

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN 2595-5667

The background of the cover is a photograph of the National Congress of Brazil (Câmara dos Deputados) building in Brasília. The building is a prominent landmark with its distinctive architecture, featuring two tall, narrow towers and a large, curved, white structure. The image is overlaid with a semi-transparent, circular graphic element in the lower right quadrant. The overall color scheme is a muted, brownish-gold.

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 01 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 01 - JAN/JUN 2016

ISSN 2595-5667

**Rio de Janeiro
2016**

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela.
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu Faculty of Law.
Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica de São Paulo.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná.
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho.

Avaliadores desta Edição:

- | | |
|---|---------------------------------------|
| Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu | Sr. Eduardo Manuel Val, UFF. |
| Sr. Adriano Corrêa de Sousa, UERJ. | Sr. Emerson Moura, UFJF. |
| Sr. Adriano de Souza Martins, UERJ. | Sr. João Paulo Imparato Sporl, USP. |
| Sr. Bruno Santos Cunha, USP. | Sra. Juliana Bonacorsi de Palma, FGV. |
| Sra. Carolina Leite Amaral, UFRJ. | Sr. Marcus Bacellar Romano, UFF. |
| Sr. Ciro Di Benatti Galvão. | Sr. Márcio Felipe Lacombe, UFF. |
| Sr. Daniel Capecchi Nunes, UERJ. | Sra. Mariana Bueno Resende, UFMG. |
| Sr. Debora Sotto, USP. | Sr. Paulo Henrique Macera, USP. |
| Sr. Eduardo Fortunato Bim, USP. | Sr. Pedro Eugenio Bargiona, PUC-SP |

Diagramação e Layout:

- Sr. Emerson Moura, UFJF.

SUMÁRIO

<i>Apresentação</i>	005
Emerson Affonso da Costa Moura	
<i>Orçamento Público, Ajuste Fiscal e Administração Consensual</i>	007
Jesse Torres Pereira Junior e Thais Boia Marçal	
<i>O que sobrou da autonomia dos Estados e Municípios para legislar sobre parcerias com o Terceiro Setor?</i>	033
Thiago Marrara e Natalia de Aquino Cesário	
<i>Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Sua Margem de Livre Apreciação</i>	055
André Saddy	
<i>A Regulação Estatal dos Serviços de Segurança Privada e a Regra de Nacionalidade</i>	100
Carlos Ari Sunfeld, Jacintho Arruda Câmara e André Rosilho	
<i>Concurso Público, Investigação Social e os Princípios Constitucionais: Análise Crítica da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal</i>	111
Emerson Affonso da Costa Moura e Marcos Costa Leite	
<i>Intervenção do Poder Público em Outras Terras Públicas para Criação de Unidade de Conservação</i>	134
José Roque Nunes Marques e Ronaldo Pereira Santos	
<i>A Regulação do Sistema de Aviação Civil Brasileiro: Estado da Arte e Desafios Futuros</i>	162
Marcio Felipe Lacombe da Cunha	
<i>Análise Crítico-Fenomenológica da Legitimidade da Desapropriação Indireta à luz dos Vetores Políticos da Constituição de 1988</i>	184
Lilian de Brito Santos, Iago dos Santos Moura-Melo, Lorena Lorrana da Costa Viana e Ricardo Afonso-Rocha	
<i>O Serviço Público Adequado e a Cláusula de Proibição de Retrocesso Social</i>	204
Paulo Ricardo Schier, Adriana da Costa Ricardo Schier	
<i>Discricionariedade Técnica e Controle Judicial</i>	224
José dos Santos Carvalho Filho	

**CONCURSO PÚBLICO, INVESTIGAÇÃO SOCIAL E OS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS: ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

**PUBLIC SELECTION, SOCIAL INVESTIGATION AND CONSTITUTIONAL
PRINCIPLES: CRITICAL ANALYSIS OF CASE LAW OF THE FEDERAL
SUPREME COURT**

**EMERSON AFFONSO DA COSTA
MOURA**

Professor Assistente da UFJF. Doutorando em Direito pela UERJ. Colíder de Pesquisa do Laboratório de Estudos de Direito Administrativo Comparado da Universidade Federal Fluminense (LEDAC/UFF).

MARCOS COSTA LEITE

Pós-graduando pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-RJ). Pesquisador no Laboratório de Estudos de Direito Administrativo Comparado (LEDAC-UFF). Advogado.

RESUMO: A inconstitucionalidade da previsão da etapa de investigação social como fase eliminatória em concurso público por violação ao princípio do acesso ao cargo e emprego público e do princípio do concurso público é o tema posto em debate. Analisa-se em que medida, o espaço legítimo de discricionariedade da Administração Pública ao definir o processo seletivo para eleição de seus agentes se sujeita ao sistema principiológico-constitucional, que impõe restrições na previsão de etapas.

PALAVRAS-CHAVES: Concurso Público; Investigação Social; Princípio do Acesso ao Cargo e Emprego Público; Princípio do Concurso Público; Supremo Tribunal Federal.

SUMMARY: The unconstitutionality of the prevision of social research stage as knockout stage in public contest for violating the principle of access to public role and the principle of public role is the theme put into discussion. Analyzes to what extent the legitimate space for discretion of the public administration to define the selection process for the election of its agents are subject to principiológico constitutional system, which imposes restrictions on the steps of prediction.

KEYWORDS: Public tender; Social Research; Principle of Access to Public Office; Principle of Public Tender; Supremo Tribunal Federal.

I INTRODUÇÃO

Com a Constituição Federal de 1988 há um amplo fenômeno de constitucionalização do Direito Administrativo, com a previsão de uma disciplina fundamental para Administração Pública Direta e Indireta dos entes federados no que tange a prestação dos serviços públicos, a gestão dos bens estatais, a atuação dos agentes públicos dentre outros.

No que tange ao regime dos servidores públicos impõe a carta magna normas relativas ao acesso aos cargos e empregos públicos, ao exercício de suas prerrogativas e deveres, os vencimentos e seus limites, a responsabilidade por seus atos, além das regras especiais de aposentadoria, demissão e exoneração.

Em busca de uma conformação da atividade administrativa aos valores e bens fundamentais eleitos pela sociedade e consagrados na lei fundamental impõe normas substanciais e procedimentais aos processos seletivos da Administração Pública com fins de imprimir maior grau de legalidade, legitimidade e juridicidade na gestão pública.

Por efeito, a Constituição Federal determina na contratação de obras, serviços, compras e alienações a necessidade do processo administrativo de licitação pública e na admissão para cargos e empregos na Administração Pública Direta ou Indireta a realização do concurso público.

Surge, portanto, o concurso público como certame que busca garantir o acesso isonômico aos cargos e empregos estatais mediante a seleção impessoal dentre os candidatos daquele que se demonstrar mais apto à prestação do serviço, de forma a garantir a concretização dos deveres da Administração de impessoalidade, moralidade e eficiência.

Para tanto, a lei fundamental garante o acesso aos cargos e empregos públicos aos brasileiros que preencham os requisitos em lei e aos estrangeiros na forma da lei e exige para a investidura neles a aprovação em concurso público, que será de prova ou de provas e títulos, de acordo com a complexidade.

Todavia, é comum na Administração Pública além das etapas de prova – com avaliações objetivas ou subjetivas dos conteúdos necessários ao exercício da função – e de títulos – com análise da formação, experiência e produção acadêmica e profissional dos candidatos – a criação de outras avaliações não previstas na Constituição.

Destaca-se a previsão nos certames do estágio experimental embora explícito na lei fundamental apenas o estágio probatório como fase necessária à aquisição de estabilidade ou

vitaliciedade, a imposição de exame psicotécnico embora sem previsão legal, da entrevista sem critérios objetivos e da chamada investigação social.

Com a etapa da investigação social busca-se analisar a conduta moral e social do candidato, com a verificação do cometimento de infrações penais, além da consulta e entrevista em seu círculo familiar e social, para verificar a existência de riscos para o exercício da função pública.

Note, portanto, uma tensão entre a *discricionariedade* – na eleição pela Administração Pública do conteúdo do certame público – com a *legalidade administrativa* – na consagração pela Constituição do direito de acesso aos cargos e empregos públicos a quem preencha os requisitos legais e ser avaliado em provas e títulos no concurso público.

Desta feita, pretende o trabalho analisar em que medida o princípio do acesso aos cargos e empregos públicos restringe a discricionariedade administrativa na definição das etapas dos certames estatais, de forma que a investigação social deve ser tida como etapa inconstitucional a ser excluída do concurso público.

Demonstra-se relevante na medida em que as cortes superiores ainda tendem a reconhecer a etapa como válida e necessária para apontar a lisura da probidade do agente público quando necessário ao cargo como no caso dos servidores públicos militares e apenas afasta a etapa se atentar contra o princípio da presunção de inocência.

Tem-se por hipótese, que a implementação de etapas subjetivas no concurso público viola a Constituição Federal que determina as formas de avaliação e permite diante de uma Administração Pública ainda marcada pelo patrimonialismo, nepotismo e autoritarismo que sejam manuseadas de forma a excluir candidatos aptos do certame.

Para tanto, no primeiro capítulo aborda-se a formação da Administração Pública de forma a extrair dos elementos autoritários e da tentativa da implementação de uma gestão burocrática-racional a construção histórica do concurso público como etapa de seleção imparcial dos candidatos para o serviço público.

No segundo capítulo verifica-se o regime jurídico-constitucional do concurso público de forma a analisar a partir dos princípios de acesso aos cargos e empregos públicos e do concurso público enquanto normas concretizadoras dos valores e bens constitucionais, a imposição pelo constituinte do dever de utilização de critérios objetivos na seleção pública.

No terceiro e último capítulo, estuda-se diante da ausência de previsão constitucional a etapa de investigação social a partir da jurisprudência das cortes superiores, de forma a atestar

a sua incongruência com o regime jurídico-administrativo e fazendo análise crítica da aplicação do princípio de presunção de inocência para o seu afastamento.

Para tanto, utiliza-se na pesquisa o método crítico dialético com apoio na doutrina administrativista nacional, na legislação pátria, em específico, com apoio na Constituição Federal e na evolução da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal sobre a referida matéria.

II. OS AGENTES ESTATAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

A colonização do Brasil, com terras tidas primitivas e uma população considerada inaproveitável, tinha como objetivo a ocupação com fins comerciais, sendo a formação de um corpo de agentes e de organização destinada apenas garantir a defesa, explorar os recursos naturais e servir de articulação entre as rotas marítimas e os territórios ocupados.²²⁶

Neste sentido, a Administração Colonial se assentava apenas na monarquia portuguesa que abrangia desde o rei – enquanto supremo chefe representante de Deus que regula todas as atividades – até o último de seus súditos e vassallos que exercem um papel, mesmo que modesto, no organismo político da monarquia²²⁷.

Assim, a nobreza assumia o monopólio dos cargos públicos e se imiscuía nas decisões políticas através dos Conselhos da Coroa²²⁸ gozando de privilégios econômicos e políticos que marcavam uma confusão entre o *público* e o *privado*, onde o nobre era colono e governador, administrava as mesmas terras como *fazenda* e *província* com privilégios e competências.

A falta de organização eficiência e presteza da sua ação, a adoção de processos autoritários como o recrutamento, a confusão entre competências dos agentes, o excesso de burocracia nas suas atuações tornava a “monstruosa, emperrada e ineficiente a máquina burocrática que é a “administração colonial.”²²⁹

As autoridades administrativas eram “organismo à parte” da Colônia com interesses particulares “e até radicalmente opostos aos interesses das novas sociedades”, fazendo valer

²²⁶ PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 20

²²⁷ PRADO JUNIOR, Caio. Op cit. p. 318.

²²⁸ ABREU, J. Capistrano de. **Capítulos de História Colonial: 1500-1800**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1998. p. 27.

²²⁹ PRADO JUNIOR, Caio. Op cit. p. 353-354.

através de suas prerrogativas a imposição da vontade absoluta e soberana do governo, garantindo a realização dos interesses da metrópole sobre os da colônia.²³⁰

A imoralidade e corrupção dominava a Administração Pública: os cargos públicos eram “obtidos e vendidos como a mais vulgar mercadoria” e para agravar com “métodos aceitos e reconhecidos” e o peculato, o suborno e todas as demais formas de corrupção administrativa eram práticas gerais e universalizadas.²³¹

Ademais, se infundia ainda um caráter despótico: a impessoalidade nas relações entre autoridade e súdito, a existência de competências limitadas e controle hierárquico é “obra do futuro; do distante e incerto futuro”. O sistema é aberto ao acesso pelo rei apenas aos poderosos em um modelo onde “manda quem pode e obedece quem tem juízo”.²³²

A função pública torna-se “instrumento regalista da classe dominante”, que forma um “patriciado administrativo”, que “congrega, reúne e domina a economia”. O cargo público é título que confere ao seu portador uma autoridade ou “marca de nobreza”, pois concedido apenas ao homem tido como de “limpo sangue” ou de “boa linhagem”.²³³

De tal modo, o quadro administrativo era formado por uma minoria que “comandava, disciplinava e controlava” a vida econômica e social, articulando e mantendo-se sobre uma estrutura de classe, que ao mesmo tempo influenciava o estamento, e deste recebia o influxo político configurador de Portugal.²³⁴

O “patriciado burocrático” era a cúpula que presidia e regia a vida colonial: a burocracia *civil* com seus funcionários governamentais e exatores; a *militar* com seus corpos de defesa e de repressão; e a *eclesiástica*, regulando os negócios terrenos. Junto com o setor empresarial e mercantil era a “elite dominante da colônia”.²³⁵

Em um ambiente marcado pela família patriarcal, os detentores de posições públicas de responsabilidade, não conseguiam compreender a distância fundamental entre domínios do privado e do público: a gestão representava assunto de interesse particular se relacionando as funções, aos empregos, aos benefícios e aos interesses pessoais do funcionário.²³⁶

²³⁰ BOMFIM, Manoel. **A América Latina: Males de Origem**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. p. 143-144.

²³¹ PRADO JUNIOR, Caio. Op cit. p. 356-357.

²³² FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3 ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001. p. 200.

²³³ FAORO, Raymundo. Op. cit. p. 203-205.

²³⁴ FAORO, Raymundo. Op. cit. p. 242.

²³⁵ RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: A Formação e o Sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 178.

²³⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. prefácio de Antônio Cândido. 17. ed. Rio de Janeiro: Olympio. 1984. p. 145-146.

Por efeito, no Brasil, só excepcionalmente, houve sistemas administrativos e um corpo de funcionários “puramente” dedicados a interesses objetivos e fundados nesses, pois em regra houve o “predomínio de vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e poucos acessíveis a uma ordem interpessoal”.²³⁷

A Administração Pública se estrutura, portanto, ainda na Colônia, de forma *autoritária*, *patrimonialista* e *nepotista* sendo marcada a ação administrativa ante pela satisfação dos interesses econômicos da Coroa e privados da burocracia aristocrática, do que a prossecução das necessidades coletivas da sociedade²³⁸.

Diante de tal quadro, inúmeras foram as reformas administrativas que buscaram minimizar as vicissitudes históricas do modelo de formação das instituições político-sociais e da burocracia estatal brasileira, todavia, sem que alcançasse plenamente a superação do modelo, em razão dos próprios limites conformativos do Direito.

Durante o chamado Estado Patrimonial houve as reformas de Pombal que com seu depotismo esclarecido e com a chamada “lei da boa razão” tentou trazer critérios objetivos para extração de regras de direito e preencher omissões nas leis vigentes gerando mais do que mera reforma na burocracia, mas a manifestação de uma nova perspectiva racionalista.²³⁹

Como contribuição de Pombal na Administração Pública teve-se a consolidação de uma organização administrativa centralizada com a criação e transformação de comarcas e vilas e distribuição de suas atribuições entre os agentes estatais mediante instruções e normas, dentre outras.²⁴⁰

Porém, suas reformas apenas demonstram a mudança do patrimonialismo *tradicional* – originário e patriarcal com o estereótipo do cargo como título de nobreza – para o *estamental* - com a racionalização dos negócios públicos, assumindo a camada dirigente um caráter burocrático permitindo o Estado absolutista se preparar para tutelar a economia.²⁴¹

Inicia a Administração Pública Brasileira o século XX com um modelo oligárquico e patrimonialista, marcado pelo predomínio da corrupção, do nepotismo e da ineficiência na

²³⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. Op. cit. p. 136.

²³⁸²³⁸ O tema é amplamente abordado em: MOURA, Emerson Affonso da Costa. **Um Fundamento do Regime Administrativo: O Princípio da Prossecução do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014. Capítulo 2.

²³⁹ SALDANHA, Nelson Nogueira. **História das Idéias Políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 58.

²⁴⁰ VIANNA, Hélio. **História do Brasil: Período Colonial, Monarquia e República**. 12ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1975. p. 307-310.

²⁴¹ AVELLAR, Hélio de Alcântara. **História Administrativa do Brasil**. Vol. 5. Brasília: DASP, 1970. p. 98.

gestão estatal, em uma economia com baixo grau de competitividade e concentração da função pública em uma sociedade eminentemente aristocrática²⁴².

Nas instituições administrativas, a burocracia estamental formada por agentes selecionados por critérios de confiança pessoal, exercia o *munus publico* finalisticamente direcionado aos seus interesses privados, de forma autoritária e desvinculada de qualquer preocupação com a prestação eficiente dos serviços públicos²⁴³.

Não obstante, a ascensão do governo autoritário²⁴⁴ e a aceleração do processo de industrialização na década de 30 importam na mudança para um padrão burocrático denotado pelo formalismo exacerbado, a hierarquia e o controle rígido dos processos, que buscou imprimir impessoalidade e eficácia na atuação administrativa.

Neste modelo organizacional burocrática, a Administração Pública passa a mover-se na esfera de competências previamente definidas, com relações estáticas baseadas na autoridade e submissão, atividade especializada pela divisão racional e a criação de procedimentos que gerem a prestação padronizada dos serviços públicos.

Ascende com a burguesia industrial e a classe média tecnoburocrática, um novo perfil de agentes que voltam à coordenação dos interesses estatais e privados, com a criação de critérios legais e gerais, de ingresso nos serviços públicos, classificação de cargos, organização das estruturas e racionalização dos métodos²⁴⁵.

Sob um prisma, o ideal de burocracia profissional foi frustrado pela persistência das concessões patrimonialistas transvertidas na forma de clientelismo e nos eventuais limites do

²⁴² Tanto no Brasil Império quanto no primeiro período da República, enquanto os senhores de Terra e os grandes comerciantes se ocupavam da economia, ao Estamento burocrático ligado por laços de família ao patriarcado rural cabia dominar com relativa autonomia o Estado e a Política. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do Estado Patrimonial ao Gerencial** in: Pinheiro, Wilhelm e Sachs (orgs.), Brasil: Um Século de Transformações. São Paulo: Cia. das Letras, 2001. p. 222.

²⁴³ Necessário ressaltar, que apenas excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados ao interesse coletivo. Ao contrário, desde aquela época é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. HOLANDA, Sérgio Buarque de. Op cit. p. 105-107.

²⁴⁴ Pertinente é a distinção entre Estado Autoritário e Estado Fascista proposta por Azevedo Amaral, delimitando o período do Estado Novo como governo onde a autoridade estatal obliterou-se de modo acentuado, com a confusão política e a ataxia dos movimentos de Administração Pública, porém, garantido certo grau de liberdade do indivíduo e exercício da liberdade de iniciativa no plano econômico, observada as restrições do bem comum proposto pelo chefe do Executivo. AMARAL, Azevedo. **O Estado Autoritário e a Realidade Nacional**. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1938. p. 6.

²⁴⁵ O movimento se inicia com a reforma burocrática do Brasil em 1936 e se materializa com a criação de diversos diplomas reguladores e a criação do Departamento de Administração Pública do Serviço Público (DASP) que acabou se reproduzindo nos Estados. Sobre o tema consulte-se: WAHRLICH, Beatriz. **A Reforma Administrativa da Era de Vargas**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1983.

formalismo burocrático que impediam a construção de um modelo de gestão pública capaz de atender as demandas da transformação econômica²⁴⁶.

Erigeu-se a implantação de um modelo gerencial, que baseado nos vetores da eficiência e desempenho, fosse capaz de atribuir maior governança mediante a organização dos fatores e finanças, a descentralização da estrutura administrativa, a cooperação entre os entes federativos e o controle voltado à aferição do resultado²⁴⁷.

Surgiu com o regime ditatorial, a tentativa inicial de modernização da Administração Pública com a implantação de um modelo de descentralização com certo grau de autonomia, a tentativa de superação dos processos rígidos nas estruturas e a flexibilização do sistema de mérito voltando à gestão estatal ao desenvolvimento²⁴⁸.

Porém, a flexibilização na contratação sem concurso público e a nomeação para cargos de chefia das empresas estatais, bem como, a falta de um planejamento estratégico à nível de cada organização e o controle através de contratos de gestão e de competição administrada prejudicou a reforma administrativa²⁴⁹.

Com a redemocratização do Brasil, volta-se a implementação de técnicas administrativas modernas oriundas da iniciativa privada e a tentativa de transição de uma gestão de natureza *burocrática* – baseada na obediência das prescrições formais – para uma *profissional* – voltado a seleção e aperfeiçoamento dos agentes públicos.

Sob a égide da tentativa de implementação de um Estado Gerencial Brasileiro, a Constituição Federal de 1988 trouxe um regime especial para os servidores públicos com regras relativas o acesso e exercício de suas funções, que busca trazer maior isonomia, impessoalidade e eficiência à coisa pública.

²⁴⁶ Observa-se até atualmente os perniciosos resquícios do patrimonialismo, a corrupção persistente, as políticas paternalistas e a ineficiência na gestão estatal. Sobre o tema, vide também: FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e Senzala**. 39 ed. Rio de Janeiro: Record, 2000 e NUNES, Edson. **A gramática política do Brasil – clientelismo e insulamento burocrático**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

²⁴⁷ Corresponde a instrumentos de modernização da administração, que buscam traduzir maior eficiência funcional e produtividade a gestão pública, em uma nova concepção da relação entre Estado e sociedade, que envolve o movimento de retorno da sociedade na prestação do serviço público. TÁCITO, Caio. **A Reforma do Estado e a Modernidade Administrativa** in Revista de Direito Administrativo. 215. Jan/mar 1999. p. 4-5.

²⁴⁸ A reforma desenvolvimentista se consubstancia na edição do Decreto 200-67 e foi conduzida pela Subsecretaria de Modernização e Reforma Administrativa, do Ministério do Planejamento. A partir de 1979 volta-se a desburocratização, visando a simplificação e a racionalização da burocracia. LIMA JUNIOR, Olavo Brasil. **As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos**. *Revista de Serviço Público*. Ano 49. N. 2. Abr-Jun 2008. p. 12-14.

²⁴⁹ Ademais, as reformas tinham diversas inadequações em face da realidade brasileira, como a elaboração de modelos ou concepções não ajustáveis, falta de objetivos para as políticas do setor público e estratégias capazes de superar as eventuais resistências e conflitos. MARCELINO, Gileno Fernandes. **Administração pública brasileira: evolução, situação atual e perspectivas futuras**. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 117, n2, set./dez. 1998. p. 24.

Pretende-se, portanto, através da imposição de deveres objetivos à Administração Pública para ocupação dos cargos e empregos públicos garantir isonomia na participação e impessoalidade na seleção dos servidores estatais transformando o certame público em um processo democrático capaz de respeitar os direitos fundamentais do cidadão.

Trata-se de um dos mecanismos utilizados para tentar superar os elementos históricos de distorção das instituições político-administrativas brasileiras no que tange ao nepotismo e corrupção no processo seletivo de contratação na Administração Pública e o decorrente patrimonialismo na utilização da coisa pública para satisfação dos interesses privados.

Com a previsão pela lei fundamental dos requisitos para o *acesso* – restrição de nacionalidade e observância das prescrições legais – e *investidura* – aprovação em concurso público de provas e títulos – nos cargos e empregos públicos impõe-se uma restrição à discricionariedade administrativa na seleção dos seus agentes.

Por efeito, tão importante quanto a previsão desses princípios na Constituição Federal é a necessidade de releitura a partir dos bens e valores fundamentais, em especial, aqueles que orientam a atividade administrativa e demandam, portanto, limites no espaço de decisão administrativa na realização do concurso público.

O tema será tratado a seguir.

III. O CONCURSO PÚBLICO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com a Constituição Federal de 1988 ocorreu em matéria de Direito Administrativo o fenômeno de *constitucionalização-inclusão*, ou seja, a previsão de um amplo estatuto normativo da Administração Pública na lei fundamental²⁵⁰, que permitiu adequar os regimes infraconstitucionais regulados antes de 1988 à nova ordem constitucional.²⁵¹

Porém, não se limitou o processo à elevação de institutos do direito infraconstitucional ao texto constitucional, mas também a *constitucionalização-releitura*, pois a irradiação dos

²⁵⁰ A doutrina indica um efeito pernicioso que seria a inflação constitucional, ou seja, a previsão de matérias que deveriam ser deixadas a regulação infraconstitucional e com a previsão na lei fundamental conduz a um déficit de efetividade de seus próprios preceitos, a ossificação das matérias previstas e um reformismo constitucional crônico com alterações constantes nos seus dispositivos. BINENBOJM, Gustavo. **A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos**. Revista Eletrônica sob a Reforma do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, março/abril/maio 2008. p. 32-34.

²⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed rev. Ampla e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 83.

preceitos constitucionais ocorreu através da filtragem à luz da Constituição, em especial, das noções de *direitos fundamentais e democracia*.²⁵²

Neste sentido, o concurso público enquanto meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade e eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam os requisitos da lei²⁵³ encontra novo regime na Constituição Federal de 1988.

Isto porque, o Princípio do Acesso aos Cargos e Empregos Públicos já foi previsto desde a Constituição do Império de 1824, porém, com a configuração de norma veiculadora de direito fundamental sem restrição constitucional, portanto, garantindo acesso de todo cidadão aos cargos públicos civis, políticos e militares em razão de suas qualificações²⁵⁴.

Com a Constituição Republicana de 1891 é que passou a se sujeitar à restrição por via de reserva legal, ao determinar além de uma cláusula geral de vedação da concessão de privilégios ou prerrogativas, que o acesso a todos brasileiros dependia da observância dos requisitos para exercício da função prevista em lei.²⁵⁵

A Constituição Federal de 1988 como as demais experiências constitucionais brasileiras apenas manteve tal conteúdo, de forma que a tentativa de implementação da Reforma Gerencial Brasileira com a Emenda Constitucional n. 19 de 1998 apenas ampliou a possibilidade de acesso aos estrangeiros nas hipóteses permitidas por lei.

Assim, é com a constitucionalização-releitura que o princípio do Acesso aos Cargos e Empregos Públicos assume novas feições, ao decorrer de outros postulados fundamentais do Estado Brasileiro – o princípio da *participação política*, da *igualdade* e da *república* – e pretender realizar valores e bens tutelados pela ordem jurídico-constitucional no regime administrativo – o princípio da *impessoalidade, moralidade e eficiência*²⁵⁶.

²⁵² MENDONÇA, José Vicente Santos de. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; **Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Orgs.). *A Constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 709 e ss.

²⁵³ Meirelles, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 412.

²⁵⁴ BRASIL, Constituição do Império de 25 de Março de 1824. Artigo 179 XIV. “(...) XIV. Todo o cidadão pode ser admittido aos Cargos Públicos Civis, Políticos, ou Militares, sem outra differença, que não seja dos seus talentos, e virtudes”.

²⁵⁵ BRASIL, Constituição da República de 24 de fevereiro de 1891: “Art. 72. § 2º Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho. Art. 73. Os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sen do, porém, vedadas as acumulações remuneradas.”

²⁵⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 144.

Tal princípio impõe um requisito *subjetivo* – nacionalidade brasileira natural ou naturalizada – e um elemento *objetivo* – as imposições legais para exercício da função, emprego ou cargo público – que significa a vinculação no concurso público para restrição do acesso àqueles a obrigação imposta de forma geral e abstrata por lei.

Assim, vincula-se à *legalidade administrativa* que no âmbito de um Estado Federado significa que cabe a cada ente federado dentro de sua autonomia político-administrativa fixar os requisitos necessários para o acesso à função, emprego ou cargo público na sua atividade de organização do serviço público e do quadro funcional.

Todavia, a leitura do Princípio do Acesso aos Cargos e Empregos Públicos deve ser tida não apenas à *partir* da Constituição Federal de 1988, mas a luz daqueles bens e valores essenciais tutelados pela lei fundamental, de forma a se transformar em vetor de concretização dos direitos fundamentais e princípio democrático.

Isto porque, diante da transmutação do princípio da *legalidade restrita em juridicidade ampla*, com a superação da vinculação estrita a lei emanada segundo as prescrições legais para uma vinculação a toda ordem jurídica positiva²⁵⁷ os requisitos para acesso ao cargo e emprego público se ligam precipuamente à própria Constituição Federal.

Com a elevação da Constituição a parâmetro de validade formal e material de todos os atos e normas que compõem o ordenamento jurídico, a legalidade passa a corresponder, em *primeiro grau*, à compatibilidade dos atos oriundos da Administração Pública com a carta magna e não com a lei ou com a espécie normativa próxima²⁵⁸.

Observa-se, portanto, uma vinculação direta e imediata da atividade administrativa à Constituição independente da conformação legislativa, sem que resulte na exclusão como parâmetro de validade da atividade administrativa a regulamentação dada pelo legislador ordinário através da lei ou das demais espécies normativas adequadas²⁵⁹.

²⁵⁷ Sob a nova configuração dos princípios administrativos constitucionais no Estado Democrático de Direito com epicentro em uma Constituição Garantista vide: MOURA, Emerson Affonso da Costa. **A Constitucionalização do Direito Administrativo e o Regime Jurídico Administrativo: Legitimidade, Neutralidade, Ética, Transparência e Efetividade na Administração Pública**. Revista IOB de Direito Administrativo, v. 87, p. 100-127, 2013.

²⁵⁸ Isto representa a substituição do parâmetro de juridicidade, ou seja, da reserva vertical da lei pela reserva vertical da Constituição. Neste tocante, a introdução pela Emenda Constitucional n° 45 de 2004 do efeito vinculante de súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal para a Administração Pública, demonstra que a Constituição passa a ser o fundamento primeiro de validade da atividade administrativa, e não o último, verificada após a compatibilidade com o decreto, regulamento, portaria ou demais que o ensejou. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 836.

²⁵⁹ Corresponderia em último grau, a concessão ao agente administrativo de uma ampliação de sua margem de discricionariedade, de modo a ensejar sob a falsa alegação de aplicação da Constituição, uma burla a obrigatoriedade da lei, com fundamento em eventual desinteresse político na realização do interesse público nela colimado, afetando, por conseguinte a segurança jurídica, advinda do caráter geral, abstrato e obrigatório da lei,

Neste sentido, inexorável é a sua relação com o *princípio do concurso público*, de forma que o requisito primeiro para o acesso ao cargo ou emprego público é lograr aprovação prévia em concurso público de *provas* ou *provas e títulos*, que será definido de acordo com a natureza e complexidade do *munus publico*.

Por um lado, isto significa que pelo princípio do acesso cabe à lei definir os *requisitos* objetivos e subjetivos para os cargos, empregos e funções e não as *etapas* para os concursos públicos, a saber, a definição das exigências legais que deve o candidato preencher e ser apresentadas no momento do provimento e não durante o processo seletivo.

Por esta razão não cabe a utilização de investigação social como etapa de concurso público, uma vez que antes configuraria como requisito de acesso ao cargo ou emprego público, do que uma etapa ao qual o candidato deve lograr êxito para obter a sua respectiva investidura.

Por outro, isto importa que compete a lei definir aqueles *requisitos* não como espaço ilimitado de conformação legislativa, mas campo de concretização dos valores e bens constitucionais, de forma que a regulação por norma infraconstitucional deve atender aos próprios postulados do Estado de Direito.

Um dos postulados fundamentais das constitucionais modernas²⁶⁰ e dos diplomas internacionais²⁶¹ é a consagração do devido processo legal como direito fundamental, que passa a corresponder não apenas a observância formal dos procedimentos na edição das leis, mas a previsão de conteúdos minimamente exigidos nos atos públicos.

A aceção material ou substantiva do devido processo legal importa na garantia dos direitos fundamentais do cidadão, mediante a aferição não somente do procedimento, mas do próprio conteúdo dos atos estatais, em análise da sua legalidade, razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder.

Por efeito, demanda-se do ato do poder público, além da observância ao conteúdo da lei, sua aptidão de produzir o resultado almejado, sem a existência de outro menos meio gravoso

ao assegurar a previsibilidade das condutas e estabilidade das relações sociais. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 735.

²⁶⁰ Há sua previsão nas cartas liberais, como na Constituição Francesa de 1791, a Constituição dos Estados Unidos da América, através da sua sexta emenda em 1797, nas constituições sociais como a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1949, além das constituições pós-guerra, como a Constituição Portuguesa de 1976, Constituição Espanhola de 1978 e a Constituição Brasileira de 1988.

²⁶¹ Há referências na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e no Pacto de São José da Costa Rica, de 1969.

e mediante ponderação entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto²⁶².

Permite-se através do devido processo legal substancial, não apenas a análise da observância formal ou procedimental do ato à lei vigente, mas o exame do seu conteúdo, no respeito à razoabilidade (*reasonableness*) e racionalidade (*rationality*), que devem ser dotados os atos normativos e concretos dos poderes públicos²⁶³.

Assim, adere-se a doutrina que aponta que o estabelecimento de requisitos subjetivos injustificáveis pela natureza da função denotando mera discriminação – sexo e sexualidade, raça ou etnia e afins – viola o princípio do acesso ao cargo, emprego e função pública sendo restrição inconstitucional.²⁶⁴

No âmbito do Princípio do Acesso aos Cargos e Empregos Públicos significa que a exigência ainda que por lei de requisitos objetivos ou subjetivos deve observar o parâmetro de razoabilidade e racionalidade, de forma que se adéque formal e materialmente aos fins esperados do *munus* público.

Assim, exigências legais relativas ao cidadão para o cargo e emprego público que não guardem relação de congruência direta com as demandas da função pública ao qual o mesmo irá desenvolver serão tidas inconstitucionais por configurar restrição ilegal ao princípio mencionado.

De igual razão na aplicação do *Princípio do Concurso Público* não se configura um espaço ilimitado de escolha definitiva para eleição das etapas do certame na edição do edital, uma vez que assume dentro de uma perspectiva de *constitucionalização-releitura* uma afetação à concretização de outras normas constitucionais.

A doutrina tradicional sustenta que cabe à Administração Pública prescrever exigências quanto à capacidade física, moral, técnica, científica e profissional, que entender convenientes, como condições de eficiência, moralidade e aperfeiçoamento do serviço público dentro de sua esfera de competência²⁶⁵.

Porém, ao determinar a Constituição Federal que a investidura no cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de *provas* ou de *provas e títulos*, de

²⁶² MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 97.

²⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 214.

²⁶⁴ DALLARI, Adilson Abreu. **Regime Constitucional dos Servidores Públicos**. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 32.

²⁶⁵ Meirelles, Hely Lopes. Op. cit. p. 413-414.

acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, isto não significa um campo de liberdade administrativa plena.

Condiciona, portanto, o concurso público duas formas de avaliação: a realização de *provas*, ou seja, para aferir as condições técnicas do candidato através de exame escrito, oral, físico ou afins, bem como, se cabível, a verificação de *títulos*, a saber, a avaliação da formação, produção e experiência acadêmica, técnica e/ou profissional do candidato.

Entretanto, ainda que pudesse interpretar tal norma restritiva de direito de forma ampla, de maneira a sustentar uma margem livre da Administração Pública que permitiria outras formas avaliativas no concurso público – estágio experimental, entrevista, investigação social... – tem que se reavaliar a discricionariedade no Estado Constitucional de Direito.

A discricionariedade administrativa compreende o espaço de liberdade decisória concedida à Administração Pública na eleição entre os indiferentes jurídicos, inserto na esfera de atribuição concedida pela norma jurídica e de acordo com a formulação dos juízos de conveniência e oportunidade promovidos²⁶⁶.

Embora se adéqüe a necessária dinâmica da atividade administrativa, em um contexto de multiplicidade e complexidade das demandas sociais que escapa à previsibilidade do legislador, a existência de um campo de escolha na atuação administrativo não representa intangibilidade do seu mérito aos limites impostos pela ordem jurídica²⁶⁷.

Transmuta-se, portanto, a concepção da discricionariedade administrativa de uma ampla esfera de escolha na persecução do interesse público não sujeito a controle pelos poderes públicos a um campo de ponderações proporcionais e razoáveis entre os bens e interesses constitucionais²⁶⁸.

Isto envolve a submissão do espaço decisório ao feixe de princípios constitucionais, que passam a orientar os juízos de valoração do administrador pelos critérios de razoabilidade,

²⁶⁶ Nesta ordem, compreende o mérito administrativo os juízos formulados pela Administração Pública acerca da conveniência, oportunidade, equidade e demais critérios utilizados na decisão administrativa que são definitivos e inquestionáveis perante o poder Judiciário. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da Discricionariedade Administrativa**. São Paulo: Atlas, 1990. p. 92.

²⁶⁷ A liberdade administrativa conferida por uma norma de direito não significa liberdade de eleição entre indiferentes jurídicos, mas a providência do ato capaz de atingir a finalidade da lei que terá seu campo restrito as soluções *possíveis* de acordo com o caso concreto e *adequadas* conforme o dever de boa administração. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 44-48.

²⁶⁸ Neste tocante, cabe ao Poder Judiciário a correção da discricionariedade, apurando a sua conformidade com o Direito, a racionalidade do discurso que a legitima, o atendimento ao código dos valores dominantes e a proporcionalidade na correlação lógica entre motivos, meios e fins, de forma a preservar a escolha do meio menos gravoso e proporcional aos fins a serem alcançados. CUNHA, Rubem Dário Peregrino. **A juridicização da discricionariedade administrativa**. Salvador: Vercia, 2005. p. 168-172.

isonomia e demais, assegurando a congruência da decisão administrativa ao interesse legal e o impedimento de sua tradução em arbitrariedade²⁶⁹.

Por efeito, o estabelecimento de etapas além das previstas na Constituição Federal – como a investigação social – só poderia persistir dentro de um espaço legítimo da discricionariedade administrativa se fosse capaz de se sustentar perante os demais valores e bens constitucionais tutelados.

Porém, a investigação social é contrária ao *princípio do acesso ao cargo e emprego público*, que impõe o condicionamento a nacionalidade e os requisitos legais e ao *princípio concurso público*, que impõe etapas objetivas e necessárias do certame e como norma restritiva deve ser interpretada restritivamente.

Todavia, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apesar da ausência de previsão constitucional consagra a possibilidade da investigação social restringindo apenas a sua utilização em algumas situações de acordo, quando em conflito com a aplicação de outros princípios.

O tema será tratado a seguir.

IV. A INVESTIGAÇÃO SOCIAL E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A investigação social é etapa de certame não determinada na Constituição Federal, mas que tem sido prevista em edital de concurso público, como fase eliminatória, onde busca avaliar a boa conduta e capacidade moral do candidato quanto à sua aptidão para o exercício do cargo, emprego ou função pública.

No que tange a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal no período pesquisado²⁷⁰ esta tem admitido em seus julgados a legalidade e constitucionalidade da etapa

²⁶⁹ A compreensão do Direito como um sistema formado não apenas de regras, mas também por princípios de reconhecida normatividade e inquestionável força vinculante, impôs limitações ao espaço decisório discricionário que passou a ser considerado como um espaço sujeito a ponderação, reservado nos casos difíceis, a concorrência entre princípios. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 91.

²⁷⁰ Utiliza-se nesta pesquisa a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal no período de 1960 a 2015 que resultou em 21 acórdãos obtidos onde foi extraído 19 acórdãos sobre a matéria utilizando-se por parâmetros de pesquisa “investigação social” e “concurso público” no sítio eletrônico. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28investiga%E7%E3o+e+social+e+concurso+e+p%FAblico%29&pagina=1&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j9nsqok> Acesso em: 10.02.2016.

de investigação social, embora por vezes afaste em razão da violação a algum princípio constitucional.

Tal entendimento na Corte Constitucional não é recente. A sua jurisprudência já admitia o não cabimento de mandado de segurança além da obriedade de extinção do concurso público²⁷¹, por reconhecer que inexistia direito líquido e certo pela imposição de etapa de investigação social para verificar a exigência de “boa conduta” no certame.²⁷²

Claro que se inseria dentro de uma quadra histórica onde se considerava, por exemplo, que a falta de acesso as conclusões do parecer em investigação social impedia o controle e a verificação do abuso de poder, presumindo-se por suas razões verdadeira e válida a exclusão do candidato do certame.²⁷³

Nesta quadra, o Supremo Tribunal Federal afasta em alguns casos a análise da controvérsia sob o fundamento processual de ausência de prequestionamento do dispositivo constitucional violado e da inadmissibilidade em recurso extraordinário da análise das cláusulas do instrumento convocatório do concurso e dos fatos e das provas dos autos.²⁷⁴

Porém, não maioria das decisões, embora não explicitite o fundamento parece admitir esta etapa do certame, em razão do princípio da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa, tendo em certo julgado, exteriorizado que não cabe a Corte uma fazer a interpretação de cláusula do edital para excluir tal etapa do certame.²⁷⁵

Todavia, na maioria a Corte Constitucional adentra no mérito administrativo para anular decisão em concurso público que exclui candidatos na etapa de investigação social baseado apenas na existência de registro de infração penal que não resultou em condenação criminal transitada em julgada em razão do *princípio de presunção de inocência*²⁷⁶.

²⁷¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 79017 / RJ - RIO DE JANEIRO Julgamento: 29/10/1982 Órgão Julgador: Segunda Turma Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO

²⁷² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RMS 19105 / SP - SÃO PAULO Julgamento: 15/10/1968 Órgão Julgador: Primeira Turma Relator(a): Min. OSWALDO TRIGUEIRO

²⁷³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RMS 8733 / SP - SÃO PAULO Julgamento: 09/08/1961 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. ANTONIO VILLAS BOAS

²⁷⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 909023 AgR / SP. Julgamento: 22/09/2015. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. RE 260456 ED / MG - MINAS GERAIS. Julgamento: 29/10/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO

²⁷⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 794670 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO Julgamento: 18/03/2014 Órgão Julgador: Segunda Turma Relator(a): Min. GILMAR MENDES

²⁷⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 847535 AgR / SP Julgamento: 30/06/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. ARE 754528 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO Julgamento: 20/08/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma Relator(a): Min. ROSA WEBER ARE 713138 AgR / CE – CEARÁ Julgamento: 20/08/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma Relator(a): Min. ROSA WEBER AI 829186 AgR / CE – CEARÁ Julgamento: 23/04/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI RE 559135 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL Julgamento: 20/05/2008 Órgão Julgador: Primeira Turma Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Por efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não adentra no mérito da Administração Pública para verificar a inconstitucionalidade material da etapa por violação ao *princípio do acesso aos cargos e empregos públicos* pela ausência de restrição legal proporcional e ao *princípio do concurso público* que demanda etapas objetivas.

Todavia, se imiscui no âmbito da avaliação pela Administração Pública da etapa de investigação social, fazendo o controle sobre o conteúdo das decisões no concurso público, o que entra em contradição com a sua própria jurisprudência dominante de não se imiscuir para rever critérios de correção e de avaliação impostos pela banca examinadora.²⁷⁷

Há falta de congruência com outras decisões da própria corte, que afirmam uma vez que a investigação social seria realizada por agentes públicos e traduzida em ato administrativo o ato seria eivado de presunção de legitimidade e legalidade cabendo a necessidade do candidato comprovar que os fatos apurados na investigação social não são verdadeiros e, portanto, sustentar a anulação do ato pela sua ilegalidade.²⁷⁸

In casu, nas questões onde adentra o mérito não há comprovação do candidato de fatos distintos ao da investigação social, mas valoração pelo próprio Supremo Tribunal Federal do que seria ou não conduta moral inadequada, sob o argumento da violação ao *princípio da presunção de inocência*.

Tal entendimento é tão firme na Corte Constitucional que há decisões, inclusive, que punem a interposição de agravo para recorrer dele, sob o fundamento que diante da inexistência de razões novas e da jurisprudência sobre a matéria já estar assentada trata-se de litigância de má-fé cabendo a imposição de multa.²⁷⁹

Ao conceito de princípio da presunção de não culpabilidade dá se ampla interpretação para abranger desde a *existência de termo circunstanciado* cujo crime já está com a punibilidade extinta até a *previsão do registro do nome em cadastro de restrição ao crédito*, que geraria a anulação do ato sem importar violação ao Princípio da Separação dos Poderes.²⁸⁰

Incluir, também, a corte constitucional que a *sentença penal extintiva de punibilidade* não pode excluir o candidato do concurso público, de forma que a sua utilização no certame

²⁷⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 632853 / CE Julgamento: 23/04/2015 Relator(a): Min. GILMAR MENDES.

²⁷⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 782648 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO. Julgamento: 06/05/2014 Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator(a): Min. LUIZ FUX

²⁷⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI 273791 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL Julgamento: 16/08/2005 Órgão Julgador: Primeira Turma Relator(a): Min. CEZAR PELUSO

²⁸⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 700066 AgR / DF Julgamento: 24/06/2014 Órgão Julgador: Primeira Turma Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO

para reprova-lo na investigação social, também vulneraria a presunção de inocência que de relativa foi confirmada absoluta.²⁸¹

Admite, portanto, que não viola o princípio da separação dos poderes o controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos, incluídos aqueles praticados durante a realização de concurso público, para adentrar na decisão administrativa relativa ao conteúdo da investigação social²⁸², mas não sobre a validade da etapa em si.

Quando o faz ignora a aplicação dos demais princípios constitucionais que orientam não apenas o concurso público, mas também, o processo administrativo, pois enquanto espécie se sujeita ao enfeixe de direitos e garantias decorrentes da cláusula do *due process of law* tanto em seu aspecto formal, quanto formal.

Se por um lado, abrange a forma com dever de observância ao procedimento legal prescrito, no caso, reitera-se o dever de concurso público de provas ou de provas e títulos somente, por outro, no campo material significa o dever de concretização dos bens e valores constitucionais afetos.

Consagra-se assim a cláusula do *due process of law* mediante a garantia de inúmeros princípios – *legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência* – que enfeixam no que pode-se chamar um princípio do devido processo administrativo.²⁸³

No âmbito do concurso público impõe que a atuação administrativa, ocorra mediante a instauração de um procedimento formal, não sujeito ao empirismo, improvisação e desvio, mas capaz de garantir a previsibilidade e a racionalidade das decisões tomadas²⁸⁴, a saber, garantindo a legitimidade da escolha e o controle dos resultados.

Porém, demanda que sejam garantidos todos os instrumentos ao administrado para a proteção de seus direitos fundamentais, que vão além da previsão apenas contraditório e ampla defesa na etapa de investigação social, mas abrange o dever de razoabilidade, proporcionalidade e isonomia.

²⁸¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 450971 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL Julgamento: 01/02/2011 Órgão Julgador: Primeira Turma Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

²⁸² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 753331 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO. Julgamento: 17/09/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI.

²⁸³ Sobre o tema, vide: MOURA, Emerson Affonso da Costa.; MARANHÃO, J. C. . **O Princípio do Devido Processo Legal e as Prerrogativas da Administração Pública: A Garantia do Processo Administrativo Formal e Substancial na Demissão do Servidor Público**. Revista Síntese Direito Administrativo, v. 10, p. 29, 2015.

²⁸⁴ DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo - normas gerais**. In DALLARI, Abreu Adilson. NASCIMENTO, Carlos Valder do. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Tratado de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 518.

Excepcionalmente houve no Supremo Tribunal Federal o controle judicial da discricionariedade administrativa baseada no confronto da investigação social com os princípios da *razoabilidade*, princípio da *proporcionalidade* e o princípio da *isonomia* mantendo a anulação da decisão administrativa.²⁸⁵

Porém, a Corte Constitucional reiterou em julgamentos de ações que versavam sobre a inconstitucionalidade de norma que dispensava candidatos que já integravam o quadro funcional da Administração Pública de se sujeitar à investigação social em determinados certames²⁸⁶, que a não aplicação violava o *princípio da isonomia*.²⁸⁷

Se reafirma a inconstitucionalidade do exame de investigação social, pois em seu juízo de *isonomia* significa tratamento discriminatório inconstitucional, pois não presente na norma constitucional²⁸⁸, no juízo de *proporcionalidade*, falta de *necessidade*, pois sua conduta compatível pode e será aferida durante o estágio probatório.

Ademais, no juízo de *razoabilidade* aparenta claramente a eleição de critérios inaceitáveis de avaliação do candidato, pois os instrumentos de investigação social (consultas a registros criminais, depoimentos de pessoas do círculo social...) não necessariamente comprovam a *existente e atual* “boa” conduta social do sujeito.

Conduta moral adequada é conceito jurídico indeterminado cuja ausência de parâmetros normativos gera tanto no âmbito da discricionariedade administrativa quanto no controle judicial uma margem de subjetividade que abre espaço para arbitrariedade e exercício de juízos morais individuais sob a alegação de uma moralidade administrativa²⁸⁹.

²⁸⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ARE 699911 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO. Relator(a): Julgamento: 11/09/2012 Órgão Julgador: Segunda Turma. Min. CÁRMEN LÚCIA**

²⁸⁶ RIO DE JANEIRO, LEI Nº 699, DE 14.12.1983 Art. 10"§ 6º - Os candidatos integrantes do Quadro Permanente da Polícia Civil do Estado ficam dispensados da prova de capacitação física e de investigação social a que se referem o inciso, I, "in fine", deste artigo, e o § 2º, "in fine", do artigo 11"

²⁸⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 1072 / RJ - RIO DE JANEIRO Julgamento: 06/02/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES. ADI 1072 MC / RJ - RIO DE JANEIRO Julgamento: 29/09/1994 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES

²⁸⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de Outubro de 1988. Art. 37 II. 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;

²⁸⁹ Exemplo disto é julgamento do Superior Tribunal de Justiça de Mandado de Segurança onde candidata a policial militar foi considerada inapta por ter relacionamento afetivo com preso e, portanto, ser considerada pessoa tida de má índole. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 45229 RO. Segundo voto da corte: “*Não é social e moralmente aceitável que um candidato a Policial Militar ingresse na instituição com vida pregressa ou atual em desalinho com os preceitos da ética e da moral que norteiam a Corporação. Não pode prosperar no serviço policial militar a máxima de que o "amor não escolhe cara" porque o Estado e a sociedade, por imposição de suas leis e convenções, procuram em seus mais destacados membros, os de postura alva e de moral impoluta, qualidades essenciais para os integrantes da Polícia Militar.*”

Em um contexto já apresentado, de persistência do autoritarismo, patrimonialismo e nepotismo na Administração Pública a presença de tal etapa abre espaço para desvirtuar a própria *mens legis* do concurso público que é escolher o candidato mais apto para prestar o serviço público, a partir de elementos objetivos e controláveis racionalmente, a saber, prova e título para excluí-lo por critérios subjetivos, nem sempre sujeitos a controle.

Neste tocante, a aptidão tem que ser tida no concurso público a partir da *objetividade absoluta*, sendo vedada, por exemplo, aplicação de exames psicotécnicos que visam identificar o perfil psicológico dos candidatos destinados a excluir liminarmente candidatos que não se enquadrem em pretense perfil psicológico e desvirtuar a objetividades²⁹⁰.

Tal qual além do exame psicotécnico a análise da conduta progressa é ilegal para gerar a reprovação de candidatos aprovados em concurso público com base em requisitos subjetivos²⁹¹, qualquer etapa eliminatória a partir de juízo subjetivo realizado em investigação social se demonstra inconstitucional.

V. CONCLUSÃO

A tentativa de formação de um corpo de agentes públicos profissionalizados, mediante um processo seletivo isonômico, controle dos procedimentos e responsabilização por seus atos, capaz de ser alheio às pressões e influências político-partidárias dos caracteres perniciosos da corrupção brasileira não foi completamente realizado.

As reformas administrativas de implementação de um Estado Burocrático-Racional e do Estado Gerencial Brasileiro ignorou um aspecto típico da estrutura institucional no Brasil, a interpenetração entre a burocracia e as relações sociais de parentesco, amizade, apadrinhamento e suborno.

O patrimonialismo nos adverte a doutrina permanece atuante embaixo de uma ordem burocrática-racional na Administração Pública e se desenvolvendo no quadro administrativo como resquício do caráter político assumido pela economia colonial, mascarando a herança que permanece nas instituições político-administrativa.²⁹²

Não se tem, portanto, a pretensão de considerar que o concurso público seja um instrumento capaz de elidir os problemas de patrimonialismo, nepotismo e autoritarismo na

²⁹⁰ Mello, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 286.

²⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 413.

²⁹² FAORO, Raymundo. **A Aventura Liberal numa Ordem Patrimonialista** in: Revista da USP. São Paulo, n. 17, p. 16, mar/abr/mai 1993.

Administração Pública, mas ressaltar a sua importância como elemento que traz isonomia no acesso, impessoalidade na eleição e pluralidade na formação da burocracia brasileiro.

Por esta razão, com a ascensão do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 impôs critérios e requisitos tanto para o acesso quanto para a investidura em cargos e empregos públicos, capazes de garantir racionalidade e objetividade na seleção dos agentes da Administração Pública.

A adoção de hermenêutica jurídica que dilate as restrições e critérios constitucionais que permita a utilização de critérios subjetivos no processo seletivo é ignorar a realidade político-administrativa das instituições subjacente e as finalidades buscadas pelo constituinte para evitar com critérios subjetivos eleições pessoais dentro de um processo público.

O exame de investigação social se demonstra etapa subjetiva inconstitucional por violar o princípio do acesso ao cargo e emprego público e o princípio do concurso público ao corresponder a discriminação inconstitucional, desproporcional e irrazoável, que atenta contra a isonomia, impessoalidade e moralidade almejada pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ABREU, J. Capistrano de. **Capítulos de História Colonial: 1500-1800**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1998.

AMARAL, Azevedo. **O Estado Autoritário e a Realidade Nacional**. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1938.

AVELLAR, Hélio de Alcântara. **História Administrativa do Brasil**. Vol. 5. Brasília: DASP, 1970.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do Estado Patrimonial ao Gerencial** in: Pinheiro, Wilhelm e Sachs (orgs.), **Brasil: Um Século de Transformações**. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. **A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos**. Revista Eletrônica sob a Reforma do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, março/abril/maio 2008.

BOMFIM, Manoel. **A América Latina: Males de Origem**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CUNHA, Rubem Dário Peregrino. **A juridicização da discricionariedade administrativa**. Salvador: Vercia, 2005.

DALLARI, Adilson Abreu. **Regime Constitucional dos Servidores Públicos**. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **Processo Administrativo - normas gerais**. In DALLARI, Abreu Adilson. NASCIMENTO, Carlos Valder do. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3 ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001.

_____. **A Aventura Liberal numa Ordem Patrimonialista** in: *Revista da USP*. São Paulo, n. 17, mar/abr/mai 1993.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed rev. Ampla e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. prefácio de Antônio Cândido. 17. ed. Rio de Janeiro: Olympio. 1984.

LIMA JUNIOR, Olavo Brasil. **As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos**. *Revista de Serviço Público*. Ano 49. N. 2. Abr-Jun 2008.

MARCELINO, Gileno Fernandes. **Administração pública brasileira: evolução, situação atual e perspectivas futuras**. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 117, n2, set./dez. 1998.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; **Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Orgs.). *A Constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. **Um Fundamento do Regime Administrativo: O Princípio da Prossecução do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

_____. **A Constitucionalização do Direito Administrativo e o Regime Jurídico Administrativo: Legitimidade, Neutralidade, Ética, Transparência e Efetividade na Administração Pública.** Revista IOB de Direito Administrativo, v. 87.

_____; MARANHÃO, J. C. **O Princípio do Devido Processo Legal e as Prerrogativas da Administração Pública: A Garantia do Processo Administrativo Formal e Substancial na Demissão do Servidor Público.** Revista Síntese Direito Administrativo, v. 10, 2015.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** Coimbra: Almedina, 2003.

PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da Discricionariedade Administrativa.** São Paulo: Atlas, 1990.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: A Formação e o Sentido do Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 178.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos.** São Paulo: Saraiva, 1999.

SALDANHA, Nelson Nogueira. **História das Idéias Políticas no Brasil.** Brasília: Senado Federal, 2001.

TÁCITO, Caio. **A Reforma do Estado e a Modernidade Administrativa** in Revista de Direito Administrativo. 215. Jan/mar 1999.

VIANNA, Hélio. **História do Brasil: Período Colonial, Monarquia e República.** 12ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1975.

WAHRLICH, Beatriz. **A Reforma Administrativa da Era de Vargas.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 1983.