



PARECER Nº: 15.941

PROCESSO Nº: 1080.01.0000227/2017-25

PROCEDÊNCIA: Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais

INTERESSADO: Procuradoria Administrativa e de Pessoal da Advocacia-Geral do Estado

DATA: 08/01/2018

CLASSIFICAÇÃO CONCURSO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. PRINCÍPIO DA TEMÁTICA: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NJO PA 05/2015

ASSUNTO: CONCURSO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NJO PA 05/2015

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. DISPENSA DE INTERPOSIÇÃO DE RESP E RE QUE SUSTENTEM A TESE DE POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE CANDIDATO EM CONCURSO PÚBLICO, NA FASE DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL, SEM QUE HAJA O TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. OBSERVÂNCIA DA JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA E CONSOLIDADA NO STF E STJ. MANUTENÇÃO DA NJO PA 05/2015.

Manutenção da NOJ nº 05/2015, tal qual vem sendo aplicada, por permanecerem as premissas que embasaram a sua elaboração.

Os efeitos da decisão do HC 126292/SP não interferem na jurisprudência dominante do STF e do STJ no que toca a vedação de eliminação de candidato de concurso público, na fase de investigação criminal, enquanto não houver trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Isso porque o HC paradigmático refere-se especificamente à execução de pena privativa de liberdade, não podendo lhe ser conferida interpretação extensiva a fim de legitimar a exclusão de candidato em concurso público por ter condenação criminal sem trânsito em julgado.

Ressalva apenas quanto ao possível interesse recursal quando a defesa da legalidade do ato de exclusão do candidato em concurso público basear-se no entendimento de que não se aplica aos cargos cujos ocupantes agem *stricto sensu* em nome do Estado o entendimento do STJ de que o candidato não pode ser eliminado de concurso público, na fase de investigação social, em virtude da existência de termo circunstanciado, inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado ou extinta pela prescrição da pretensão punitiva.

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de encaminhamento pela Procuradoria Administrativa e de Pessoal da Advocacia-Geral do Estado (PA/AGE) à Consultoria Jurídica (CJ/AGE) do MEMO nº 361 PA/AGE, por meio do qual submete-se a análise desta Consultoria a nota jurídica orientadora NOJ PA n. 05/2015, sendo hoje aplicada na PA em seus exatos termos, no tocante a questão da "eliminação de candidato em concurso público em decorrência da fase de investigação social em concurso público da SEDS" e autorização de dispensa da interposição de recurso especial e recurso extraordinário.
2. Após estudo realizado naquela Procuradoria especializada conclui-se que não se deve alargar a abrangência da NOJ PA nº 05/2015, neste momento, para apelação nem tampouco para o recurso inominado. Por outro lado sugeriu-se a submissão da temática à CJ "*para estabelecimento de diretrizes para o caso concreto, em especial a aplicabilidade da NOJ PA n. 05/15, apreciação dos efeitos da decisão do HC 126.292 em casos de investigação social (e também na hipótese prevista na Súmula Administrativa n. 23). Considera-se a da confirmação da condenação em segundo grau ocorrer antes ou depois o ajuizamento de ação questionando exclusão de candidato em virtude de investigação social*".
3. Objetivamente pretende-se neste parecer apreciar "*a eventual interferência da decisão do STF no HC 126. 292 no caso em exame, ou seja, se é conveniente e oportuna a adoção da tese de que a partir da confirmação da sentença penal condenatória por Tribunal, não prevalece a presunção de inocência, sendo legítima a exclusão de candidatos na investigação também por este fundamento específico (sem*

prejuízo da defesa da tese acolhida em alguns julgados do TJMG, no sentido de que a investigação social não se restringe à apuração de ilícitos penais com condenação finda.)"

4. É o relatório.

II. PARECER

II.1 Motivação da NJO 5/15

5. A Nota Jurídica Orientadora n. 05/2015, datada de 18 de novembro de 2015, teve por escopo as crescentes e constantes ações judiciais em desfavor do Estado em que a parte autora requer a anulação do ato administrativo que exclui o candidato de concursos públicos realizados pela SEDS, na fase de investigação social, por ato a ele imputado, mas sem o devido trânsito em julgado de sentença penal condenatória.
6. À época constatou-se conveniente aprovar a dispensa genérica de REsp e RE em função de colisão frontal da tese sustentada pelo Estado e a jurisprudência dominante no STF, STJ e no TJMG, além da impossibilidade de reexame de matéria fático-probatória nos recursos extraordinários, o que reduz ainda mais as chances de êxito do ente estatal.
7. Razão pela qual, por ato do Procurador-Chefe, os Procuradores do Estado ficaram dispensados da apresentação do recurso extraordinário e recurso especial das decisões contra a Fazenda Pública em ações que discutem a legalidade da eliminação da parte autora em decorrência da fase de investigação social em concurso público da SEDS, sem que haja trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

II.2 Da jurisprudência pacificada e consolidada nos tribunais superiores e advocacia pública inteligente

8. Partimos da premissa de que a compreensão e a aplicação do Direito Processual transformaram-se profundamente a partir da segunda metade do século XX ao estabelecer uma nova metodologia jurídica ao pensamento contemporâneo.
9. Como adverte Fredie Didier Jr. (DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 19 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017, v.1, p. 47) isso não significa que devam ser desprezadas as "velhas" construções da ciência jurídica, tão ou mais imprescindíveis para a correta compreensão do fenômeno processual. Os institutos da Teoria Geral do Direito, a História do Direito e do pensamento jurídico, tradicionais objetos das investigações científicas, não podem ser ignorados, pois a Teoria Geral do Processo é composta exatamente desses conceitos jurídicos fundamentais. O que se pretende é realçar a necessidade de um *aggiornamento*^[1] do repertório teórico do operador do Direito.
10. Significa que aplicação do Direito Processual Civil passa a ser guiado por quatro pilares importantes do pensamento jurídico contemporâneo, influenciados pelo neoconstitucionalismo: a) reconhecimento da força normativa da Constituição; b) desenvolvimento da teoria de princípios, de modo a reconhecer-lhes eficácia normativa; c) transformação da hermenêutica jurídica, como reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional; d) expansão e consagração dos direitos fundamentais. (DIDIER Jr., Fredie, op. cit., p. 48 e 49)
11. E nessa sistemática também insurge novos tempos para a Advocacia Pública, atenta aos precedentes, jurisprudência e súmulas dos Tribunais, em especial dos Tribunais Superiores e do STF, consciente de seu grandioso papel enquanto função essencial à justiça na defesa dos interesses públicos dos entes federados, que não se apequena a mera reprodutora em massa de recursos cuja viabilidade jurídica, senão reduzida, chega a ser inócua e contrária aos novos princípios processuais, tais como a cooperação processual e a boa-fé entre as partes.
12. O CPC/15 na tentativa de reduzir a litigiosidade, torna mais caro o processo quando há condenação por instância recursal e adota vários mecanismos de sistematização de entendimentos no intuito de privilegiar a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. O que exige do Procurador do Estado uma atuação bem mais estratégica, em engendrar esforços em novas teses e peças relevantes, pautada ainda na uniformidade de entendimento entre as unidades da AGE, ao invés de permanecer obrigado a recorrer em casos fadados ao fracasso.
13. Aliás, nesse sentido é a OS PA n. 40, de 09 de agosto de 2017, a qual a fim de racionalizar o serviço na PA designou Procuradores para a análise das Notas Jurídicas Orientadoras, sua transformação em Orientações para o Contencioso e confecção de contestações padrão.
14. Também é esta a postura adotada no âmbito da AGU, com fundamento na Lei Complementar nº 73/93 que permite a edição de instruções normativas para orientar a atuação dos órgãos institucionais, bem como a dispensa de recursos nos casos em que exista jurisprudência consolidada nos tribunais superiores, a fim de garantir a uniformidade de entendimento e a racionalização da advocacia pública.
15. É, pois, nesta lógica, que examinamos o NJO nº 5/15, a fim de verificar sua

conformação ou não com a jurisprudência consolidada e dominante nos Tribunais. E, a partir da promoção que consta do expediente, estabelecer diretrizes de sua aplicabilidade nos casos concretos que possam surgir no contencioso.

16. Ainda, para melhor compreensão deste parecer, insta diferenciar os termos precedente, jurisprudência e súmula. Entendemos que o primeiro tem origem em um caso concreto, surge a partir da escolha pelo juiz de uma norma jurídica geral e hipotética que será aplicável ao caso. Assim, dizer que há um precedente do juízo ou Tribunal é dizer que já houve uma decisão “X” num caso semelhante. Lembrando que o precedente possui dois efeitos: o persuasivo e o obrigatório. O primeiro é o efeito retórico e o segundo o efeito vinculante. De maneira que todo precedente é persuasivo, mas nem todo precedente é obrigatório (o art. 927, CPC traz o rol dos precedentes obrigatórios). Ademais, a norma do precedente é o que constitui a *ratio decidendi*, isto é, o fundamento normativo da decisão.
17. Quando, no entanto, a *ratio decidendi* começa a ser aplicada reiteradamente, em diversos casos, temos a formação da jurisprudência. É dizer, a jurisprudência é a aplicação reiterada de um precedente, que se torna dominante quando passa a prevalecer em um tribunal.
18. E quando este enunciado da *ratio decidendi* do precedente passa a ser aplicada de forma reiterada no tribunal, é possível que seja construído no Tribunal o texto de uma súmula.
19. Posto isto, verifica-se que a questão que envolve a exclusão de candidato em concurso público, na fase de investigação social, sem que haja condenação criminal transitada em julgada é rechaçada na jurisprudência do STF e do STJ. Não há súmula neste sentido, mas diversos precedentes que consolidam a jurisprudência sobre o tema.
20. Basta uma pesquisa no site do STJ, pesquisa rápida no link “Jurisprudência do STJ”/“Pesquisa pronta” para constatar os 43 acórdãos sob a temática: “Inquérito policial ou processo penal em curso como possível causa de impedimento a nomeação para cargo ou emprego público ou para participação em concurso público”.
21. Onde se apresenta a “**Jurisprudência em Tese**” do STJ, no seguinte sentido:

“13) O CANDIDATO NÃO PODE SER ELIMINADO DE CONCURSO PÚBLICO, NA FASE DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL, EM VIRTUDE DA EXISTÊNCIA DE TERMO CIRCUNSTANCIADO, INQUÉRITO POLICIAL OU AÇÃO PENAL SEM TRÂNSITO EM JULGADO OU EXTINTA PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.”

Acórdãos

[AgRg no RMS 039580/PE](#), Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Julgado em 11/02/2014, DJE 18/02/2014

[RMS 033183/RO](#), Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 12/11/2013, DJE 21/11/2013

[RMS 038870/MT](#), Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 06/08/2013, DJE 15/08/2013

[RMS 037964/CE](#), Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, Julgado em 23/10/2012, DJE 30/10/2012

[AgRg no REsp 1127505/DF](#), Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, Julgado em 22/02/2011, DJE 21/03/2011

[AgRg no REsp 1195587/DF](#), Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 21/10/2010, DJE 28/10/2010

[RMS 032657/RO](#), Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 05/10/2010, DJE 14/10/2010

[RMS 013546/MA](#), Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, Julgado em 10/11/2009, DJE 30/11/2009

Decisões Monocráticas

[AREsp 391819/MG](#), Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Julgado em 10/10/2013, Publicado em 23/10/2013

Veja também os periódicos (atualizados até a data de publicação):

[Informativo de Jurisprudência n. 0535, publicado em 12 de março de 2014.](#)

22. Em recentes julgados, **AREsp 1071931/MG** e no **REsp 1597088/PE**, o STJ corroborou os seus precedentes e, no mesmo sentido, entendeu violar o princípio da presunção de inocência o impedimento de participação ou registro de curso de formação ou reciclagem de vigilante, por ser sido verificada a existência de Inquérito ou Ação Penal não transitada em julgado. Assim, não havendo sentença condenatória transitada em julgado, o simples fato de existir um processo penal em andamento não pode ser considerado antecedente criminal, para o fim de impedir que o vigilante se matricule no curso de reciclagem, conforme restou decidido nas ementas abaixo transcritas:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO A INSCRIÇÃO DO IMPETRANTE EM CURSO DE RECICLAGEM DE VIGILANTE E POSTERIOR HOMOLOGAÇÃO DO REGISTRO DO CERTIFICADO. EXISTÊNCIA DE PROCESSO CRIMINAL QUE FOI ARQUIVADO POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO

INTERNO DA UNIÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. **A jurisprudência desta Corte Superior consolidou entendimento segundo o qual viola o princípio da presunção de inocência o impedimento de participação ou registro de curso de formação ou reciclagem de vigilante, por ter sido verificada a existência de Inquérito ou Ação Penal não transitada em julgado.** Precedentes: AgInt no REsp. 1.544.125/RS, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 30.5.2017; AgInt no AREsp. 962.253/MS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 2.5.2017.

2. Na hipótese dos autos, a parte autora teve indeferido o pedido de registro e validação do curso de reciclagem de vigilante por ter sido indiciado e denunciado por fatos em apuração no bojo dos autos do Inquérito Policial 364/2007 do Departamento de Policial Federal/Juiz de Fora/MG, cuja peça acusatória foi rejeitada por faltar justa causa para o manejo da Ação Penal, tendo sido determinado o arquivamento dos autos 2007.38.01.005748-0, que foi utilizado como fundamento para indeferimento do pedido formulado pelo autor junto ao DPF.

3. Veja-se que no caso em apreço o ora recorrido sequer figurou como réu, uma vez que a denúncia apresentada pelo órgão ministerial foi rejeitada por ausência de justa causa para a propositura da Ação Penal, não se mostrando razoável que seja impedido de registrar e validar o curso de reciclagem de vigilante a que submetido, tão somente por ter sido alvo de investigação em procedimento policial.

4. Agravo Interno da UNIÃO a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1071931/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 28/09/2017)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE CANDIDATO MATRICULAR-SE NO CURSO DE RECICLAGEM DE VIGILANTE. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA PELOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL E AMEAÇA NO ÂMBITO DOMÉSTICO. TRÂNSITO EM JULGADO.

A orientação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, não havendo sentença condenatória transitada em julgado, a existência de processo em andamento não pode ser considerada antecedente criminal a obstar a matrícula em curso de reciclagem para vigilante, em respeito ao Princípio da Presunção de Inocência.

Precedentes: AgRg no REsp 1.555.653/PE, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 15/2/2016; AgRg no AREsp 798.143/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27/11/2015; AgRg no REsp 1.477.288/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 14/10/2015, e REsp 1.241.482/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26/4/2011.

2. Contudo, neste caso específico, em que ocorreu o trânsito em julgado da sentença que o condenou pelo crime tipificado no art.

129, § 9º, do Código Penal Brasileiro, deve o recorrido ser impedido de exercer a profissão de vigilante, inclusive de inscrever-se no curso de formação, pois existentes antecedentes criminais que desabonam o exercício dessa profissão.

Recurso Especial provido. (REsp 1597088/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 12/09/2017)

23. Não é diferente o **posicionamento do STF**, como muito bem demonstrou o colega Dr. Alessandro Henrique Soares Castelo Branco, ao colacionar no estudo acerca da atual aplicação da NOJ 05/15 decisões recentes do STF que confirmam a jurisprudência dominante da Corte também no sentido de que viola o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a exclusão de candidato de concurso público que respondeu a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado de sentença condenatória. Confira: ARE 992230 AgR/SP – julgado em 19/06/17, DJe 01/08/2017; ARE 655179 AgR/PR – julgado em 28/10/016, DJe 18/11/16 e ARE 974489 AgR/RJ – julgado em 09/09/16, DJe 23/09/16.
24. Razão pela qual concluiu que todas as premissas adotadas quando da elaboração da Nota Jurídica Orientadora n. 05/15 persistem, de modo, a justificar a dispensa genérica de RE e REsp nos casos em que não há sentença penal condenatória transitada em julgado. Também opinou que, por ora, a NOJ n. 05/15 não seja estendida para recurso de Apelação e Recurso Inominado ante ao fato de encontrarmos na jurisprudência do STJ relativização dessa tese diante de casos concretos em que a gravidade das condutas imputadas ao candidato forem suficientes à sua exclusão à luz dos princípios da Administração Pública, em especial a moralidade administrativa (Precedente: RMS 35016/RS, julgado em 06/06/17, DJe 12/06/17).
25. Na jurisprudência do TJMG também encontramos vasta jurisprudência no sentido de que não é ilegal o ato de exclusão do candidato quando se verifica a falta de idoneidade moral ou conduta ilibada, porquanto existe previsão legal para a exigência da fase de investigação social e o ato administrativo está fundado no permissivo editalício, que não autoriza ingresso de candidato envolvido em fato suficiente para comprometer-lhe a moral ou o exercício profissional suficiente. Subsistindo nestes casos, amparo jurisprudencial, para discussão e, sendo caso, interposição de Apelação ou Recurso Inominado para a defesa da tese de legalidade do ato de exclusão do candidato na fase de investigação social.
26. Destarte, estamos de pleno acordo com o posicionamento ora adotado, de que a NOJ n. 05/15 deve ser mantida na sua integralidade, entretanto, não deve se alargar para dispensa de Apelação e Recurso Inominado, eis que neste grau recursal ainda há reexame fático-probatório e há exitosas chances de defesa da tese de que a investigação social não se restringe à apuração de ilícitos penais, devendo, pois, ser defendido o ato

administrativo que tem por escopo a preservação da moralidade administrativa e as exigências das funções atribuídas ao cargo, sobretudo na área de segurança pública. Diferentemente do que ocorre nos Recursos Extraordinários que, como sabido, apenas discutem matéria de direito.

27. Assim, havendo jurisprudência recente e dominante tanto do STF quanto do STJ que proíbem a eliminação de candidato, na fase de investigação social, em virtude da existência de termo circunstanciado, inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado ou extinta pela prescrição da pretensão punitiva, opinamos pela racionalização e eficiência da atuação dos Procuradores que se manteriam dispensados de interpor REsp e RE nestes casos de baixíssima chance de êxito e altíssima chance de condenação sucumbencial, que não se justifica pela simples tese de não violação ao princípio da presunção de inocência.

III.3) Interferência da decisão do STF no HC 126.292

28. Mas a questão que se coloca de forma mais profunda é avaliar se os efeitos da decisão do STF no HC 126.292, que permitiu a execução provisória da pena privativa de liberdade em já havendo condenação de segundo grau, não teriam o condão de modificar o entendimento acima exposto. Pois caso se entenda que sim, isto é, que a partir da confirmação da sentença penal condenatória na 2ª instância não mais prevalece a presunção de inocência, sendo, portanto, legítima, a eliminação do candidato por este fundamento, a NOJ n. 05/15 cai por terra e não mais se justifica a dispensa genérica de REsp e RE.

29. Passemos à análise do julgado paradigma HC 126.292, para posteriormente manifestarmos nossa opinião.

30. A posição que vigorou até 2009 no STF tinha por fundamento o princípio da presunção de inocência, também chamado de não culpabilidade, segundo o qual:

“Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

31. A leitura que se fazia deste dispositivo constitucional, também previsto em vários normativos internacionais aos quais o Brasil é signatário, como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948 e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, era de que em virtude da presunção de inocência o recurso interposto pela defesa contra a decisão condenatória era recebido em duplo efeito (devolutivo e suspensivo), ficando, portando, o acórdão de 2º sem produzir os seus efeitos.

32. Este era o entendimento adotado pelo STF desde o *leading case* HC 840878, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009.

33. Assim, o condenado até poderia aguardar o julgamento do REsp e do RE preso, mas em função de prisão preventiva (art. 312, CPP) e não em razão de execução provisória da pena.

34. Todavia, a posição atual do STF passou a admitir o início da execução da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em segunda instância, por entender que não há ofensa ao princípio da presunção de inocência.

35. Foi a tese prevalecente no HC 126292/SP, Rel. Min. Teori Zavaski, julgado em 17/02/2016, cuja ementa segue abaixo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado.

36. O Min. Teori Zavaski defendeu que, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em 2º grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque o recurso especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo (art. 637, CPP) e não se prestam a discutir provas e fatos.

37. Portanto, num necessário equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal, passou-se a admitir limites ao princípio da não culpabilidade, antes assegurado em grau absoluto.

38. A matéria foi rediscutida e confirmada na análise das medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade - **ADC 43 e 44 MC/DF**, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/acórdão Min. Edson Fachin, julgados em 05/10/2016, e no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (**ARE 964246**), com repercussão geral, julgado em 10/11/2016.

39. Ressalta-se que as ADC's 43 e 44 tinham por objeto o artigo 283, CPP, que assim dispõe:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

40. Assim, segundo o Conselho Federal da OAB, entidade de classe quem impetrou a ADC, a prisão por força de acórdão condenatório de 2º grau não se enquadra em nenhuma das hipóteses elencadas no art. 283, CPP, sendo, portanto, ilegal esta forma de prisão.
41. O pedido de declaração de constitucionalidade do art. 283, CPP, sob o argumento de que ele apenas permitiria a prisão do réu após o trânsito em julgado, não foi acolhido pelo STF. Entre outros argumentos, por maioria, prevaleceu o entendimento de que os arts. 995 e 1.029, § 5º, CPC preveem que, em regra, os recursos especial e extraordinário possuem efeito meramente devolutivo. E, apesar desta regra estar prevista no CPC ela também se aplica aos processos criminais, podendo a condenação criminal, esgotada as instâncias ordinárias, surtir o efeito imediato de encarceramento.
42. Votaram a favor da execução provisória da pena os Ministros: Teori Zavaski, Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Sendo que ficaram vencidos os Ministros: Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.
43. Já o Min. Dias Toffoli que no julgamento do HC 126292/SP havia votado pela possibilidade de execução provisória da pena, no julgamento das ADC's mudou parcialmente de posição passando a entender que a execução da pena fica suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF.
44. E, muito recentemente, conforme notícia constante do site do STF, datada de 27/12/17, o Min. Gilmar Mendes manteve o início de cumprimento de pena após condenação em 2ª instância no HC 151227, contudo, *"o ministro já manifestou sua tendência de acompanhar a posição explicitada pelo ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução provisória da pena deveria ficar suspensa se há pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Para fundamentar sua posição, o ministro Toffoli argumenta que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral, ao contrário do recurso especial (ao STJ), que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais."*^[2]
45. Por todo o exposto, entendemos que os efeitos da decisão do HC 126292/SP não interferem na jurisprudência dominante do STF e do STJ no que toca a vedação de eliminação de candidato de concurso público, na fase de investigação criminal, enquanto não houver trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Isso porque o HC paradigmático refere-se especificamente à execução de pena privativa de liberdade, não podendo lhe ser conferida interpretação extensiva a fim de legitimar a exclusão de candidato em concurso público por ter condenação criminal sem trânsito em julgado. A nosso ver, os fundamentos do HC 126292/SP não são consistentes para o manejo de Resp e RE que tenha por objeto a defesa da tese de que mesmo sem decisão transitada em julgado o candidato poderia ser excluído do concurso público. Este polêmico (e ainda incerto) julgado é bem específico para o caso execução provisória de pena privativa de liberdade, não se confundindo com requisitos para ingresso em cargos e empregos públicos. Assim, não tendo sido esta questão discutida no HC 126292/SP, entendemos que ainda prevalece no STF e no STJ a impossibilidade de exclusão do candidato em concurso público sem que haja trânsito em julgado da sentença penal condenatória.
46. Aliás, o STJ sequer admite a execução provisória de penas restritivas de direito antes do trânsito em julgado da condenação. Veja só:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL.

PROIBIÇÃO EXPRESSA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO STF. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido pela viabilidade da imediata execução da pena imposta ou confirmada pelos tribunais locais após esgotadas as respectivas jurisdições, não analisou tal possibilidade quanto às reprimendas restritivas de direitos.

2. Considerando a ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e o teor do art. 147 da LEP, não se afigura possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação.

3. Embargos de divergência rejeitados.

(EREsp 1619087/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2017, DJe 24/08/2017).

III.4) A tese da Lei Ficha Limpa (LC 135/10) e os cargos públicos ocupados por servidores que agem stricto sensu em nome do Estado.

47. Não obstante entendemos que a Súmula Administrativa AGE n. 23/14 e a NOJ n. 05/15 devam continuar a serem aplicadas, autorizando esta última apenas a dispensa de REsp e RE, é importante trazer ainda outras teses que podem ser utilizadas

pelos Procuradores ao sustentarem a legalidade do ato de exclusão do candidato em fase de investigação social em sede de contestação, Apelação, Recurso Inominado ou RMS. Não por aplicação analógica dos fundamentos do HC 126292/SP e sim pela referência da Lei Ficha Limpa (LC 135/10) e o precedente do STJ no RMS 043172/MT, abaixo transcrito.

48. A LC 135/10, mais conhecida como Lei Ficha Limpa, é um importante marco na história brasileira a fim de conferir maior eficácia possível ao art. 14, §9º, CF e proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício de mandatos eletivos, considerando, para tanto, a vida pregressa do candidato. Nesse diapasão, a LC 64/90 que regulamenta o art. 14, §9º, CF foi alterada para incluir novas hipóteses de inelegibilidades e passou a admitir expressamente como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados, quando proferidas por órgãos colegiados. Vejamos:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado **ou proferida por órgão judicial colegiado**, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;
2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;
3. contra o meio ambiente e a saúde pública;
4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;
5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;
6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;
7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;
8. de redução à condição análoga à de escravo;
9. contra a vida e a dignidade sexual; e
10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;

49. Portanto, o princípio da presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado, no caso a inelegibilidade.

50. Por este mesmo raciocínio é possível sustentar que se uma pessoa que já foi condenada em crimes graves elencados na LC 135/10 não está apta a exercer qualquer cargo eletivo, porque ela estaria apta a ingressar no serviço público para o desempenho de funções relacionadas a segurança pública, as quais exigem ainda mais a integridade e a moralidade do agente? E veja que o cargo eletivo é temporário, são mandatos, ao passo que o cargo público é permanente, caso não haja razões para exoneração ou demissão.

51. De maneira que, como encontramos em vários julgados do TJMG: "a idoneidade moral é requisito indispensável ao desempenho das funções de Agente de Segurança Penitenciário" (TJMG, Apelação Cível 1.0024.14.095914-9/001). Assim, "a investigação social não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto a infrações penais que eventualmente tenha praticado. Em precedente da 6ª Turma, o STJ decidiu que deve ser analisada a conduta moral e social no decorrer da vida, visando aferir o padrão de comportamento diante das normas exigidas ao candidato da carreira policial, em razão das peculiaridades do cargo que exigem retidão, lisura e probidade do agente público (STJ - 6ª Turma. RMS 24.287-RO).

52. Na Jurisprudência em Teses do STJ encontramos esta importante ressalva quanto aos ocupantes de cargos que agem *stricto sensu* em nome do Estado. Confira:

14) O entendimento de que o candidato não pode ser eliminado de concurso público, na fase de investigação social, em virtude da existência de termo circunstanciado, inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado ou extinta pela prescrição da pretensão punitiva não se aplica aos cargos cujos ocupantes agem stricto sensu em nome do Estado, como o de delegado de polícia.

Acórdãos

[RMS 043172/MT](#), Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 12/11/2013, DJE 22/11/2013

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PARA DELEGADO DE POLÍCIA. FASE DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL. CANDIDATA DENUNCIADA PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E DE CORRUPÇÃO ATIVA.

O Superior Tribunal de Justiça tem inúmeros precedentes no sentido de que o candidato indiciado em inquérito policial ou condenado em sentença penal sem trânsito em julgado não pode ser eliminado do concurso público com base nessas circunstâncias.

Essa jurisprudência pode justificar-se a respeito de cargos públicos de menor envergadura, vg., o de agente penitenciário, precisamente a situação examinada no precedente de que trata o RMS 32.657, RO, relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima (DJe, 14.10.2010).

Outra, no entanto, deve ser a solução quando se cuida daqueles cargos públicos

cujos ocupantes agem *stricto sensu* em nome do Estado, incluído nesse rol o cargo de Delegado de Polícia.

O acesso ao Cargo de Delegado de Polícia de alguém que responde ação penal pela prática dos crimes de formação de quadrilha e de corrupção ativa compromete uma das mais importantes instituições do Estado, e não pode ser tolerado.

Recurso ordinário desprovido.

53. Cabe, pois, a análise específica do caso concreto para verificar se a motivação da exclusão do candidato tenha sido por falta de idoneidade moral do candidato para ocupar o cargo que justifique o interesse recursal

III. CONCLUSÃO

54. Ante o exposto, opinamos pela manutenção da NOJ nº 05/2015, tal qual vem sendo aplicada, por permanecerem as premissas que embasaram a sua elaboração e, corroborando com o estudo realizado na PA, entendemos não ser o caso de, por ora, enquanto não houver mudança jurisprudencial que sustente o contrário, estender a dispensa para Apelação e Recurso Inominado. Contudo, a dispensa de REsp e RE se faz necessária, ante a medida contraproducente de se recorrer extraordinariamente em matérias que já tenham jurisprudência pacificada e consolidada nos Tribunais Superiores.
55. Entendemos ainda que os os efeitos da decisão do HC 126292/SP não interferem na jurisprudência dominante do STF e do STJ no que toca a vedação de eliminação de candidato de concurso público, na fase de investigação criminal, enquanto não houver trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Isso porque o HC paradigmático refere-se especificamente à execução de pena privativa de liberdade, não podendo lhe ser conferida interpretação extensiva a fim de legitimar a exclusão de candidato em concurso público por ter condenação criminal sem trânsito em julgado.
56. Por fim, apenas ressalva-se o possível interesse recursal quando a defesa da legalidade do ato de exclusão do candidato em concurso público basear-se no entendimento de que não se aplica aos cargos cujos ocupantes agem *stricto sensu* em nome do Estado, o entendimento do STJ de que o candidato não pode ser eliminado de concurso público, na fase de investigação social, em virtude da existência de termo circunstanciado, inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado ou extinta pela prescrição da pretensão punitiva.
57. À apreciação superior.

Belo Horizonte, 08 de janeiro de 2018.

RAFAELLA BARBOSA LEÃO

Procuradora do Estado

MASP 1.186.062-4 – OAB/MG 107.724

Aprovado em:

Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

Advogado-Geral do Estado

[1] Fredie Didier emprega muito bem a palavra italiana *aggiornamento* neste contexto, para traduzi-la como algo que exige “atualização”, “pôr em dia”. “Giorno”, em italiano, significa “dia”. Esclarece que o termo foi utilizado durante o Concílio Vaticano II e que o Papa João XXIII popularizou como expressão do desejo de que a Igreja Católica saísse atualizada do Concílio Vaticano II. E o termo se expandiu para além do discurso religioso e costuma ser utilizado sempre que se pretende fazer uma adequação de um conjunto de ideias a uma nova realidade.

[2] Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365791&caixaBusca=N>>



Documento assinado eletronicamente por **Rafaella Barbosa Leao, Servidor(a) Público(a)**, em 08/01/2018, às 15:56, conforme horário oficial de Brasília, com o emprego de certificado digital emitido no âmbito da ICP-Brasil, com fundamento no art. 6º, caput, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).

Nº de Série do Certificado: 72786093342364349423191045479923977838



Documento assinado eletronicamente por **Danilo Antonio de Souza Castro, Servidor(a) Público(a)**, em 08/01/2018, às 16:48, conforme horário oficial de Brasília, com o emprego de certificado digital emitido no âmbito da ICP-Brasil, com fundamento no art. 6º, caput, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).

Nº de Série do Certificado: 154125403465029785689481714169423024660



Documento assinado eletronicamente por **Sergio Pessoa de Paula Castro, Advogado Geral Adjunto**, em 08/01/2018, às 17:45, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

[http://sei.mg.gov.br/sei/controlador_externo.php?](http://sei.mg.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0)

[acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0](http://sei.mg.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **0158585** e o código CRC **1352E16F**.

Referência: Processo nº 1080.01.0000227/2017-25

SEI nº 0158585