



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA FACULDADE DE DIREITO
JOÃO DAVID DA SILVA FERREIRA**

**A fase da investigação social em concursos da área de segurança pública: uma análise
pautada em critérios objetivos**

**Juiz de Fora
2018**

João David da Silva Ferreira

**A fase da investigação social em concursos da área de segurança pública: uma análise
pautada em critérios objetivos**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel sob orientação
da Prof.(a) Aline Araújo Passos

Juiz de Fora
2018

FOLHA DE APROVAÇÃO

JOÃO DAVID DA SILVA FERREIRA

A fase da investigação social em concursos da área de segurança pública: uma análise pautada em critérios objetivos

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientadora: Profa. Dra. Aline Araújo Passos
Universidade Federal de Juiz de Fora

Profa. Dra. Mônica Barbosa dos Santos

Profa. Dra. Marcella Alves Mascarenhas Nardelli

PARECER DA BANCA

APROVADO REPROVADO

Juiz de Fora, 10 de Julho de 2018

Sumário

Resumo.....	06
Introdução.....	07
I) A chamada fase de investigação social em concursos públicos.....	09
II) A eliminação de candidatos motivada pelo envolvimento em ocorrências de natureza delitiva.....	12
III) Estabelecendo critérios razoáveis para uma avaliação justa na fase de investigação social.....	22
IV) Considerações finais.....	25
Referências.....	27

Dedico este trabalho à minha amada mãe e a tudo que se agregou à minha história de vida, cada lugar por onde passei, cada pessoa com quem convivi, cada obstáculo que superei, enfim, não tenho dúvidas que tudo foi importante para que essa conquista fosse possível.

Há dois tipos de sabedoria: a inferior e a superior. A sabedoria inferior é medida por quanto uma pessoa sabe e, a superior, pela consciência que ela tem do que não sabe. Os verdadeiros sábios são os mais convictos da sua ignorância. A sabedoria superior tolera, a inferior julga; a superior compreende, a inferior culpa; a superior perdoa, a inferior condena. (Augusto Cury)

Resumo

O presente trabalho tem por objeto a análise crítica da chamada fase de investigação social dos concursos públicos, especialmente aqueles voltados para carreiras da área de segurança pública. As principais questões a serem enfrentadas são a natureza e a razoabilidade dos requisitos objetivos e subjetivos que têm sido empregados para realização de tal etapa avaliativa nos certames. Valendo-se de análise detida do posicionamento jurisprudencial e doutrinário a respeito do tema, pondera-se a constitucionalidade dos critérios adotados quando da existência de infrações (apuradas em procedimento administrativo ou processo judicial com sentença condenatória ou não) na vida pregressa do candidato frente, principalmente, aos princípios da presunção de inocência e da limitação das penas.

Palavras-chave: Concurso Público; Investigação Social; Segurança Pública.

Abstract

The present study approaches the so-called "social research phase" of public tenders, focusing mainly on those specifically for careers public safety careers. The research problem lay on the nature and reasonableness of the objective and subjective criteria that have been used to carry this evaluative stage in the contests. Based on an analysis of the jurisprudential and doctrinal positions about the subject, we question the constitutionality of the criteria adopted when there are infractions (whether ascertained in a judicial process with condemnation or not) in the previous life of the candidate, mainly in relation to the principles of presumption of innocence and the prohibition of perpetual punishments.

Keywords: Public Tender; Social Research; Public Safety.

Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou um grande marco democrático no Estado brasileiro. Com a chamada “Constituição cidadã”, o patrimonialismo predominante na vida pública do país (Faoro, 2012) foi finalmente limitado por balizas de porte constitucional. Talvez um dos grandes exemplos deste avanço da democracia possa ser encontrado no art. 37 de nossa Carta Maior. Neste dispositivo encontra-se verdadeiro guia para o funcionamento da administração pública em pleno acordo com os pressupostos de um Estado Democrático de Direito. Não por acaso, é justamente no artigo 37 que se encontram assentados os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da publicidade. Não só em termos axiológicos, mas mesmo no pragmatismo do dia a dia da administração pública podemos verificar os efeitos deste novo paradigma de Direito Público, através, por exemplo da aplicação direta dos incisos I, II, III e IV do mencionado art. 37 na realização de concursos públicos para admissão no funcionalismo público, algo tão vivo na cultura brasileira das últimas décadas que faz com que a cada dia mais os certames se tornem alvo de ampla e ascendente concorrência.

Entretanto, os concursos públicos estão também na pauta do dia do judiciário, o que não pode ter outro significado senão a preocupação da sociedade brasileira em garantir que não só o funcionalismo público seja desenvolvido com observância aos mandamentos constitucionais, mas também que o acesso aos cargos do funcionalismo público seja preenchido segundo os princípios basilares de nosso ordenamento jurídico.

Assunto por vezes levado à apreciação judicial nesse sentido tem sido a isonomia nos concursos públicos, especialmente levando em conta o princípio da igualdade resguardado no caput do art. 5º da CRFB/88. Assim, previsões editalícias que visam restringir o acesso de candidatos que possuem tatuagens ou mesmo restrições baseadas na altura e idade tem sido alvo de acaloradas discussões, chegando mesmo ao Supremo Tribunal Federal¹.

O tema abordado neste trabalho guarda íntima relação com a problemática da isonomia, mas possui nuances mais complexas pois aqui o limite entre moralismo e moralidade não é tão claro, aos olhos de muitos, como no caso das tatuagens. Trata-se de um questionamento sobre a constitucionalidade dos critérios adotados na fase da chamada investigação social, muito comum nos concursos da área da segurança pública

¹ Pode-se mencionar decisão recente do plenário no Recurso Extraordinário 898450 de São Paulo sobre a questão das tatuagens e inclusive a súmula 683 do STF sobre a exigência de idade mínima.

ou das “carreiras de Estado” (magistratura, ministério público, etc). Na verdade, pergunta-se qual é de fato a definição desses critérios em face dos quais os avaliadores atestam a existência ou não de “conduta social compatível” com o cargo por meio de investigação sobre a vida pregressa do candidato.

Em análise mais detida, podemos perceber que a existência de antecedentes criminais tem sido constantemente utilizada para desclassificar os candidatos nesta fase do certame. A grande questão passa a ser, portanto, a definição destes antecedentes para a administração pública e até que ponto eles podem ter o condão de impedir o acesso a cargos do funcionalismo público sob argumentos de preservação da moralidade administrativa ou da exigência de qualidades específicas em certas carreiras, como as da segurança pública. É uma análise, em última instância, de um conflito duplo entre princípios: de um lado, a moralidade administrativa e a supremacia do interesse público, de outro, a limitação dos efeitos das penas e a presunção de inocência.

Justamente por isso a questão da fase da investigação social é mais complexa, pois exige uma ponderação que invade o domínio do Direito Penal e acaba por expor a forma como o Estado brasileiro lida com a finalidade ressocializadora da pena, aliás, como o Estado brasileiro lida com própria presunção de inocência para além do aparato policial e da justiça criminal. Nesse sentido, buscamos compreender qual é e qual deve ser a melhor forma de se estabelecer critérios objetivos para a avaliação da conduta social do candidato no que toca à existência de antecedentes criminais e até mesmo uma definição do que sejam estes antecedentes para fins de concurso público. Parece-nos que decisões recentes do Supremo Tribunal Federal podem ter dado passo decisivo para, na falta de lei específica, firmar um entendimento que seja capaz de resolver com base na proporcionalidade esta colisão principiológica.

Para enfrentar a questão, começaremos explicando o que é e como funciona a fase da investigação social nos concursos, trazendo à baila exemplos reais. Em seguida, buscaremos compreender o que pode ou não ser considerado na seara delitiva de forma suficiente a caracterizar uma conduta social incompatível do candidato, enumerando situações concretas em que o judiciário já foi chamado a se pronunciar. Passando adiante, partindo dos casos concretos narrados, apontaremos como os princípios da supremacia do interesse público e da moralidade administrativa entram em choque com os princípios da limitação das penas e da presunção de inocência na análise da “conduta social” dos candidatos às carreiras da segurança pública. Finalmente, lançando mão de precedente aberto pela brilhante e recente decisão do Ministro Roberto Barroso no

Recurso Extraordinário 560.900 do Distrito Federal, tentaremos contribuir para o debate vislumbrando possíveis critérios objetivos, de acordo com o espírito de nossa Constituição, para possibilitar uma correta harmonização entre os princípios colidentes no caso concreto. Ao fim, as considerações finais resumem a discussão, enfatizando as soluções possíveis.

I) A chamada fase de investigação social em concursos públicos

Sabe-se que com o advento da CRFB/88 a prévia aprovação em concurso público passou a ser condição obrigatória para o ingresso em cargos ou empregos na Administração Pública Direta e Indireta, “inclusive para pessoas jurídicas de direito privado que fazem parte da Administração Indireta” (ALEXANDRINO; PAULO, 2009). Assim estabelece o artigo 37:

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

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

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

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira [...]. (BRASIL, 1988)

A expressão “de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego” utilizada pelo constituinte torna-se então um dos fundamentos jurídicos para o estabelecimento de procedimentos e critérios específicos em diferentes certames, valorizando esta ou aquela capacidade do candidato, variando de acordo com tipo de serviço que deve ser desempenhado na função pública em concurso. Aliás, com a Emenda Constitucional nº 19 de 1998, a própria CRFB/88, no seu art. 39, §3º, passou a estabelecer a possibilidade de requisitos diferenciados para a investidura em determinados cargos públicos. Vejamos:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública

[...] § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, **podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.** (BRASIL, 1988 – grifo nosso).

A natureza dos cargos tem sido um dos principais argumentos dos tribunais superiores para admitir que nos cargos de natureza militar ou policial, por exemplo, sejam admitidas exigências como de altura mínima, idade máxima, certas capacidades físicas (testes de corrida, força, etc). A única condição para que esses requisitos possam ser estipulados, em atenção ao princípio da legalidade, é a previsão em lei e no edital do concurso público, previamente publicados.

No julgamento de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 505.654/DF, o Ministro Marco Aurélio confirmou a constitucionalidade de tais exigências, entretanto, salientou que elas não são cabíveis para todos os cargos pois, segundo ele, “Caso a caso, há de perquirir-se a sintonia da exigência, no que implica fator de tratamento diferenciado, com a função a ser exercida”. Assim, na opinião de Marco Aurélio não seria” constitucional “a exigência de prova física desproporcional à cabível habilitação aos cargos de escrivão, papiloscopista, perito criminal e perito médico-legista de Polícia Civil.”

Além destes fundamentos, a chamada fase da investigação social ou sindicância da vida pregressa se arrima no princípio da moralidade administrativa e da supremacia do interesse público. Estes dois fundamentos serão analisados mais à frente. Neste momento, vamos nos limitar a explicar que esta etapa avaliativa nos concursos públicos consiste, em geral, na verificação da existência de práticas delituosas do candidato, entretanto não se restringe apenas a isto, podendo ainda ser realizada uma “análise das condutas morais e sociais no decorrer de sua vida.” (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília de 2012). Conforme se verá, até mesmo demissões com justa causa na seara trabalhista e “prática de atos atentatórios à moral e aos bons costumes” podem ser fatores considerados para a eliminação dos candidatos.

O objetivo desta etapa avaliativa é alegadamente o de garantir a correção e a respeitabilidade no quadro do funcionalismo público, impedindo que nele ingressem pessoas com perfil incompatível para servir ao público. Por isso, visa averiguar a vida pregressa (e atual) do candidato, em seu aspecto social, moral, profissional, escolar. Segundo André Bernardes Dias (2015) é dessa forma que a Administração Pública,

concede eficácia plena às normas diretivas previstas na Constituição Federal, apontadas para um serviço público constituído de colaboradores íntegros, probos, honestos, que servem ao Estado no seu intento de servir-se à população, jamais objetivando apenas interesse próprio (DIAS, 2015).

Nesse sentido, a avaliação eliminatória realizada na investigação social teria o escopo de “proteger, em última instância, o patrimônio público, seja ele econômico ou moral” (idem).

Souza Jr. (2016) traz exemplos ilustrativos de como a fase de investigação social tem sido prevista nos editais, com especial atenção aos critérios fixados com um esforço maior por parte dos editais em torná-los mais “objetivos” (embora conforme se discutirá, seguindo a opinião do autor, isso não seja totalmente alcançado). O primeiro exemplo trazido pelo autor é do edital 11/2012 DGP/DPF, no qual são considerados fatos que afetam o procedimento irrepreensível e a idoneidade moral inatacável do candidato:

I - habitualidade em descumprir obrigações legítimas; II - relacionamento ou exibição em público com pessoas de notórios e desabonadores antecedentes criminais; III - vício de embriaguez; IV - uso de droga ilícita; V - prostituição; VI - prática de ato atentatório à moral e aos bons costumes; VII - prática habitual do jogo proibido; VIII - respondendo ou indiciado em inquérito policial, envolvido como autor em termo circunstanciado de ocorrência, ou respondendo a ação penal ou a procedimento administrativo-disciplinar; IX - demissão de cargo público e destituição de cargo em comissão, no exercício da função pública, em qualquer órgão da administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal, mesmo que com base em legislação especial; X - demissão por justa causa nos termos da legislação trabalhista; XI - existência de registros criminais; XII - declaração falsa ou omissão de registro relevante sobre sua vida pregressa; XIII - outras condutas que revelem a falta de idoneidade moral do candidato.

Também o edital nº 2 – TRT 5ª REGIÃO – Juiz do Trabalho Substituto, de 21 de dezembro de 2012, elenca explicitamente “casos de desabono moral”, que são dentre outros apontados pelo autor:

São fatos que afetam o procedimento irrepreensível e a idoneidade moral do candidato: a) habitualidade em descumprir obrigações legítimas; b) relacionamento ou exibição em público com pessoas de notórios e desabonadores antecedentes criminais; c) vício de embriaguez; d) uso de droga ilícita; e) prostituição; f) prática de ato atentatório à moral e aos bons costumes; g) prática habitual de jogo proibido; h) estar respondendo ou ter sido indiciado em inquérito policial ainda em curso, estar envolvido como autor em termo circunstanciado de ocorrência, ou estar respondendo a ação ou a procedimento administrativo-disciplinar; i) demissão de cargo público e destituição de cargo em comissão, no exercício da função pública, em qualquer órgão da administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal, mesmo que com base em legislação especial; j) despedida por justa causa nos termos da legislação trabalhista; k) existência de registros criminais; l) declaração falsa ou omissão de registro relevante sobre sua vida pregressa; m) outras condutas que revelem a falta de

idoneidade moral do candidato.

Geralmente a averiguação destas situações descritas é feita “através de preenchimento de formulário de dados biográficos, diligência de ambiência doméstica e social, entrevistas e pedidos de informação a órgãos públicos” (GONÇALVES, 2017).

Analisando os critérios trazidos nos editais mencionados acima, seria bastante prudente questionarmos o alto grau de subjetividade na estipulação dos critérios (empregando expressões de conteúdo jurídico vago, como “moral e bons costumes”) e mesmo a sua razoabilidade (como em exigências do tipo “relacionamento ou exibição em público com pessoas de notórios e desabonadores antecedentes criminais”). Entretanto, nosso foco neste trabalho são os critérios que dizem respeito à existência de condenações criminais, medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), inquéritos, processos ou mesmo aos boletins de ocorrência ou termos circunstanciados, em resumo, aspectos da vida pregressa do candidato relacionados à existência de práticas delitivas ou, em outras palavras, ocorrências de natureza criminal.

II) A eliminação de candidatos motivada pelo envolvimento em ocorrências de natureza delitiva

Escolhemos os termos “envolvimento” e “ocorrências de natureza delitiva” primeiramente porque: a) recorrentemente as bancas examinadoras têm eliminado candidatos “que responderam Inquéritos, Termos Circunstanciados, realizaram Suspensão Condicional do Processo e Transação Penal ou até mesmo ações penais sem sentença condenatória transitada em julgado” (GONÇALVEZ, op. cit.) e b) as medidas socioeducativas também têm sido consideradas nas investigações sociais e, a rigor, este tipo de sanção não corresponde à prática de crimes, mas sim de atos infracionais.

Dito isso, podemos iniciar a presente discussão fazendo os seguintes questionamentos: é lícito impedir totalmente o acesso de um condenado que já tenha cumprido a sua pena a um cargo no funcionalismo público? Ou, na ausência de condenação, mas tão somente frente a registro de ocorrência, inquérito ou processo em andamento, é constitucional a eliminação dos candidatos?

Trata-se portanto de dois momentos de análise. Primeiramente, a extensão em que uma condenação criminal devidamente cumprida pode gerar efeitos na vida de um

indivíduo e, em segundo lugar, até que ponto pode o Estado presumir que um simples registro de ocorrência ou um processo em aberto – situações jurídicas desprovidas da definitividade da coisa julgada – caracterize “conduta desabonadora”. Chegando ao cerne da questão, percebemos que o fundamental é uma violação ao princípio da limitação dos efeitos da pena e da presunção de inocência. Entretanto, antes de avançarmos na ponderação principiológica, é preciso visualizar na prática como as mencionadas formas de envolvimento com ocorrências de natureza delitiva têm repercutido na vida dos candidatos a concursos públicos.

A situação mais elementar que se pode imaginar nesse sentido é a existência de condenação criminal em sentença que transitou em julgado. Daí duas situações são vislumbráveis. Primeiramente, quando o candidato já cumpriu sua pena, extinguindo a punibilidade. Em outra hipótese, temos a situação de um candidato condenado que ainda não tenha cumprido sua pena. A análise desta última possibilidade é de certa forma simples, pois parece ser logicamente impossível conciliar o cumprimento de certas sanções penais com o exercício da profissão e talvez a privação da liberdade seja a espécie de pena em que esta hipótese fica mais clara. Há, nesta esteira, inclusive precedente de nossa Suprema Corte:

Não tem capacitação moral para o exercício da atividade policial o candidato que está subordinado ao cumprimento de exigências decorrentes da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei 9.099/1995 que impedem a sua livre circulação, incluída a frequência a certos lugares e a vedação de ausentar-se da comarca, além da obrigação de comparecer pessoalmente ao juízo para justificar suas atividades. Reconhecer que candidato assim limitado preencha o requisito da idoneidade moral necessária ao exercício da atividade policial não é pertinente, ausente, assim, qualquer violação do princípio constitucional da presunção de inocência. (BRASIL, STF - RE: 568030 RN, Relator: Min. MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 02/09/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL - 02338-09 PP-01737)

Parece-nos claro, entretanto, que a reprovação do candidato nesta circunstância guarda relação muito mais com a impossibilidade lógica do cumprimento da pena concomitante com o exercício da função pública. Na verdade, a impossibilidade se desdobra do simples fato de que o candidato ainda não foi sequer reabilitado, no sentido jurídico-penal do termo, conforme se discutirá adiante.

Retomando a outra hipótese de desclassificação do candidato, temos a condenação criminal cuja pena já foi cumprida. Este é sem dúvida um dos pontos mais polêmicos da temática abordada, pois traz uma reflexão necessária sobre a extensão dos efeitos da pena no tempo, desafiando novamente o instituto da reabilitação criminal.

Embora em sede de primeira instância e na própria decisão da banca avaliadora tenha-se ignorado a vedação ao admitir que o candidato sofresse por tempo indeterminado os efeitos de sua condenação, existe jurisprudência firme nos tribunais superiores no sentido da não caracterização de fato capaz de prejudicar a idoneidade moral do candidato, desde que tenha transcorrido período suficiente para reabilitação. Nesse sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO E PENAL - CONCURSO PARA O CARGO DE AGENTE PENITENCIÁRIO - CANDIDATO APROVADO E IMPEDIDO DE SER NOMEADO POR TER SIDO CONDENADO POR CRIME DE HOMICÍDIO COMETIDO HÁ DEZOITO ANOS - OBTENÇÃO DA REABILITAÇÃO CRIMINAL - CONCESSÃO DA ORDEM. Obtida a reabilitação criminal pelo candidato, condenado que foi por homicídio ocorrido há mais de dezoito anos, uma vez não ter incidido em qualquer outra reprovabilidade penal durante todo este tempo decorrido, inadmissível se torna a motivação arguida pelas autoridades impetradas, sob pena de perpetuar a presunção de inidoneidade do candidato” (Mandado de Segurança nº 1999.00.2.002502-9 – Conselho Especial – Rel. Des. Otávio Augusto – Julgado em 23.11.99 – Publicado no DJU em 22.12.99).

Também no STJ colhem-se precedentes similares, mas a respeito do cumprimento de medida sócio educativa:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DETETIVE DA POLÍCIA CIVIL. APROVAÇÃO. POSTERIOR INABILITAÇÃO EM INVESTIGAÇÃO SOCIAL. NOMEAÇÃO TORNADA SEM EFEITO. DESCABIMENTO. DIREITO À POSSE. COMETIMENTO DE ATO INFRACIONAL. CUMPRIMENTO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA. INABILITAÇÃO INDEVIDA. 1. Constitui entendimento já consagrado por este Tribunal Superior que o candidato nomeado, após regular aprovação em concurso público, tem direito à posse. Precedentes. 2. Conquanto se trate o ato de nomeação, de ato discricionário, gera direitos para o nomeado, não podendo, pois, ser desconstituído sem o devido processo legal, como ocorrera na espécie. 3. Ademais, da leitura dos autos depreende-se que o motivo que culminou com a aludida inabilitação consiste na imposição ao Impetrante de medida socioeducativa já cumprida, em razão do cometimento de delito há mais de 7 (sete) anos. Vale dizer, em época em que o Recorrente ainda era inimputável. 4. Nessa esteira, merece reforma o aresto hostilizado, na medida em que contrário à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, afrontando, outrossim, os princípios que informam a própria Política Criminal, tendo em vista as finalidades do nosso sistema jurídico-penal, principalmente, no que diz respeito ao caráter ressocializante da pena (ou medida socioeducativa), com vistas à harmônica integração social do apenado (ou do infrator). 5. Recurso conhecido e provido”. (RMS nº 18.613/MG– Quinta Turma Ministra Laurita Vaz – Julgado em 27.09.05 – Publicado no DJU em 07.11.05).

Em suma, os precedentes abrem margem para a consideração de que a simples existência de condenação anterior não poderia obstar a aprovação do candidato na etapa da investigação social, pois o período da reabilitação criminal deveria ser observado pela banca examinadora. Retomaremos esse assunto logo a frente, pois em nosso

entendimento, parece ser um requisito bastante relevante a ser observado em uma avaliação justa e compatível com a Constituição em um concurso público.

Não só as hipóteses em que há condenação criminal na vida pregressa do candidato despertam severas controvérsias. Também tem surgido intensos debates quando a situação envolve casos em que não houve sequer a condenação. Intuitivamente, mesmo para um estudante dos primeiros períodos da Faculdade de Direito pareceria óbvia a resposta ao questionamento sobre a inconstitucionalidade da eliminação de um candidato na fase da investigação social sem que houvesse sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, com a existência de mero inquérito, processo em aberto ou registro de ocorrência. De acordo com a tão importante garantia da presunção de inocência, algo que mesmo o senso comum dos leigos facilmente atestaria, a resposta certa parece ser evidente num primeiro instante: é inconstitucional tal eliminação. Lamentavelmente, entretanto, o STJ possui jurisprudência em sentido contrário:

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, v.g., 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. (STJ, 1ª Turma. RMS 43.172/MT, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 12/11/2013 – grifo nosso).

A polêmica se acentua de forma interessante, pois no mesmo ano de 2013 o STF havia julgado um Agravo Regimental em Agravo de Instrumento proveniente do Estado do Ceará em que o relator Min. Dias Toffoli abonou entendimento conflitante com o da decisão proferida pela 1ª Turma do STJ, reafirmando a prevalência da presunção de inocência na ausência de condenação criminal. Assim:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL. INQUÉRITO POLICIAL. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO DO CERTAME.

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. VIOLAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência da Corte firmou o entendimento de que viola o princípio da presunção de inocência a exclusão de certame público de candidato que responda a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória. 2. Agravo regimental não provido. (STF, AI 829186 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 23/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-123 DIVULG 26-06-2013 PUBLIC 27-06-2013 – grifo nosso).

Outra situação visualizável no que diz respeito ao envolvimento do candidato com ocorrências de natureza delitiva sem a existência de condenação criminal seria a hipótese em que o indivíduo tivesse se beneficiado de uma transação penal ou uma suspensão condicional do processo.

A suspensão condicional do processo é uma medida despenalizante prevista na Lei 9.099/95, a lei dos juizados especiais, em que o Ministério Público e o réu acordam pelo não prosseguimento do processo impondo-se certas condições para o acusado. Para cumprimento destas condições, observa-se o chamado período de prova, no qual o acusado precisa cumprir algumas determinações estabelecidas pelo magistrado. Seguimos André Bernardes Dias (2015) no entendimento de que, assim como na hipótese em que o candidato esteja cumprindo uma pena, durante o período de prova – que pode durar de 2 a 4 anos – é logicamente justificável a inaptidão do candidato para integrar os quadros do funcionalismo público. Inclusive, subsiste jurisprudência nesse sentido².

Entretanto, se o caso é o de um candidato que já tenha cumprido o seu período de prova, não parece haver grande dificuldade em entender que se trata de hipótese em que a punibilidade se extinguiu e não há, dessa forma, que se falar em condenação criminal.

É o mesmo caso da transação penal, também uma medida despenalizante trazida pela referida lei dos juizados especiais, embora não exista neste outro benefício um período de prova como na suspensão condicional.

Há no STJ um interessante precedente a respeito do tema da transação que acaba trazendo consigo também importante posicionamento a respeito dos casos em que por ventura tenha ocorrido a prescrição da pretensão punitiva do Estado. Entendeu o Min. Relator Mauro Campbell na oportunidade do julgamento do Recurso Especial 1302206/MG que, “quanto à transação penal, esta não pode servir de fundamento para a

² Cf. STF, Recurso Extraordinário 568030, Relator: Min. Menezes Direito, Primeira Turma, julgado em 02/09/2008 e STJ, Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 31.410/RJ, Rel. Ministro Celso Limongi, sexta turma, julgado em 17/03/2011, DJe 30/03/2011.

não recomendação de candidato em concurso público na fase de investigação social”. Isso porque, segundo ele, “a transação penal prevista no art. 76 da Lei 9099/95 não importa em condenação do autor do fato”. E, avançando sobre o tema da prescrição, o Min. afirmou ainda que, “na mesma linha de raciocínio, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que, na fase de investigação social do concurso público, é inadmissível a eliminação de candidato em razão de processo criminal extinto pela prescrição.” (STJ, REsp 1302206/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/09/2013, DJe 04/10/2013).

Até aqui foi possível trazer para o debate relevantes situações em que a garantia da presunção de inocência e mesmo da vedação aos efeitos perpétuos de uma condenação foram afastadas por decisões da Administração pública em concursos públicos e também por julgados do próprio Poder Judiciário em suas diversas instâncias. Isso indica que esse tipo de situação ainda é comum e aflige assim milhares de brasileiros que já vivenciaram uma condenação criminal ou experienciaram (justa ou injustamente) um registro de ocorrência, um inquérito ou um processo criminal, tendo, muitas das vezes que guerrear até o último grau recursal para terem seus direitos respeitados.

A inconstitucionalidade que sustentamos aqui permanece sem efetivo reconhecimento em virtude da inexistência de jurisprudência sumulada ou mesmo de lei regulamentadora, relegando à discricionariedade a estipulação do que pode ou não vir a ser considerado um “mau antecedente” ou uma “conduta social desabonadora”. Acreditamos que é necessário consolidar requisitos objetivos para a análise que é realizada na fase da investigação social, mas frise-se, não quaisquer requisitos objetivos, mas requisitos consoantes com o espírito da CRFB/88, algo que só pode ser feito analisando-se mais profundamente os princípios envolvidos tanto na justificação das posturas da Administração Pública quanto dos direitos fundamentais dos candidatos.

III) Supremacia do interesse público e moralidade administrativa x presunção de inocência e limitação das penas

O sustentáculo dos argumentos que coadunam prontamente com a possibilidade de exclusão do candidato na fase de investigação social em virtude da existência de envolvimento em ocorrências de natureza delitativa tem como fundamento, em última análise, o princípio da moralidade administrativa e o da supremacia do interesse público sobre o privado.

Celso Bandeira de Mello ensina que o princípio da moralidade administrativa representa o dever de atuação da Administração Pública de acordo com valores éticos, garantindo que os atos praticados não venham a ser maculados de ilicitudes capaz de torná-los inválidos. Os cânones da lealdade e da boa-fé estariam, portanto, segundo o jurista, necessariamente abrangidos em seu conteúdo. Segundo:

os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos. (BANDEIRA DE MELLO, 2007).

Daí que seja justificável a exigência de uma conduta com especial retidão dos candidatos aos certames públicos, notadamente aqueles voltados para o preenchimento de carreiras da segurança pública, pois destes profissionais seria demandado um zelo ainda maior com os direitos fundamentais do cidadão e da comunidade, visto à autoridade a eles concedida quando da sua investidura.

Se, por um lado, é justificável que candidatos com um passado marcado por envolvimento devidamente provado em crimes não tenham acesso a certos cargos do funcionalismo público, a limitação deste direito individual não pode ocorrer sem parâmetros. O assunto instiga os ânimos, especialmente quando situações drásticas são rememoradas. Souza Jr. narra importante exemplo:

Em 20 de abril de 1997 um crime chocou o Brasil, quatro jovens do Distrito Federal atearam fogo no índio Galdino Jesus dos Santos, um dos rapazes que na época do ocorrido era menor de idade cumpriu a medida sócia educativa, recentemente G. N. A. J. prestou concurso para agente da Polícia Civil do Distrito Federal e logrou êxito nas prova desconhecimentos, avaliação médica, teste de aptidão física, exame psicotécnico, no entanto, foi reprovado na fase de investigação social, sob alegação de que este não poderia prosseguir por ter cometido ato infracional análogo ao homicídio. (OAB-RJ, 2014). Contudo apesar da fundamentação de exclusão do candidato ser fundada no ato cometido, observa-se que não foi o ato que foi julgado, pois este já o foi e inclusive a medida socioeducativa que visa reintegrar o inimputável a sociedade já foi cumprida há mais de 17 anos e não há nenhum registro de o mesmo ter cometido novo delito/ato infracional. O que a administração pública disfarçadamente realizou foi a discriminação do sujeito por ter cometido um ato infracional, tentando assim retirar seu caráter de humano, o considerando como ser perigoso ou “inimigo da sociedade”. Porém o TJ-DF concedeu uma liminar que possibilitasse em caráter precário o G.N.A.J., de prosseguir no concurso. (SOUZA JR., 2016).

Exemplos como este parecem deixar claro que a temática em estudo não se limita às divagações acadêmicas ou a um mero exercício de escolástica. Estamos diante de situações em que, de um lado, temos a dignidade de um indivíduo em jogo, sendo ameaçada pela negativa de sua reinserção na sociedade, mesmo depois de já ter cumprido suas punições da forma devida e, de outro, a própria segurança e garantia dos

direitos fundamentais da coletividade. Para muitos parece certo que em casos como esse deve prevalecer a supremacia do interesse público sobre o privado.

Diz Dardani (2013) que:

o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é, em verdade, não apenas princípio constitucional, mas verdadeiro princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade, sendo pressuposto lógico do convívio social (DARDANI, 2013).

Seria, portanto, em virtude deste princípio que a Administração Pública teria a possibilidade de preservar o bem jurídico segurança pública e o princípio da moralidade administrativa em favor da comunidade ao invés do direito de ingresso na carreira pública de um candidato cuja conduta social seja supostamente desabonadora. Isso se daria na medida em que:

os interesses da sociedade prevaleçam perante os interesses particulares torna-se possível evitar a desagregação que fatalmente ocorreria se cada membro ou grupo da coletividade buscasse a concretização dos seus interesses particulares. A necessidade de prevalência do bem comum enquanto objetivo primordial a ser perseguido pelo Estado é um pressuposto da própria sobrevivência social. Da superioridade do interesse da coletividade decorre a sua prevalência sobre o interesse do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. (CARVALHO, 2008).

Apesar destas considerações sobre a supremacia do interesse público e a moralidade administrativa serem válidas e de importante observação em uma ordem constitucional democrática, estes princípios, assim como quaisquer outros, estão sujeitos à ponderação na sua aplicação.

Isso parece ficar muito claro quando vemos a possibilidade de atos da Administração Pública, *in casu*, das bancas examinadoras na fase de investigação social e mesmo de decisões do judiciário contrariarem todo o escopo da política criminal explicitamente adotada em nosso ordenamento. Na verdade, mais do que mero escopo de política criminal, mas a própria tutela da liberdade individual.

A primeira e mais clara violação que podemos perceber neste sentido é contra o princípio da presunção da não culpabilidade, também conhecido como princípio do estado de inocência ou presunção de inocência, prevista na nossa Carta Magna de 1988 em seu art. 5º, LVII e confirmada por tratados e convenções internacionais que prevê “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Essa violação acontece nos casos em que os candidatos dos concursos públicos são eliminados na fase da investigação social pela simples existência de

registro de ocorrência, inquérito, processo e mesmo com a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Na visão de Luiz Flávio Gomes, existem dois sistemas pelos quais se torna possível o afastamento do princípio da presunção da não culpabilidade, tendo como consequência a imediata execução da pena. Segundo o jurista:

No primeiro sistema, somente depois de esgotados ‘todos os recursos’ (ordinários e extraordinários) é que a pena pode ser executada (salvo o caso de prisão preventiva, que ocorreria teoricamente em situações excepcionalíssimas). No segundo sistema a execução da pena exige dois julgamentos condenatórios feitos normalmente pelas instâncias ordinárias (1º e 2º graus). Nele há uma análise dupla dos fatos, das provas e do direito, leia-se, condenação imposta por uma instância e confirmada por outra. A quase totalidade dos países ocidentais segue o segundo sistema (duplo grau). A minoria, incluindo-se a constituição brasileira (art. 5º, inc. LVII), segue o primeiro (do trânsito em julgado). O direito internacional deixa que cada país regule o tema da sua maneira. (GOMES, 2014).

Da análise do texto constitucional, resta claro que adotamos o sistema do trânsito em julgado final para afastar o princípio. Embora exista infeliz precedente recente no sentido da possibilidade de execução “provisória” da pena após sentença condenatória confirmada por órgão colegiado³, ainda assim exige-se a existência de sentença condenatória para tanto. Desta forma, podemos concluir que, se nem mesmo para a imposição e execução da sanção punitiva é suficiente a simples existência de registro de ocorrência, inquérito e processo judicial, seria então um absurdo jurídico a possibilidade de que estes fatos, antes de se esgotarem as possibilidades do exercício do direito ao contraditório e ampla defesa e antes de gozarem do estatuto de definitividade de uma decisão judicial, pudessem assombrar a vida de um indivíduo, impedindo, como no caso em estudo, o seu acesso ao funcionalismo público por meio de concurso público.

Prosseguindo, ainda que se trate de situação em que de fato existe condenação criminal no histórico do candidato. Se esta condenação já foi devidamente cumprida, até que ponto elas podem gerar efeitos negativos na vida do indivíduo, impedindo-lhe de prosseguir sua vida e se redimir frente à sociedade, após ter expiado de forma justa a punição que lhe foi determinada pelo Estado? É constitucional que as bancas avaliadoras de concursos públicos e mesmo os magistrados a quem a querela é levada ao conhecimento possibilitem a repercussão da pena na vida do candidato, determinando, mais do que uma punição eterna, uma dupla punição: a punição da

³ Cf. BRASIL. STF. Plenário. **Habeas Corpus 126.292/SP**, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 11/10/2016.

desclassificação no concurso público, o que consiste basicamente em uma restrição de direitos (sendo esta inclusive uma das espécies de pena substitutiva de direito), em razão de o candidato já ter sido punido por um fato?

Acreditamos que, por mais que a moralidade administrativa e a supremacia do interesse público sejam princípios constitucionais caros ao Estado Democrático de Direito, essa possibilidade caracteriza uma inconstitucionalidade flagrante, mais uma vez em desacordo com nossa política criminal, dessa vez atacando diretamente a dignidade humana ao impossibilitar a efetiva ressocialização do indivíduo em reabilitação.

Ao permitir que candidatos condenados com a punibilidade já extinta pelo cumprimento da pena sejam impedidos de ingressar no funcionalismo público sem nenhum marco limitador de tal restrição, o nosso ordenamento jurídico está a tutelar ou ao menos a fazer “vista grossa” para uma vedação constitucional expressa que, para nós trata-se de verdadeiro princípio: o da limitação das penas e- sobretudo- seus efeitos.

O artigo 5º, inciso XLVIII, alínea *b* da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 diz que no sistema jurídico brasileiro não haverá penas de caráter perpétuo. Essa ordem expressa no texto constitucional é considerada uma cláusula pétrea, ou seja, esse dispositivo não pode ser alterado, nem mesmo através de emendas constitucionais.

O grande penalista César Bitencourt afirma que:

Efetivamente, um Estado que se quer democrático de Direito é incompatível com um Direito Penal funcional, que ignore as liberdades e garantias fundamentais do cidadão. Aliás, a própria Constituição Federal adota a responsabilidade penal subjetiva, a presunção de inocência, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, preservando, inclusive, a dignidade humana (art. 5º, III, CF). Ademais, a Carta Magna brasileira proíbe expressamente as sanções perpétuas, capitais, cruéis e degradantes e elevou essas garantias à condição de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inc. IV, CF). Em outros termos, referidas garantias não podem ser suprimidas ou revistas nem mesmo por meio de emendas constitucionais. (BITENCOURT, 2000).

Poderia-se objetar que tanto as penas vedadas quanto a presunção de inocência são matéria de Direito Penal e deste ramo tão somente. Entretanto, tal argumento carece de solidez. Inclusive o STF já se posicionou em ser inadmissível a efetivação de uma pena que proíba o exercício de alguma atividade profissional que tenha caráter perpétuo ou definitivo. (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010). Eis a decisão:

Tendo em vista a vedação constitucional da perpetuidade da pena (CF, art. 5º, XLVII, b) a Turma confirmou acórdão do STJ no ponto em que deferiu mandado de segurança contra ato do Presidente do Conselho Monetário

Nacional para afastar o caráter permanente de pena de inabilitação imposta ao impetrante (antes da CF/88) para o exercício de cargos de administração ou gerência de instituições financeiras. Recurso extraordinário interposto pela União Federal conhecido e provido em parte apenas para reformar o acórdão no ponto em que deferira a anulação de qualquer sanção imposta ao recorrido, devendo o Conselho Monetário Nacional prosseguir no julgamento do pedido de revisão, convertendo a inabilitação permanente em temporária, ou noutra, menos grave, que lhe parecer adequada. RE 154.134-SP, rel. Min. Sydney Sanches, 15.12.98.(BRASIL, STF, 1998)

Desconsiderar o aqui alegado seria permitir que mais um empecilho se colocasse na vida do condenado, impedindo sua reintegração e ressocialização na sociedade. Ressocialização e reintegração que são inclusive funções da pena em nosso ordenamento, servindo de base para importantes institutos como a progressão de regime e o advento das penas substitutivas.

Em vista das dificuldades em se tutelar a moralidade administrativa e a supremacia do interesse público quando o assunto são os concursos públicos em que se exige uma conduta ilibada do candidato sem que essa tutela implique uma violação a outros princípios caros ao Estado Democrático de Direito, acreditamos ser necessário avançar rumo a um marco normativo capaz de estabelecer parâmetros justos e adequados à Constituição. Alguns passos já foram dados nessa direção, conforme passaremos a tratar.

IV) Estabelecendo critérios razoáveis para uma avaliação justa na fase de investigação social

O Recurso Extraordinário 560.900 do Distrito Federal é uma decisão importante no horizonte do combate aos excessos e ilegalidades na fase de investigação social dos concursos públicos. Apenas de sua ementa já é possível colher a riqueza de uma decisão que buscou colocar fim a uma controvérsia de repercussão geral:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. IDONEIDADE MORAL DE CANDIDATOS EM CONCURSOS PÚBLICOS. INQUÉRITOS POLICIAIS OU PROCESSOS PENAIS EM CURSO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

1. Como regra geral, **a simples existência de inquéritos ou processos penais em curso não autoriza a eliminação de candidatos em concursos públicos, o que pressupõe: (i) condenação por órgão colegiado ou definitiva; e (ii) relação de incompatibilidade entre a natureza do crime em questão e as atribuições do cargo concretamente pretendido**, a ser demonstrada de forma motivada por decisão da autoridade competente. 2. **A lei pode instituir requisitos mais rigorosos para determinados cargos, em razão da relevância das atribuições envolvidas**, como é o caso, por exemplo, das carreiras da magistratura, das funções essenciais à justiça e da segurança pública (CRFB/1988, art. 144), **sendo vedada, em qualquer caso, a valoração**

negativa de simples processo em andamento, salvo situações excepcionalíssimas e de indiscutível gravidade. (STF, RE 560900/DF, Min. Relator Luís Roberto Barroso).

Primeiramente, o voto do relator é taxativo em afirmar a possibilidade de requisitos mais rigorosos para determinados cargos, dentre eles, a conduta ilibada a ser atestada em investigação social. Outro avanço fundamental foi a constatação de que não podem ser valoradas como negativas a simples existência de processo em aberto, embora o Ministro ofereça, com o seu voto, margens para exceções casuísticas. E, finalmente, ao instituir pela primeira vez de forma clara pressupostos que autorizem a eliminação do candidato em concurso público frente a existência de condenação.

Segundo o Ministro Barroso, a exclusão de candidatos de concursos públicos, sob o pretexto da análise de vida pregressa ou idoneidade moral, mediante valoração discricionária de investigações ou processos criminais em curso, “significa conceder à autoridade administrativa o poder de atribuir efeitos à mera existência de ação penal” (STF, op. cit.). Afirma ainda que esses efeitos podem inclusive vir a ser mais danosos ao réu que a “própria pena, abstrata ou concretamente considerada, ou outros efeitos extrapenais da condenação transitada em julgado, fixados somente ao final do contraditório” (idem). Consistiria por tanto em um poder conferido à banca examinadora, muitas vezes capaz de extrapolar suas atribuições, impondo sanção maior que a determinada em lei penal.

O Ministro também atacou a subjetividade da falta de critérios definitivos em tais procedimentos, pois, segundo ele:

Eliminar candidatos a partir de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, tais como “idoneidade moral”, mediante juízo subjetivo de banca examinadora, é incompatível com os princípios republicano, da impessoalidade e da ampla acessibilidade aos cargos públicos, na forma como devem ser pensados no atual contexto brasileiro. Num Estado Democrático de Direito, ninguém, por maior que seja sua retidão de caráter e conduta, está imune a ser investigado e até a responder a uma acusação penal, de modo que a simples existência de inquéritos ou processos não se presta a aferir a idoneidade moral, ao menos para fins de participação num processo seletivo objetivo e republicano, como devem ser os concursos públicos para cargos efetivos. (idem)

Como forma de exemplificar situações excepcionais passíveis de afastar essa regra o Ministro menciona “casos excepcionalíssimos, de indiscutível gravidade (e.g., um candidato preso em flagrante por estupro de vulnerável – CP, art. 217-A – que, durante o curso do processo penal, pretendesse assumir cargo em escola de ensino fundamental).” (idem). Não pretendemos entrar no mérito dessa suposta situação

excepcional, pois acreditamos que o acórdão possui elementos que merecem maior atenção.

Enfim, em um exercício de ponderação, o Ministro propõe o estabelecimento de critérios objetivos capazes de solucionar a colisão entre os princípios da moralidade administrativa e da presunção de inocência, quais sejam, *(i)* condenação por órgão colegiado ou definitiva; e *(ii)* relação de incompatibilidade entre a natureza do crime em questão e as atribuições do cargo concretamente pretendido, a ser demonstrada de forma motivada por decisão da autoridade competente.

A justificação da estipulação destes parâmetros, na ausência de lei que apazigue o assunto, se dá pelo seguinte:

Aqui, diversamente, cuida-se de parâmetros para *aplicação direta* do princípio da moralidade administrativa: não se trata, portanto, de restrições adicionais impostas sem lei, e sim de balizas para a aplicação de restrições impostas diretamente pelo texto constitucional. Em certa medida, pode-se dizer que se trata de uma “restrição das restrições”, pois a falta de parâmetros pode dar à moralidade administrativa uma dimensão exagerada, ao eliminar candidatos pelo mero oferecimento de denúncia.[...] A solução proposta satisfaz o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, uma vez que é: *(i)* adequada, pois a restrição que se impõe é idônea para proteger a moralidade administrativa; *(ii)* não é excessiva, de vez que após a condenação em segundo grau a probabilidade de manutenção da condenação é muito grande e a exigência de relação entre a infração e as atribuições do cargo mitiga a restrição; e *(iii)* proporcional em sentido estrito, na medida em que a atenuação do princípio da presunção de inocência é compensada pela contrapartida em boa administração e idoneidade dos servidores públicos. (idem)

Acreditamos que este precedente é um grande passo rumo à concretização de critérios justos para avaliação da conduta social do candidato, sobretudo nos concursos da área de segurança pública, nos quais a sindicância da vida pregressa costuma se impor de forma mais rígida. Entretanto, como contribuição ao debate, na trilha de argumentos utilizados pelo próprio Ministro Barroso, acreditamos ser imperiosa a inclusão de mais um critério neste exercício de ponderação: a consideração do período de reabilitação criminal quando da existência de condenação ou mesmo do período de 5 anos que impede os efeitos de reincidência, desde que entre a data do cumprimento da pena e o da avaliação não tenha ocorrido novas condenações (o que sugerimos em analogia ao art. 64, I do Código Penal).

Diz o art. 94 do Código penal:

Art. 94. A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento

condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:

I – tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;

II – tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;

III – tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

Parágrafo único – Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.

A reabilitação visa, segundo a letra do art. 93, assegurar o sigilo sobre os registros de antecedentes criminais do condenado e, até mesmo, na letra do parágrafo único, atingir os efeitos secundários da sentença condenatória, previstos no art. 92. O condenado poderia, após cumprida a sua pena e atendidas as condições do art. 94, requerer sua habilitação criminal e, desde que o fizesse, nos parece bastante justo que seus antecedentes não pudessem ser utilizados contra si em virtude do sigilo de que fala o art. 93.

Mais uma outra possibilidade nos parece ainda razoável: a de que se aplique por extensão as regras do chamado “retorno à condição de réu primário” com as devidas adaptações. Isso porque parece pouco lógico que uma condenação anterior que não pode sequer gerar efeitos agravantes em uma eventual nova condenação criminal, seja utilizada para desclassificá-lo de um concurso público.

Podemos perceber que o instituto da reabilitação não atinge apenas a garantia da não divulgação da condenação já expurgada, mas também a limitação de seus efeitos em outras esferas do Direito e no tempo. Nesse sentido, Bitencourt afirma que a reabilitação:

Visa resguardar o sigilo sobre a condenação, permitindo ao condenado apresentar-se à sociedade como se fosse primário. A reabilitação não rescinde a condenação. Na verdade, a reabilitação não extingue, mas tão somente suspende alguns efeitos penais da sentença condenatória, que, a qualquer tempo, revogada a reabilitação, se restabelece à situação anterior. A rigor, a reabilitação tem duas finalidades: permitir ao condenado uma folha corrida in albis e a restaurar os direitos atingidos pelos efeitos específicos da condenação. (BITENCOURT, 2010).

Por essas razões, nos parece muito adequadas e pertinentes a sugestão de que esses dois requisitos também passem a ser levados em consideração na fase da investigação social.

Há ainda outra prerrogativa na legislação brasileira que pode servir como

importante parâmetro no mesmo sentido. Na Lei Complementar nº 135 de 2010, a chamada “Lei da Ficha Limpa”, que traz novas hipóteses de inelegibilidade visando proteger a moralidade no exercício dos mandatos políticos, o legislador estabelece um prazo geral de oito anos para que os parlamentares e chefes do executivo condenados pelas situações previstas na lei possam se tornar novamente elegíveis. Este prazo encontra-se no artigo 1ª da LC nº 135. Merece atenção o seguinte dispositivo:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário

Entendemos que esta previsão também se mostra como opção razoável para uma eventual aplicação analógica, por exemplo, de um prazo limite para que o candidato aos cargos da segurança pública possa sofrer os efeitos das suas condenações prévias. Essa opção se mostra plausível se consideramos que mesmo aquele servidor público já investido que perdeu o cargo em função de decisão judicial (ou administrativa) pode se tornar novamente apto a disputar os cargos públicos mais importantes da nação, aqueles em que não pode haver sombra de dúvida sobre a idoneidade do candidato, pois conferem aos seus ocupantes amplo poder sobre a gestão da Administração Pública. Assim, por uma questão de lógica, não faz sentido que cargos mais singelos da administração pública não possam ser ocupados por condenados em função de uma suposta proteção da moralidade administrativa sem se levar em conta um prazo no mínimo igual ao previsto na Lei da Ficha Limpa, que cuida de cargos de alta envergadura.

V) Considerações finais

Ao fim e ao cabo, buscou-se expor uma problemática que aflige a vida de milhares de brasileiros. A eliminação na fase da investigação social afeta diretamente a dignidade dos candidatos que, após o trauma de uma condenação criminal, ainda se veem obrigados a sofrer os efeitos de uma pena já cumprida, negando a estes indivíduos a ressocialização.

Não somente os condenados, mas também aquelas pessoas que, pelas mais diversas questões, já tiveram que assinar um termo circunstanciado de ocorrência ou se

acharam investigadas em um inquérito ou processadas criminalmente, essas também sofrem ainda na ausência de uma lei capaz de fixar critérios objetivos para a avaliação da mencionada fase dos certames.

Vimos que a exigência de conduta moral reta e proba não é por si só um requisito abusivo ou discricionário eleito pela Administração Pública nos editais dos concursos. Na verdade, em áreas como a segurança pública, essa exigência já foi considerada constitucional e parece de fato bastante razoável, sobretudo levando-se em conta a necessidade de a Administração Pública de zelar pela moralidade de seu funcionalismo. Mesmo que de certo modo esse imperativo do Estado acabe solapando direitos individuais, de certa forma, isso se justifica em face da supremacia do interesse público sobre o privado, ainda mais quando estão em jogo bens jurídicos tão importantes como a segurança pública.

Entretanto, conforme a tese por nós defendida, a prevalência destes princípios não pode se dar a qualquer custo. É necessário estabelecer parâmetros concretos para balizar as avaliações realizadas nos certames durante a sindicância da vida pregressa. Apesar de existirem outras várias polêmicas em torno de termos jurídicos vagos (como “moral e bons costumes”), dando margem a subjetivismos neste procedimento, focamos nossa análise na dimensão criminal dos fatos que por ventura pudessem configurar “maus antecedentes” de forma suficiente a eliminar o candidato.

Visando combater discricionariedades e violações graves a direitos fundamentais, acompanhamos o entendimento do Ministro Luís Barroso, sugerindo que a eliminação só se justifique em face de *(i)* condenação por órgão colegiado ou definitiva; e *(ii)* relação de incompatibilidade entre a natureza do crime em questão e as atribuições do cargo concretamente pretendido, a ser demonstrada de forma motivada por decisão da autoridade competente.

Entretanto, seguindo o espírito democrático de nossa Constituição, ousamos contribuir ao debate, propondo que outros critérios fossem também observados, quais sejam, o prazo da reabilitação criminal nos termos do art. 94 do CP e/ou do regresso à condição de primário, nos termos do art. 64, I, do CP.

Desta forma, acreditamos lançar alguma luz nesta importante discussão que envolve um dos maiores méritos da Constituição de 1988, a possibilidade de que qualquer brasileiro, independente de raça, cor, credo, classe social e sexualidade possa ter acesso aos empregos do funcionalismo público, proporcionando não só realização pessoal e segurança financeira, mas uma Administração Pública diversa, plural,

integradora e democrática, de forma muito diversa daquela que já foi uma cultura patrimonialista, onde somente a aristocracia tradicional tinha acesso aos cargos da burocracia. Um passado que, felizmente, a cada dia fica mais longe.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Tribunal Penal Internacional - Pena de Prisão Perpétua**. Revista CEJ, 2000. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/345/547>

BRASIL. **Decreto Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Brasília.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578**. Rel. Ministro Luiz Fux. Brasília de 2012. Brasília, 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>

_____. **Recurso Extraordinário nº 560.900/DF**, Relator: Min. Luís Barroso, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2551965&numeroProcesso=560900&classeProcesso=RE&numeroTema=22>

_____. **Recurso Extraordinário nº 568030/RN**, Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, 2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14718737/recurso-extraordinario-re-568030-rn>

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Editora Jus Podium. Salvador, 2008.

DARDANI, Marina Centurion. **Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa: Uma Análise Pós-positivista**. In: Jus Online. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25912>

DIAS, André Bernardes. **A eliminação de candidatos na fase de investigação social em concursos públicos.** Jus Artigos. Outubro de 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36621>

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder - a formação do patronato político brasileiro.** Biblioteca Azul: São Paulo, 2012

GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana.** Emenda Constitucional resolveria tudo. Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-violacorte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo>

GONÇALVES, Andrew Henrique Domingues. **O princípio da presunção da inocência no concurso público.** Estadão. 17 out 2017. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-principio-da-presuncao-da-inocencia-no-concurso-publico/>

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA JR, Elias Charamba de. **A fase de investigação social nos concursos público: moralidade administrativa x proibições casuísticas.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 152, set 2016. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17863