio e da jurisprudência dos tribunais.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Requisitos. Isonomia. Razoabilidade. Concurso público. Direitos dos candidatos.

Sumário: Introdução. 1. Concurso Público 1.1. Conceito. 1.2. Direito Positivo. 2. Análise de requisitos. 2.1 Exame Psicotécnico. 2.2 Investigação Social. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

A falta de oportunidades no mercado profissional causa grande insegurança nos tempos hodiernos. Mesmo aqueles que possuem algum vínculo profissional não possuem a certeza de que estarão em seus empregos nos dias subsequentes. Seja a substituição do homem pelas máquinas e computadores, seja a falta de qualificação de mão-de-obra, quaisquer destas razões geram uma sensação de preocupação naqueles que precisam do seu sustento. Diante deste cenário alarmante, e ainda pela possibilidade de servir aos cidadãos com um serviço de qualidade, bem como a estabilidade, os concursos públicos tornaram-se extremamente atrativos, oferecendo oportunidades de trabalho muito bem remuneradas e a tranquilidade de um ótimo emprego.

A grande vantagem do concurso público é que, diferentemente de muitos empregos, não há, salvo casos isolados, exigência de sexo, raça, cor ou religião. As carreiras são as mais diversas e as chances, muitas. Enquanto muitos profissionais muito capacitados deixam as universidades sem oportunidades de mostrar o seu trabalho, aqueles que são aprovados em concursos públicos podem desfrutar de estabilidade, ótima remuneração e a possibilidade de desenvolver um bom serviço.

Entretanto, para que sejam providos, deve haver observância de requisitos básicos, como aptidão física e mental, idade mínima, quitação de obrigações eleitorais e militares, dentre outros. E o problema está exatamente nos requisitos. Dependendo da natureza do cargo, critérios diferenciadores previstos em lei podem ser adotados, mas falta, por parte dos organizadores, por vezes, razoabilidade na adoção destes requisitos. Há casos em que se exigiu mínimo de dentes na boca para o desempenho de atividades que, em nada, justificavam tal previsão. Ou ainda aqueles que limitam a participação de um dos sexos em atribuições que podem ser exercidas por ambos. Este é o escopo deste trabalho. Listar algumas situações e analisá-las à luz da jurisprudência dos Tribunais e dos princípios constitucionais, em especial os da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade.

1. DO CONCURSO PÚBLICO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assevera, no capítulo referente à Administração Pública, que o administrador deve respeito a princípios, que representam o alicerce, a base norteadora da atuação estatal. Dentre eles, encontramos os princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência. Neste contexto, observa-se que deve ocorrer a adoção de institutos capazes de possibilitar vantagens à Administração e retorno favorável aos administrados. Assim ocorre, a título de exemplo, com as licitações,

procedimento de viés seletivo, que objetiva selecionar a proposta mais vantajosa para que sejam realizadas contratações para obras, serviços, compras e alienações. Assim também ocorre com os concursos públicos. Possuem a mesma natureza seletiva e objetivando uma contratação. Todavia, neste último, visa-se a seleção de indivíduos capazes de exercício de atribuições típicas e essenciais para o bom funcionamento da máquina estatal. É forma de garantir, atendidos os preceitos básicos do Estado Democrático de Direito e a igualdade de condições, que pessoas habilitadas, conforme os requisitos exigidos em edital, desenvolvam atividades que oportunizem a continuidade da prestação de serviços públicos e o consequente atendimento às necessidades da coletividade e às conveniências do próprio Estado. Trata-se de mister essencial, de envergadura constitucional, que visa o bom funcionamento da Administração Pública.

1.1 CONCEITO

Os significados do termo *concurso* são os mais diversos. Conforme a lição de Rita Tourinho, pode ter o sentido de cooperação, colaboração, derivando do termo *concursum* ou *concurrere*. Denota a participação de várias pessoas em ato específico. Utiliza-se também o termo na seara do direito penal, dando a ideia de encontro de ações, a junção de condutas¹. Pode, ainda, agora na seara das licitações públicas, referir-se à modalidade licitatória utilizada para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico.

Neste trabalho, interessa-nos o concurso público como processo de seleção pública. Entende-se por concurso público o procedimento administrativo realizado pela Administração Pública visando a seleção de candidatos habilitados a desempenhar as atribuições de cargos e empregos públicos. São realizadas avaliações escritas, aferindo aptidões e conhecimentos,

¹ TOURINHO, Rita. *Concurso Público no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 7.

além da análise de títulos e, dependendo da natureza das atribuições, provas físicas e exame psicotécnico. Nada mais é que um processo de seleção, pautado em princípios constitucionais, com regras editalícias pré-determinadas, objetivando o desempenho de atividades relacionadas às finalidades públicas.

Não é de hoje que se fala na realização de concursos públicos. A seleção de pessoas visando a prestação de serviços do Estado ocorre desde a Antiguidade, através das mais distintas formas de escolha. José Cretella Júnior² menciona inúmeros métodos utilizados no decorrer da história, onde inicialmente fazia-se sorteio de vagas para cargos políticos acolhidos como um processo de inspiração divina. Na Idade Média, havia processo de venda dos cargos de natureza administrativa, pois o Estado era o “dono” dos mesmos, e os repassava com ônus remuneratório àqueles que queriam ser seus empregados. Havia, ainda, a sucessão hereditária como maneira de ingresso, ao herdeiro varão mais velho, sob forma de sucessão *causa mortis*, bem como o arrendamento.

Adotando a definição do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, concurso público é o “meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei”³. Possui, como se percebe, natureza jurídica de procedimento com fim seletivo, afinal consta como uma sequência de atos ordenados, encadeados e interligados, visando a seleção do candidato dentro dos critérios fixados em edital, instrumento idôneo utilizado pela Administração Pública para fixação das regras e observância dos princípios aplicáveis.

² CRETILLA JÚNIOR *apud* TOURINHO, Rita. *Concurso Público no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 8.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 494.

1.2 DIREITO POSITIVO

Os processos seletivos não foram empregados desde sempre no ordenamento jurídico brasileiro. Nossa primeira Constituição, de 1824, bem como a de 1891, em que pese o fato de tratarem de admissão ao serviço público, não previa uma forma específica de seleção. Na verdade, apenas na Constituição de 1934 é que o concurso público recebeu o tratamento com status de processo de seleção propriamente dito. O artigo 170 trazia, em seu segundo parágrafo, que “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”⁴. A regra se manteve na Constituição de 1937 e 1946. A delimitação mais clara acerca do critério de provas ou provas e títulos ficou por conta da Constituição de 1967, em seu artigo 95, §1º. Informou o referido dispositivo que “A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos”⁵.

Com a Emenda constitucional nº1, de 17 de outubro de 1969, houve um sensível retrocesso. O texto passou a rezar que “a primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei”⁶. Duas observações merecem ser feitas: a primeira, de que falou-se apenas na primeira investidura, o que abria possibilidade de provimento derivado sem observância do instituto do concurso público; a segunda, que a ressalva admitia o ingresso, em casos especiais, sem a realização de um certame público.

Hodiernamente, o trato constitucional da matéria encontra-se na Carta Cidadã de 1988. Prevê a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 37, II que “a

⁴ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 16 nov. 2014.

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 16 nov. 2014.

⁶ BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 16 nov. 2014.

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”. Observe-se que não apenas os cargos, mas também os empregos públicos, cujo regime jurídico é o da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943).

Há que se observar que algumas exceções são mencionadas pela própria Carta Magna, como os cargos em comissão, declarados em lei como de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CRFB), funções de confiança (art. 37, V, CRFB) e servidores temporários (art. 37, IX, CRFB). No caso dos temporários, há a realização apenas de processo seletivo simplificado, não sendo um concurso público propriamente dito, já que a contratação, como o próprio nome sugere, será por prazo certo. No caso dos cargos em comissão e das funções de confiança, as atribuições serão de direção, chefia e assessoramento.

2. ANÁLISE DE REQUISITOS

Para que haja o ingresso em cargos e empregos públicos, alguns requisitos básicos devem ser cumpridos. O artigo 5º da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990⁷ assevera:

Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público:

I - a nacionalidade brasileira;

II - o gozo dos direitos políticos;

III - a quitação com as obrigações militares e eleitorais;

IV - o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo;

V - a idade mínima de dezoito anos;

VI - aptidão física e mental.

§ 1º As atribuições do cargo podem justificar a exigência de outros requisitos estabelecidos em lei.

(...)

⁷ BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112compilado.htm>. Acesso em: 16 nov. 2014.

Como requisitos básicos, entendemos aqueles que são necessários como regra, não afigurando-se a natureza do cargo como essencial, salvo em alguns casos específicos. Exemplifique-se o caso da nacionalidade brasileira. Seja o candidato brasileiro nato ou naturalizado, poderá ingressar no mesmo, salvo se for privativo de brasileiro nato, conforme previsto no artigo 12, §3º da Constituição da República Federativa do Brasil. Há que se ressaltar ainda o caso dos estrangeiros, na forma da lei. Em outras palavras, há reserva legal para o caso de provimento por estrangeiros. A própria Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 ressalta, no parágrafo 3º, que “as universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica federais poderão prover seus cargos com professores, técnicos e cientistas estrangeiros, de acordo com as normas e os procedimentos desta Lei”.

Entretanto, o escopo deste trabalho não são os requisitos básicos. Pelo contrário. A análise sistemática do parágrafo primeiro do artigo supramencionado dá a tônica da margem que se tem quanto aos requisitos. As atribuições podem justificar a adoção de outros requisitos, dependendo da natureza do cargo a ser provido. Todavia, é exatamente aí que reside o grande problema: a interpretação da administração para a compatibilidade das atribuições do cargo e os requisitos exigidos em edital. Há um sem número de ações judiciais em função de arbitrariedades cometidas por organizadores, algumas realizadas sem o menor amparo da legislação. Entram em cena então os princípios da isonomia e razoabilidade, de natureza constitucional.

Observa o ovacionado professor Hely Lopes Meirelles, em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, que “a Administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento. Não obstante, é ilegal a exclusão ou reprovação com base em critério subjetivo, como a realização de exame psicotécnico sem critérios objetivos” [...]⁸.

⁸ MEIRELLES, op. cit., p. 496.

O princípio da razoabilidade está implícito no texto constitucional, mas possui força muito intensa no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme leciona o professor José dos Santos Carvalho Filho, em seu Manual de Direito Administrativo, há “que ser observado pela Administração à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade”⁹. Significa dizer que, acerca do tema proposto neste trabalho, deve haver compatibilidade entre a natureza do cargo e o requisito exigido. Caso contrário, haverá flagrante violação ao referido princípio.

Ressalte-se que a razoabilidade e a proporcionalidade são princípios que induzem à certa discricionariedade administrativa. Entende-se esta como uma margem de liberdade garantida ao administrador para que, pautado na conveniência e na oportunidade, pratique determinados atos administrativos. Em outros termos, é exatamente no limiar desta “margem” que tem-se observado os maiores absurdos administrativos, condutas desprovidas de cunho jurídico e constitucional, pautadas em “achismos” interpretativos, violadores da boa-fé, da segurança jurídica, impessoalidade, moralidade e muitos outros preceitos caracterizados, hodiernamente, como princípios. Editais mal elaborados ou redigidos, sem que haja objetividade na adoção de determinados critérios e requisitos, deixam uma zona de penumbra, uma linha de incerteza e inconstância.

A constitucionalização do direito administrativo vem contribuindo para que esta discricionariedade tenha vinculação aos princípios nela contidos. Nas palavras do professor João Batista Gomes Moreira, citando Robert Alexy, os princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes”¹⁰

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 42.

¹⁰ ALEXY, Robert *apud* MOREIRA, João Batista Gomes. Controle judicial da discricionariedade de banca examinadora de concurso público (destaque para o exame psicotécnico) In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes et al. (Coord.). *O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*, Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 288.

Sendo assim, passamos a analisar alguns casos em que o princípio da razoabilidade foi flagrantemente violado e a matéria foi objeto de apreciação pelo Poder Judiciário, que, por sua vez, agasalhou a pretensão e garantiu os direitos dos candidatos a vagas no serviço público dos mais diferentes âmbitos.

2.1 EXAME PSICOTÉCNICO

Trata-se do exame em que há aferição da condição psíquica do candidato a prover cargo público na Administração Pública. Sempre foi muito questionado, dado o seu alto grau de subjetivismo, fazendo inúmeros candidatos verdadeiras “vítimas do sistema”, sendo avaliados por instrutores que sequer possuíam habilitação para tal, ou que não expunham as razões de fato ou direito para uma eliminação. Como ato da Administração Pública, deveria ser motivado, mas nem sempre o era. Assim, o questionamento à sua realização cada vez mais se insurgia.

O Supremo Tribunal Federal sumulou entendimento acerca do exame psicotécnico. A Súmula nº 686 assevera que “só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público”. Desta forma, se o exame é previsto apenas em ato administrativo editado pela Administração Pública, afigura-se inconstitucional.

Nesta esteira, cite-se a eliminação de candidato ao cargo de Técnico em eletrotécnica, eliminado em exame que sequer possuía amparo legal. A decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foi favorável ao autor, mantendo a congruência com o entendimento firmado nos Tribunais Superiores e garantindo a continuidade do mesmo na disputa pela vaga. Eis a decisão:

0210159-64.2010.8.19.0001 - APELACAO

DES. LUCIO DURANTE - Julgamento: 04/11/2014 - DECIMA NONA CAMARA CIVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE TÉCNICO EM ELETROTÉCNICA 8 - PRODUÇÃO E TRANSMISSÃO MANUTENÇÃO ELETROMECHANICA. FUNRIO. ELIMINAÇÃO CONCURSO EM AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA SEGUNDA RÉ. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A APLICAÇÃO DO EXAME PSICOTÉCNICO E DE DIVULGAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS. Demanda objetivando a declaração e nulidade de avaliação psicológica e a determinação de que as Rés permitam ao candidato a participação na próxima etapa do certame. Sentença de improcedência. A jurisprudência dos Tribunais Superiores se pacificou no sentido de que a legalidade do exame psicotécnico em provas de concurso público está submetida à existência de previsão legal, objetividade dos critérios adotados e possibilidade de revisão do resultado obtido pelo candidato. Súmula 686 do STF. Inexistência de lei prevendo a existência de avaliação psicológica, bem como de divulgação de critérios objetivos de avaliação e do perfil desejado. Necessidade de transparência na atuação da Administração Pública. Nulidade da cláusula que exige a realização da avaliação psicológica. Direito do Autor de prosseguir no certame, com a realização dos exames médicos pré-admissionais. Reforma da sentença. Recurso conhecido e provido¹¹.

À guisa de exemplo das arbitrariedades cometidas sobre os candidatos, lembre-se a situação em que Procurador da Fazenda Nacional, já ocupante do cargo há mais de 05 anos, aprovado em todas as fases do certame com excelente aproveitamento, foi declarado como inapto para o desempenho das atribuições como Procurador da República, fato este revertido no âmbito do STJ (MS 20.972-DF).

Hodiernamente, verificamos que não basta a previsão legal. Além desta, deve haver previsão em edital, adoção de critérios objetivos e possibilidade recursal. Essa é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO ADMINISTRATIVO. EXAME PSICOLÓGICO EM CONCURSO PÚBLICO.

É admitida a realização de exame psicotécnico em concursos públicos se forem atendidos os seguintes requisitos: previsão em lei, previsão no edital com a devida publicidade dos critérios objetivos fixados e possibilidade de recurso. Precedentes citados do STF: MS 30.822-DF, Segunda Turma, DJe 26/6/2012; e AgRg no RE 612.821-DF, Segunda Turma, DJe 1º/6/2011. RMS 43.416-AC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 18/2/2014.¹²

¹¹ BRASIL. TJERJ. Apelação 0210159-64.2010.8.19.0001. Relator DES. LUCIO DURANTE. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw> Acesso em: 16 nov. 2014.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 43.416-AC. Rel. Min. Humberto Martins. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=0535> >. Acesso em: 16 nov. 2014.

Importante frisar que não cabe, em função de regular eliminação em exame psicotécnico, alegação da teoria da perda de uma chance, consistente na perda da oportunidade de o candidato obter uma situação futura melhor, sendo real e séria a sua chance. Assim entendeu o STJ:

TEORIA. PERDA. CHANCE. CONCURSO. EXCLUSÃO.

A Turma decidiu não ser aplicável a teoria da perda de uma chance ao candidato que pleiteia indenização por ter sido excluído do concurso público após reprovação no exame psicotécnico. De acordo com o Min. Relator, tal teoria exige que o ato ilícito implique perda da oportunidade de o lesado obter situação futura melhor, desde que a chance seja real, séria e lhe proporcione efetiva condição pessoal de concorrer a essa situação. No entanto, salientou que, in casu, o candidato recorrente foi aprovado apenas na primeira fase da primeira etapa do certame, não sendo possível estimar sua probabilidade em ser, além de aprovado ao final do processo, também classificado dentro da quantidade de vagas estabelecidas no edital. AgRg no REsp 1.220.911-RS, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 17/3/2011.

Face ao exposto, percebe-se que, cada vez mais, o Poder Judiciário tem reconhecido a proteção trazida pelo ordenamento jurídico, a fim de evitar arbitrariedades das bancas perante aqueles que desejam ingressar nos quadros da Administração Pública. Importante lembrarmos que se a Administração Pública cumprisse, de modo fidedigno, o que prevê a Carta Magna, muitas dessas ações não estariam lotando as prateleiras judiciárias, mas é notório que há, flagrantemente, um claro avanço no atendimento aos direitos insculpidos na Constituição brasileira.

2.2 INVESTIGAÇÃO SOCIAL

Outro requisito que foi objeto de questionamento por candidatos prejudicados nos certames públicos é a sindicância de vida pregressa, ou investigação social. Consiste na análise do perfil, amparada pela conduta social e profissional, avaliando-se a idoneidade moral daquele que pleiteia o ingresso no serviço público. Regra geral, é feita por meio de certidões de antecedentes criminais, sendo que, em alguns casos, solicita-se o nome de

autoridades atestando a idoneidade do candidato, por meio de cartas de recomendação ou a fim de serem consultadas sobre o mesmo.

Um dos exemplos da polêmica criada acerca do tema foi a reprovação de uma candidata ao cargo de Procuradora da Fazenda Nacional que respondeu a inquérito policial por falsidade ideológica. Teria ela ter assinado o “livro de advogados” em delegacia de polícia enquanto ainda era estagiária, gerando-se, assim, um número fictício de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, sendo este o fato gerador para a reprovação, já que o mesmo veio à tona durante o processo de seleção. A candidata foi eliminada do certame, conseguiu retornar à disputa em função da alegação do princípio da presunção de inocência. Ressalte-se ainda a prescrição da ação, ocorrida anos antes da reprovação no concurso público em questão. A Primeira Seção do STJ concedeu a segurança, reconhecendo o direito da mesma assumir o cargo público. O Ministro Benedito Gonçalves afirmou que “não há nos autos elementos que indiquem que a candidata possua um padrão de comportamento social ou moral reprovável a ponto de impossibilitá-la de exercer o cargo para o qual concorreu [...]”. Assim se deu a decisão do STJ¹³:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL. SINDICÂNCIA DE VIDA PREGRESSA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. DESCLASSIFICAÇÃO EM FACE DA EXISTÊNCIA DE INQUÉRITO POLICIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

1. Hipótese em que a impetrante foi excluída do certame na fase de sindicância pregressa por ter respondido a inquérito policial, por exercício irregular da advocacia (assinatura do "livro de advogados" em cadeia pública enquanto ainda era estagiária), o qual restou arquivado em razão de prescrição.

2. (...).

3. A tese trazida na impetração encontra amparo na jurisprudência deste STJ e também a do STF, que se orientam, em remansosa maioria, pela vulneração ao princípio constitucional da presunção de inocência quando, em fase de investigação social de concurso público, houver a eliminação de candidato em decorrência da simples instauração de inquérito policial ou do curso de ação penal, sem trânsito em julgado. Precedentes: (...).

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 20.209/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=candidato+investiga%E7%E3o+social+concurso+p%FAblico&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1. Acesso em: 16 nov. 2014.

4. Soma-se a isso que, do que se tem nos autos, não se vislumbra que a candidata possua um padrão de comportamento social ou moral reprovável, a ponto de impossibilitá-la do exercício do cargo para o qual concorreu e foi devidamente aprovada, mormente porque os fatos a ela imputados ocorreram em 2002; o inquérito policial tramitou por vários anos sem a apresentação de denúncia por parte do Ministério Público, acabando arquivado em 2008 em face da prescrição em perspectiva (fls. 68/71); as omissões acerca das condutas adotadas diante da abertura do inquérito policial não tem o condão de configurar grave desvio de conduta; e não há prova da alegada falsidade ideológica, tampouco informação de reincidência ou cometimento de qualquer outra conduta desabonadora no decorrer desses anos (consoante certidões de "nada consta" de diversos órgãos públicos - fls. 78/99).

5. Segurança concedida, para, reconhecida a nulidade do ato administrativo que desligou a candidata do certame em questão, determinar seja a mesma considerada aprovada, com a posterior nomeação e posse no cargo de PFN. Prejudicado o agravo regimental.

(MS 20.209/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/10/2014, DJe 16/10/2014)

Outro caso de grande repercussão foi o do candidato G.N.A.J a uma vaga na Polícia Civil do Distrito Federal que havia, como menor de idade, ateadado fogo no índio Galdino Jesus dos Santos, em abril de 1997, causando a sua morte dias depois, quando tinha, à época, 14 anos de idade, portanto menor¹⁴. Todos os envolvidos no caso foram condenados por homicídio, exceto este, pelo fato de ser inimputável quando da prática do crime. Aprovado nas fases anteriores do concurso, quedou na investigação social, quando este fato foi citado como causa da reprovação. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal concedeu liminar ao candidato para que prosseguisse na disputa, já que o mesmo já havia cumprido medida socioeducativa e reconhecendo que não havia nada que impedisse a continuidade no certame, observando que atos infracionais não são considerados crimes.

O simples fato de existir inquérito policial não é suficiente para caracterizar a impossibilidade de ocupar o cargo público. O princípio da presunção de inocência, insculpido na Constituição da República no artigo 5º, LVII, prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Neste diapasão, não havendo condenação transitada em julgada, não há que se eliminar o candidato. É o atual entendimento dos Tribunais Superiores, tendo-se em vista os aspectos supracitados.

¹⁴ JURÍDICO, Consultor. Revista: Vida progressa. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-06/noticias-justica-direito-jornais-terca-feira> > Acesso em: 16 nov. 2014.

CONCLUSÃO

O procedimento administrativo do concurso público, de viés constitucional, revela destacada forma de garantir a participação popular, observados os primados contidos na Carta Magna de 1988. O Poder Judiciário tem atuado de modo cada vez mais implacável contra as mazelas proporcionadas pelas interpretações equivocadas dos organizadores de seleções públicas. A expectativa de um candidato em processo de seleção realizado pela Administração Pública é que haja atendimento dos princípios constitucionais. Contudo, infelizmente, nem sempre é o que ocorre. Como se percebe, a astúcia dos examinadores tem sido combatida. Em outros termos, a transparência dos editais, o conhecimento dos candidatos dos direitos a eles inerentes e a posição firme do Poder Judiciário tem refletido, em larga escala, no atendimento da expectativa de milhares de pessoas que encontram nestes certames a solução para o desemprego ou a instabilidade que a esfera privada possibilita a determinadas pessoas.

Princípios democráticos, como a segurança jurídica, impessoalidade e moralidade, assim como outros mais recentes nas decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, como o da confiança legítima, referendam a expectativa dos candidatos e garantem o acesso aos cargos almejados. A supremacia do interesse público, aliada à boa-fé administrativa, são bons norteadores da postura a ser adotada em benefício dos candidatos. A discriminação desarrazoada, dissonante das atribuições específicas do cargo a ser provido, induz à inadequação dos métodos empregados. O fato de haver certa discricionariedade não traz para o administrador capacidade de adotar disposições incongruentes, imotivadas e antidemocráticas. Como visto, tanto no caso da investigação social, quanto nos exames psicotécnicos, o grau de objetividade e transparência dos critérios são determinantes para que se tenha lisura no certame, sob pena de ilegitimidade, tendo-se, assim, a necessidade do

exercício da tutela jurisdicional para a reparação de dano ou a garantia do direito individual postulado.

Não apenas estes requisitos são objeto de questionamento. O Poder Judiciário também é constantemente provocado com demandas concernentes a provas físicas, exigências inadequadas de experiência frente à natureza do cargo, adoção de limite de idade incompatível com a atribuição exigida, testes desproporcionais com a natureza da atividade e critérios empregados nas avaliações de conhecimento. Entretanto, indiscutivelmente percebe-se que na investigação social, como na narrativa acerca do menor que ateou fogo no indígena, e nas avaliações psicotécnicas, que permitem traçar o perfil profissiográfico do indivíduo, as decisões dos Tribunais de cúpula são favoráveis aos autores de suas ações, pela falta de delineamento objetivo dos critérios avaliativos. A pluralidade de personalidades, por exemplo, não permite que, de modo objetivo, salvo no caso de critérios bem amarrados e definidos, se decida se o indivíduo está ou não habilitado a ocupar um cargo público. O ataque injustificado ao pluralismo é atentatório à pluralismo. O respeito às diferenças é contrário à própria Constituição da República, que garante a igualdade de todos perante a lei, sem que haja quaisquer distinções.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert *apud* MOREIRA, João Batista Gomes. Controle judicial da discricionariedade de banca examinadora de concurso público (destaque para o exame psicotécnico) In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes et al. (Coord.). *O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*, Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

- COUTO, Reinaldo. *Curso de Direito Administrativo: segundo a jurisprudência do STJ e STF*. São Paulo: Atlas, 2011
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Método, 2013.
- ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. *Regime jurídico dos concursos públicos*. São Paulo: Dialética, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.
- TOURINHO, Rita. *Concurso Público no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.