

A INVESTIGAÇÃO SOCIAL PARA AFERIÇÃO DOS REQUISITOS DE IDONEIDADE MORAL E CONDUTA IRREPREENSÍVEL EM CONCURSO PÚBLICO

SOCIAL INVESTIGATION IN BRAZILIAN SELECTIONS FOR PUBLIC CAREERS, TO VERIFY GOOD MORAL CHARACTER AND IRREPROACHABLE CONDUCT

Roberto Henrique Pôrto Nogueira*

Luís Eduardo Pôrto Nogueira**

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar, em uma perspectiva teórico-doutrinária, a validade jurídica de aspectos relativos à investigação social, presente em concursos públicos, destinada a aferir o preenchimento dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível, impostos por lei aos candidatos, como condições de ingresso em determinadas carreiras públicas. Tais requisitos, nos editais, são desdobrados em outras exigências. A validade dependerá de sua relação com o efetivo interesse público e da coerência com os princípios constitucionais aplicáveis. Na falta de elementos que permitam decisão consistente, deve o candidato ser mantido no certame. O princípio da ampla defesa implica que a decisão de exclusão esteja fundamentada, possibilitando a interposição de recurso administrativo, e precedida da oportunização de defesa, dada a gravidade do ato. O trabalho também é útil para fornecer suporte à necessária uniformização de critérios para a realização da investigação social.

Palavras-chave: investigação social. concurso público. princípios.

* Doutorando e mestre em Direito Privado pelo Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos. Professor em Dedicção Exclusiva do Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto/Minas Gerais.

** Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Especialista em Direito Público.

ABSTRACT

This work aims to analyze, in a theoretical-doctrinal perspective, the validity of aspects of social investigation in Brazilian selections for public careers, usually intended to verify the fulfillment of the requirements of good moral character and irreproachable conduct, imposed by law to applicants as conditions for admission to specific jobs. The validity of such requirements in official convocations depends on public interest and their compatibility with constitutional principles. In the absence of evidence to consistent decision, the candidate must be maintained in the selection process. The principle of full defense implies that the decision to exclude the candidate must be supported by strong evidences, allowing the filing of administrative appeal, and preceded by the possibility of defense, given the gravity of the act. The work is also useful to provide support the necessary standardization of parameters for the occurrence of social investigation.

Keywords: social investigation. public job selections. principles.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 2008b) instituiu o princípio da plena acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas. A regra é a de que, preenchidos os requisitos estabelecidos em lei (art. 37, I), todos podem exercer uma função pública¹.

A par do atendimento às exigências legais, a investidura em cargo ou emprego público depende da aprovação prévia em concurso público, que será de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei (art. 37, II).

O concurso público objetiva selecionar pessoas naturais aptas ao exercício de determinada função pública; além de graduar a capacidade de cada um segundo a ordem de

¹A expressão *função pública* é aqui utilizada em sentido amplo (DI PIETRO, 2005, p. 442).

classificação, presta-se também a avaliar o cumprimento, pelos candidatos, dos requisitos legais de acesso.

Entre tantas etapas ou procedimentos de um concurso, tais como provas de múltipla escolha e dissertativas, orais e de títulos, entrevista e exame psicotécnico, um há que tem suscitado grande polêmica: a investigação social ou de vida pregressa, que tem várias nomenclaturas, a depender do edital do concurso, e muitas vezes lança mão de critérios subjetivos na aferição dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível, previstos em lei como condições para ingresso em certas carreiras públicas.

Vale ressaltar que o resultado da referida investigação pode ser grave e irreversível: a exclusão do candidato do certame, caso obtenha parecer desfavorável da comissão examinadora.

Tendo em vista a indefinição semântica dos termos que expressam os requisitos de moral inatacável e bom comportamento, tem ficado a cargo dos editais especificá-los, o que tem ocorrido por meio do desdobramento em exigências como o não cometimento de transgressões disciplinares, entre inúmeras outras a serem analisadas oportunamente.

Se, por um lado, o legislador constituinte quis pôr fim à apropriação de cargos públicos por apadrinhados políticos, estabelecendo um modelo racional, impessoal e equânime de provimento de cargos e empregos públicos, baseado no mérito e com vistas ao atendimento do interesse público, por outro, as condições impostas aos candidatos na investigação social podem extrapolar os objetivos presentes na Constituição, a ponto de serem tão numerosas e rigorosas que eventualmente podem gerar o efeito inverso, ensejando favorecimentos ou perseguições.

O presente estudo visa, portanto, a analisar, teórico-doutrinariamente, a chamada investigação social tal como aparece nos editais de concursos públicos, seus limites em face dos princípios constitucionais, seus requisitos de validade e a conformidade jurídica dos critérios utilizados na avaliação do preenchimento dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível.

Este trabalho faz-se necessário na medida em que é escassa a doutrina que trata especificamente do tema, sendo útil a sistematização dos conhecimentos às posteriores fases da pesquisa, ligadas a análises de jurisprudência.

Partir-se-á da coleta de editais, tomados por mera amostragem, por meio dos quais se perceberá como o procedimento da investigação social se materializa, com exigências que poderão variar de acordo com o concurso público e o cargo em disputa.

Em seguida, traçar-se-á um panorama da investigação social nos concursos públicos, por meio do estudo de princípios constitucionais, o que levará à consideração dos próprios requisitos de validade do procedimento e dos fatores que mais têm gerado controvérsias na verificação dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível.

Assim, cumpre frisar: o trabalho será eminentemente teórico, de modo que não abordará as decisões dos tribunais pátrios sobre o assunto, haja vista que, para tal mister, um outro esforço de pesquisa e análise seria imperioso, diante dos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal e das diversas iniciativas legislativas que objetivam estabelecer, em lei, requisitos relacionados às diversas definições de “ficha-limpa” como exigência de acesso a cargos públicos. Essa parte da jornada será empreendida em momento posterior, e terá as considerações aqui alcançadas como pressupostos teóricos.

2 A INVESTIGAÇÃO SOCIAL NOS EDITAIS

Os editais de concursos públicos revelam o uso de expressões das mais variadas para definir o objeto deste estudo, qual seja, o procedimento, dentro de um procedimento ainda maior, que é o próprio concurso, destinado, precisamente, a averiguar os requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível dos candidatos.

Tal procedimento, neste ensaio, será chamado *investigação social*. Embora seja reconhecida sua imprecisão terminológica, é uma das expressões mais comuns nos editais, além de ser também a mais abrangente entre elas, assim como também são abrangentes os elementos de análise utilizados pelas comissões dos concursos.

Percebe-se que são investigados aspectos pretéritos e atuais da vida do candidato e das pessoas com quem ele se relaciona, privacidade e intimidade, o âmbito familiar, escolar, profissional, a vizinhança, o lazer, o ser e o agir, ou seja, características ontológicas e comportamentais.

A investigação social pode consistir em uma fase ou etapa do concurso público, bem delimitado, do ponto de vista temporal, entre os diversos momentos do processo seletivo, ou,

caso contrário, estar diluído em todo o certame, realizado enquanto ocorrem suas fases assim definidas.

Pode acontecer, também, de o edital sequer definir a análise da idoneidade moral e da conduta irrepreensível como um procedimento à parte, limitando-se a mencionar aquelas como requisitos para a não-eliminação do candidato. Certamente, em função da evidente dificuldade de se graduarem tais atributos segundo critérios objetivos, a investigação social é sempre de caráter eliminatório.

Breve exame dos editais permite observar que a investigação social aparece principalmente naqueles que regulamentam o processo seletivo para o ingresso em carreiras com funções tipicamente estatais, como o policiamento, a fiscalização, a defesa da pátria e a jurisdição. Com efeito, é compreensível que os atributos da idoneidade moral e conduta irrepreensível sejam esperados de um agente público, sobretudo se investido de poderes que eventualmente possam levar à restrição de direitos individuais.

O edital do concurso para delegado da Polícia Civil de Minas Gerais (MINAS GERAIS, 2008a) prevê o início da fase de investigação social com o preenchimento de ficha de informações, também chamada de boletim de investigação social, e apresentação de documentos pessoais.

Os requisitos relativos à conduta e moral do candidato são desdobrados em outros fatores, nos seguintes termos:

12.2. A Investigação Social tem como objetivo verificar se o candidato ao cargo de Delegado de Polícia apresenta idoneidade moral e conduta compatíveis com as responsabilidades do cargo (artigo 85 da Lei nº 5.406/1969).

12.3. Serão analisados fatores como:

- a) prática de ato tipificado como ilícito penal.
- b) prática, em caso de servidor público, de transgressões disciplinares.
- c) prática de ato que possa importar em repercussão social de caráter negativo ou comprometer a função de segurança e confiabilidade da Instituição Policial.
- d) dependência química (drogas lícitas e/ou ilícitas).

Tais fatores, se analisados em seus devidos termos, guardam, todos, pertinência com as atribuições do cargo. O que se investiga sobre o candidato é aquilo que pode, direta ou indiretamente, gerar reflexos no desempenho da função policial. De fato, não se espera que servidor responsável pelo combate ao crime, inclusive o tráfico ilícito de entorpecentes, tenha praticado delitos ou seja dependente químico. Ademais, a falta disciplinar diz respeito diretamente ao desempenho profissional do candidato. Por outro lado, o ato que tenha

repercussão social de caráter negativo, por si só, não é suficiente para justificar a eliminação do candidato, a não ser que efetivamente comprometa a credibilidade da instituição perante a sociedade.

Para a verificação da dependência química, está prevista a possibilidade de submissão do candidato a exame antidrogas:

12.8. O candidato, desde a sua inscrição no Concurso Público até a sua posse poderá, a critério da Direção-Geral da Academia de Polícia Civil de Minas Gerais, ser submetido a exame antidrogas.

12.8.1. Em caso de resultado positivo para drogas de abuso, reserva-se à ACADEPOL o direito de eliminar o candidato do concurso, cabendo recurso desse ato, e ficando a critério e às expensas do candidato, a contraprova.

12.9. Ao candidato considerado INAPTO na fase da Investigação Social, bem como àquele eliminado nos termos do item 12.8.1., será concedido o direito de REVISÃO da decisão no prazo de 02 (dois) dias úteis, contados da data da publicação do resultado. O recurso interposto fora do prazo será preliminarmente indeferido.

Segundo o edital, a submissão ao exame não é uma faculdade do candidato, mas um dever assumido ao se inscrever no concurso. Pelas normas editalícias, portanto, o candidato fica obrigado a produzir prova contra si mesmo, embora se lhe permita, em caso de resultado positivo, tentar provar o contrário e interpor recurso.

O resultado do procedimento é a indicação ou contraíndicação do candidato, expedido por meio de relatório da Comissão de Análise das Investigações Sociais, designada pelo Diretor-Geral da Academia de Polícia Civil de Minas Gerais (ACADEPOL).

Interessante observar a cautela prevista no item 12.5.1 do edital do concurso, dispondo que “a contra-indicação somente pode ocorrer, após prévia sindicância levada a efeito, observado o contraditório, com emissão de relatório fundamentado e concordância expressa dos Membros da Comissão de Análise das Investigações Sociais”. Condicionar a contraíndicação à instauração de sindicância, fundamentação e oportunização de defesa ao candidato – diferentemente de parte dos concursos, que não tem observado o contraditório –, é dificultar que o candidato venha obter do Judiciário a posterior anulação do ato excludente.

No concurso para admissão ao Corpo Auxiliar de Praças da Marinha, a investigação social recebe o nome de *verificação de dados biográficos* e abrange duas fases (BRASIL, 2008a): a preliminar, destinada à análise e investigação dos dados informados pelo candidato por ocasião da chamada pré-inscrição, e a final, quando será preenchido um “questionário biográfico simplificado” pelo candidato classificado e convocado para o início do período de adaptação (item 9.2 do edital). É eliminado o candidato que não possui procedimento

irrepreensível e idoneidade moral inatacável (item 9.3), requisitos a serem cumpridos com o atendimento a outras exigências, presentes desde o início do certame:

3.1.2 - São condições necessárias à inscrição:

[...]

c) ter idoneidade moral e bons antecedentes para a situação de futuro militar da Marinha (art. 11 da Lei nº 6.880/80 - Estatuto dos Militares). Se militar ou membro da Polícia ou do Corpo de Bombeiros Militar, em atividade, apresentar, na data do início do período de adaptação, atestado de idoneidade moral e bons antecedentes, emitido pela autoridade a quem estiver subordinado [...]

[...]

f) não estar “sub judice”, respondendo a inquérito, condenado criminalmente ou cumprindo pena por crime militar ou comum;

g) não estar no serviço ativo das Forças Armadas por força de decisão judicial não transitada em julgado;

h) não ser portador de certificado de isenção do Serviço Militar, devido às suas condições morais, físicas ou mentais;

[...]

k) não ter sido reprovado, por insuficiência de nota de conceito ou por falta disciplinar incompatível com a condição de militar, em Curso de Formação ou Estágio de Aplicação de processo seletivo anterior [...]

Para a carreira de juiz de direito do Estado de Minas Gerais, segundo o edital do concurso de 2008 (MINAS GERAIS, 2008b), são requisitos de ingresso, entre outros, idoneidade moral, inexistência de antecedentes criminais e não estar sendo processado nem ter sofrido penalidades por prática de atos desabonadores no exercício profissional (item II.1). O preenchimento de tais requisitos é analisado a partir da inscrição definitiva, por meio da análise dos documentos apresentados neste momento (item VII.3), tais como “certidão do órgão disciplinar a que estiver sujeito o candidato, comprovando não estar sendo processado nem ter sido punido no exercício da profissão, cargo ou função”, currículo detalhando residência nos últimos dez anos, estabelecimentos de ensino frequentados, empregos em instituições privadas ou funções públicas exercidas e relação de dez autoridades, empregadores ou professores a quem serão pedidas informações a respeito do candidato. Além da previsão de observância ao contraditório e ampla defesa, peculiar a este concurso é a possibilidade de participação de qualquer pessoa na investigação social:

VII - DA INSCRIÇÃO DEFINITIVA

[...]

9 – Encerrado o prazo de inscrição definitiva, a Comissão do Concurso fará publicar, no “Minas Gerais - Diário do Judiciário”, a relação, em ordem alfabética, dos nomes dos inscritos, a fim de que qualquer pessoa ou entidade possa, no prazo de cinco dias contados da publicação, prestar informações sigilosas sobre candidato ou representar contra o pedido de deferimento de inscrição, apresentando ou indicando, no caso de Representação, provas do alegado.

9.1 – Em caso de informação sigilosa negativa a respeito de candidato, a Comissão do Concurso, supervisionada pelo Presidente da Comissão Examinadora,

diligenciará no sentido de apurar e esclarecer os fatos apontados, resguardando o sigilo do informante.

9.2 – Verificada a procedência da informação sigilosa negativa, será facultada defesa ao interessado, no prazo de dez dias.

10 – A Comissão do Concurso solicitará às autoridades indicadas pelos candidatos, bem como a outras autoridades, entidades e órgãos públicos, informações sigilosas a respeito dos mesmos, aplicando-se, em caso de informação negativa, o disposto no subitem 9.1 deste capítulo.

[...]

18 – Indeferido o pedido de inscrição definitiva, poderá o candidato, dentro de cinco dias contados da publicação prevista no item 17 deste capítulo, interpor recurso administrativo contra a decisão, dirigido à Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Caso o candidato permaneça no concurso, a investigação prossegue, estando previsto seu aprofundamento durante o curso de formação para ingresso na magistratura (item XI.7), com a possibilidade da utilização de equipe multidisciplinar, formada por médicos, psicólogos e outros profissionais julgados necessários para avaliar a aptidão, conduta e adequação ao exercício do cargo (item XI.9.3).

O edital do concurso de 2007 para procurador federal de segunda categoria, da Advocacia-Geral da União (FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, 2007a), dispõe que o candidato deve obter, como requisito básico para a investidura no cargo, manifestação favorável na fase chamada de *sindicância* ou *avaliação de vida progressa* (item 4.1.11). O procedimento visa a investigar a prática de ato desabonador da conduta do candidato; em caso positivo, há causa de impedimento para a posse (item 4.2.b).

Fica o candidato obrigado ao preenchimento de uma “ficha de informações confidenciais (FIC)”, na qual deverá informar sua religião, residências e empregos atuais e anteriores, estabelecimentos onde estudou desde o ensino fundamental, informações sobre processos cíveis ou criminais e inquéritos policiais em que ele ou algum de seus familiares tenha sido parte ou investigado, a existência de procedimento administrativo disciplinar, se já houver trabalhado no serviço público, existência de títulos protestados e cadastro em órgãos de proteção ao crédito, filiação a entidades de classe, frequência a clubes recreativos, prática de esportes, *hobbies* e vícios, como fumo ou bebida (FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, 2007b).

Desde logo pode-se considerar pertinente todo elemento de investigação relacionado à atuação profissional dos candidatos, havendo aí uma relação direta com o objetivo principal do concurso, que é selecionar os mais competentes.

Em contrapartida, outros fatores, já à primeira vista, podem parecer desnecessários ou injustificáveis: a religião, pelo fato de ser a República Federativa do Brasil um Estado laico e, nos termos da Constituição (BRASIL, 2008b), ser inviolável a liberdade de crença (art. 5º, VI e VIII); a existência de processos em que os familiares são partes, pelo princípio de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado (art. 5º, XLV); os *hobbies*, pelo questionamento de em que isso influirá na escolha dos candidatos; e, finalmente, o fumo ou a bebida, pelo fato de existirem drogas lícitas, devendo o vício ser considerado na medida de seu impacto no comportamento social do candidato e conjuntamente com os exames médicos pré-admissionais.

Entre os documentos necessários à avaliação de vida pregressa, destaca-se o item 10.1.d do edital, exigindo que o candidato apresente “declarações, de magistrados, professores universitários, autoridades outras, advogados, somando, no mínimo, três declarantes, que atestem a idoneidade moral e o correto comportamento social do candidato”. Além da dificuldade em se apreender o que seria idoneidade moral e um comportamento social correto, talvez sendo menos árduo saber o que não o seja, o método empregado mostra-se ineficiente, vez que fica à escolha do candidato as pessoas que declararão, e, sendo assim, o farão certamente em seu favor, o que indica que tal expediente não passará de mera formalidade.

É facultado à banca examinadora a realização de diligências, após a análise dos documentos, e aventada a possibilidade de ser o candidato ouvido ou entrevistado durante a investigação, embora não se lhe confira a oportunidade do contraditório propriamente dito, facultando-lhe, somente, a interposição de recurso administrativo.

No concurso para policial rodoviário federal de 2008, não há uma etapa de investigação social; o procedimento ocorre durante todo o concurso. O candidato, também nesse certame, preenche uma ficha de informações confidenciais, a partir da qual é apurado se o candidato apresenta “procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável”, de acordo com o item 18 do edital (BRASIL, 2008b).

São enumerados como requisitos para a investidura no cargo (item 3.1) o “procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável”, a declaração de não estar cumprindo sanção administrativa disciplinar, certidão do cartório de protesto de títulos e de antecedentes criminais.

A “investigação social e/ou funcional”, prevista no item 18 do edital, encontra-se regulamentada em instrução normativa (BRASIL, 2007), na qual o preenchimento dos

requisitos de procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável é longamente especificado:

Art. 6º. São fatos que afetam o procedimento irrepreensível e a idoneidade moral inatacável: Art. 2º A Avaliação de Saúde será composta de Exame Clínico, realizado por profissionais médicos e de Exames Complementares. (*sic*)

I - Habitualidade no descumprimento dos deveres de assiduidade, pontualidade, discrição e urbanidade;

II - Prática de ato de deslealdade às instituições legalmente instituídas;

III - Manifestação de despreço às autoridades e a atos da administração pública;

IV - Habitualidade em descumprir obrigações legítimas;

V - Relacionamento ou exibição em público com pessoas de notórios e desabonadores antecedentes criminais ou morais;

VI - Prática de ato que possa importar em escândalo ou comprometer a função policial;

VII - Frequência a locais incompatíveis com o decoro da função policial;

VIII - Uso de droga de qualquer espécie, prática de ato tipificado como infração penal ou qualquer prática atentatória a moral e aos bons costumes;

IX - Contumácia na prática de transgressões disciplinares; ou

X - Participação ou filiação como membro, sócio ou dirigente de entidade ou organização cujo funcionamento seja legalmente proibido ou contrário às instituições constitucionais ou ao regime vigente.

Destaque desse concurso é o grau de detalhamento conferido ao procedimento de investigação social, tornando público o roteiro a ser empregado por comissão formada por seis servidores do Departamento de Polícia Rodoviária Federal.

O anexo da instrução normativa prevê grande número de fontes e elementos de investigação, incluindo pesquisa de arquivos criminais, arquivos de informações do serviço de inteligência da Polícia Federal, das polícias civis e militares, Forças Armadas e Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), arquivos de informações das embaixadas e consulados (item 3.1.2) e consulta ao serviço de proteção ao crédito, visando detectar se o candidato “habitualmente descumpra obrigações legítimas” (3.1.3.a).

O procedimento da investigação social a ser feita na área residencial do candidato merece transcrição:

4 - DO PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO NA ÁREA RESIDENCIAL:

4.1 - Consiste na entrevista de pessoas que possam fornecer informações a respeito do candidato e deverá abranger:

a) Como é o relacionamento dos vizinhos com o candidato;

b) Qual o conceito que os vizinhos têm do candidato quanto ao seu temperamento. Se é calmo, agressivo, simpático, comunicativo, e outras situações atípicas;

c) Qual o padrão de vida que o candidato possui e se é compatível com o seu rendimento ou sua situação familiar;

d) Qual o conceito moral que os vizinhos têm do candidato, realizando entrevista policial de maneira a verificar os aspectos de honestidade;

- e) Quais os hábitos sociais do candidato, contemplando clubes sociais e associações que frequenta, vícios de embriagues (*sic*), uso de drogas, jogos de azar;
 - f) Prática de esportes, identificando suas modalidades, quem são seus contatos esportistas e quais os conceitos observados pela vizinhança em relação à esses contatos;
 - g) Se há algum vizinho que tenha registro de ocorrência com a Polícia ou com a Justiça e, em caso positivo, verificar qual o seu relacionamento com o candidato;
 - h) Outros questionamentos pertinentes para avaliar o comportamento do candidato junto aos vizinhos.
- 4.2 - No relatório sobre a investigação de vizinhança deverá consignar os nomes e endereços dos entrevistados, bem como suas opiniões a respeito do candidato.

Percebe-se a preocupação de aferir não somente a conduta do candidato, mas, também, a de todas as pessoas de seu círculo social. São levados em consideração os conceitos que os vizinhos têm do candidato, incluindo o conceito moral, o que os vizinhos acham de quem pratica esportes com o candidato, se algum vizinho esteve envolvido em procedimento policial ou judicial e o relacionamento deste vizinho com o candidato.

A investigação social consistirá também na entrevista de pessoas que possam fornecer informações, opiniões e conceitos, próprios ou alheios, acerca do candidato e de seu comportamento nos estabelecimentos de ensino onde estudou ou estuda (item 5 do anexo), nos locais recreativos (item 6) e nos locais de trabalho (item 7). Até aos locais de atendimento médico e hospitalar (item 8) também chega a investigação social:

8 - INVESTIGAÇÃO NOS LOCAIS DE ATENDIMENTO MÉDICO/HOSPITALAR:

8.1 - Consiste na verificação de locais de atendimento médico público ou particular, de grande concentração, com finalidade de verificar a existência de prontuários médicos relativos ao candidato.

8.2 - Busca de antecedentes médico-hospitalar que possam indicar doenças pré-existentes, consumo de medicamentos controlados, cirurgias, acidentes, etc.. (*sic*)

Evidente o exagero da medida, não se revelando ser o meio mais adequado para avaliar a saúde do candidato, pois, para isso, existem os exames pré-admissionais. É de se questionar sua própria viabilidade prática e jurídica, invadindo as informações dos prontuários do paciente, além de não guardar nexos plausíveis com a averiguação dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível.

O item 9.3 do anexo da instrução normativa dispõe que deve ser dado ao candidato o direito de ampla defesa, por meio do acesso aos motivos de sua não-recomendação e interposição de recurso administrativo. Não é mencionado o contraditório, nem prevista a oitiva do candidato antes de sua exclusão.

A leitura e a análise dos editais acima permitem observar, *a priori*, a existência de abusos no regramento do processo seletivo. O estudo de princípios constitucionais pode permitir verificar se as exigências e os critérios utilizados na investigação social estão de acordo com o ordenamento jurídico.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS

Uma vez necessário lançar mão da análise de princípios jurídicos para o teste da hipótese estabelecida na introdução do trabalho, algumas considerações para o delineamento de marco teórico pertinente fazem-se essenciais.

Parte-se da idéia de que princípios são normas, não necessariamente generalistas, abstraídas das obrigações políticas associativas e, assim, genuínas, impassíveis de pré-determinação de aplicabilidade, havidas num determinado contexto sócio-jurídico, delineado pelas práticas de pensamento e linguagem nas quais se inscrevem.

Tais princípios consideram a trajetória pretérita do Direito, para a atitude interpretativa criativa construtiva, de modo a possibilitar a continuidade do processo em desenvolvimento, sem jamais aprisionar ao passado ou esboçar projeções desarrazoadas para o futuro (DWORKIN, 2003).

A aplicação desses princípios, segundo DWORKIN (2003), passa por duas dimensões de prova: a adequação, que sugere que a interpretação que for adotada deve fluir ao longo de todo o texto, de maneira padronizada, na crença de que a continuidade o precedeu; e a justificação, por meio da qual a aplicação de determinado princípio deve ser passível de justificar-se como capaz de continuar o projeto de desenvolvimento do conteúdo coerente do Direito.

Diante disso, os princípios jurídicos não admitem ser hierarquizados ou ponderados, pois isso acabaria, em última análise, por definir regras de aplicação, de modo a mitigar a consideração das peculiaridades do caso concreto (NOGUEIRA, 2009).

Do princípio da supremacia do interesse público “resulta, em prol da Administração, posição juridicamente correspondente à preponderância do interesse entregue à sua cura” (MELLO, 1997, p. 55).

Os concursos públicos visam a selecionar os candidatos mais capacitados e adequados para o exercício de cargos ou empregos públicos, para que o Estado assim possa, por meio de seus agentes, realizar melhor suas finalidades. Esse é o interesse público, que deve, segundo tal princípio, prevalecer sobre o interesse particular do candidato.

Por outro lado, em um Estado de Direito Democrático, é também interesse público a participação e contribuição dos cidadãos nas atividades estatais. Eduardo Santos de Oliveira ensina:

O exercício de cargos públicos, ainda os de menor densidade hierárquica, é a atuação de um direito político [...] Deste modo, no ponto em que tornou os cargos públicos acessíveis aos brasileiros, a Constituição da República mais não fez que guardar estrita coerência com seu *status* de Constituição cidadã. Se isso é certo, segue-se que não se pode negar a um cidadão o direito de participar ele próprio do governo de seu Estado. (OLIVEIRA, 2004, p. 29).

Assim, a participação em concurso público é uma manifestação da participação popular, mais um modo de exercício da cidadania (MELLO, 1997, p. 29), sendo que impor condições que não encontrem pertinência com os princípios constitucionais pode ser incoerente com a própria idéia de participação e democracia, indo de encontro aos fundamentos da cidadania (art. 1º, II) e o objetivo da promoção do bem de todos, sem discriminações infundadas (art. 3º, IV), presentes na Constituição da República.

O interesse do candidato não é o da vedação à sua exclusão do concurso; seu interesse legítimo é que a referida exclusão, caso ocorra, encontre fundamento e relação com o interesse público que se almeja proteger.

O princípio da legalidade, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da CR), traduz-se, no Direito Administrativo, como o princípio que impede a Administração de impor condutas ou estabelecer restrições aos particulares, ou mesmo a seus agentes, que não encontrem previsão legal (MELLO, 1997, p. 61). Além disso, determina que a atividade administrativa não pode exorbitar da lei ou ser exercida contra a lei, mas que se desenvolva tão somente segundo a lei.

Reserva-se à lei, em sentido estrito, a imposição de condições que restrinjam o acesso às funções públicas, sob pena de ferir o princípio da legalidade contido no art. 37, I e II, da Constituição (BORGES, 2007, p. 102). Trata-se não só de limitação formal, mas, também, material, ficando vedado ao edital, ou à resolução editada para o concurso, inovar no ordenamento jurídico.

Por isso é que a exclusão de candidato em concurso público não pode fundamentar-se abstratamente no interesse, ou na supremacia do interesse público; é necessário que o interesse público esteja expresso em lei, que, por sua vez, busca fundamento na ordem constitucional:

O princípio cogitado [supremacia do interesse público], evidentemente, tem, de direito, apenas a *extensão* e *compostura* que a ordem jurídica lhe houver atribuído na Constituição e nas leis com ela consonantes. Donde, jamais caberia invocá-lo abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja sido irrogado, e, como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele *contra a Constituição ou as leis*. Juridicamente, sua dimensão, intensidade e tônica são fornecidas pelo Direito posto e só por este ângulo é que pode ser considerado e invocado. (MELLO, 1997, p. 56.).

Evidencia-se, neste ponto, a relação entre interesse público e legalidade, pois “é a representação popular, o Legislativo, que deve, impessoalmente, definir na lei e na conformidade da Constituição os interesses públicos e os meios e modos de persegui-los” (MELLO, 1997, p. 59).

Do mesmo modo que, nos termos da Súmula 686 do Supremo Tribunal Federal, “só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público” (BRASIL, 2003b), os requisitos relacionados à conduta e moral do candidato devem encontrar previsão legal, expressando um interesse público *positivado*.

A igualdade ou isonomia aparece no preâmbulo da Constituição como valor supremo de uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. No art. 5º, é direito fundamental. Antes, no art. 3º, é tida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, ao inciso IV vedar preconceitos e quaisquer outras discriminações. Como princípio, há de rechaçar “o que lhe venha em contrário como impróprio e insubsistente” (ROCHA, 1990, p. 20).

Toda e qualquer restrição à igualdade (entendida, aqui, como plena acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas) deve estar prevista em lei (art. 37, I, da CR). Cármen Lúcia Antunes Rocha (1990, p. 39-40) enumera alguns critérios para a promoção da igualdade pela lei. Em primeiro lugar, não deve a lei permitir ou possibilitar a manutenção de desigualdades que não estejam fundadas em critérios de fato ou de direito. Em segundo, não pode criar desigualdades entre pessoas com situação jurídica que permita a igualação. Terceiro, veda-se à lei sedimentar ou favorecer preconceitos ou discriminações. Quarto, pretende-se que a lei elimine as desigualdades pela desigualação. Por último, será legítimo o

tratamento igual ou desigual que não seja arbitrário, que realize o ideal de justiça e se justifique pela razão humana.

A maior dificuldade para a perfeição do princípio constitucional da igualdade reside exatamente na busca de um critério justo para a igualação ou para a desigualação. Não há critério diferenciador sempre aplicável ou, pelo contrário, absolutamente impossível de ser aproveitado. O que o princípio da igualdade definitivamente afasta é a possibilidade de um fator, que por imaturidade humana seja fonte de atitudes preconceituosas, só por isso erija-se a critério normativo de diferenciação. A Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (1990, p. 45-46) disserta que a validade do critério tomado como desigualador será aferida pela consideração de sua natureza intrínseca e da estrita correspondência existente entre ele (o critério) e o interesse que se pretenda proteger. Ressalta que a relação entre a desigualação e o interesse jurídico protegido deve ser direta, objetiva e justificada; caso contrário, o critério não passa de puro preconceito e, por conseguinte, a desequiparação é inválida.

De tais considerações decorre que os requisitos de ingresso, ainda que estabelecidos em lei, não podem contrariar o princípio da isonomia, privilegiando o acesso por candidatos que detenham determinada cor, sexo, idade ou estado civil, salvo se a natureza do cargo o exigir (art. 39, § 3º, c/c art. 7º, XXX, da CR).

Se o princípio é de que todos podem ter acesso às funções públicas, qualquer elemento ou critério de análise, empregado na investigação social, que resulte em manutenção de uns candidatos no certame, com a exclusão de outros, ainda que previsto em lei, deve se pautar em necessidades decorrentes da própria natureza e atribuições do cargo em disputa, com vistas ao atendimento do interesse público, sob pena de se tornar pretexto para discriminações injustificáveis.

Da impessoalidade pressupõe-se a imparcialidade, que pode ser lida como sendo a qualidade de quem não é parte. O princípio da impessoalidade enuncia que não se permitem favoritismos nem perseguições, discriminações em benefício ou em detrimento de quem quer que seja (MELLO, 1997, p. 70). É decorrência direta do princípio da isonomia:

Assim, o princípio da igualdade, para o qual a plena acessibilidade à função pública guarda íntima correlação, também demanda aspectos fáticos indeclináveis, tais como uma base nos regramentos mais elementares e substanciais da humanidade, porquanto afastada de preferências subjetivas ao critério do intérprete, e calcada na necessidade inviolável de idêntico tratamento jurídico às partes envolvidas em qualquer propósito de conflito [...]. (OLIVEIRA, 2004, p. 27).

A efetividade do princípio da impessoalidade pressupõe a existência da própria legalidade:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a *tradução jurídica* de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. (MELLO, 1997, p. 59).

Acrescente-se que o princípio da impessoalidade exige a adoção de critérios objetivos, presentes em lei e edital e aplicados pelas comissões de investigação social, exatamente para evitar os já citados favoritismos ou perseguições.

Segundo o princípio da moralidade administrativa, “a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos”, sendo-lhes “interdito qualquer comportamento austucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos” (MELLO, 1997, p. 72-73).

Se não somente a Administração, mas também seus agentes, têm de se comportar segundo princípios éticos, é plausível a exigência legal de boa conduta dos candidatos a um cargo público. Nesse caso, será considerado como o candidato se comporta em sociedade e, cumulativamente, como esse comportamento, a ser apreendido mediante critérios objetivos pela comissão do concurso, poderá ou não influir em seu desempenho profissional ou no funcionamento da entidade cujo cargo eventualmente venha a ocupar.

Especial destaque merece, na definição do princípio, a utilização dos termos “atuar” e “comportamento”, evidenciando que a moralidade administrativa abrange condutas (o agir), não características dos candidatos relacionadas à sua personalidade (o ser), não podendo estas últimas serem consideradas, na investigação social, a título de verificação de idoneidade moral e sob o pretexto de observância a esse princípio.

Vale ressaltar que, no âmbito da Administração Pública Federal, a Lei nº 8.112 (BRASIL, 1990), em seu art. 5º (BRASIL, 2008e), não inclui como requisitos para a investidura em cargo público a idoneidade moral e a conduta irrepreensível, com a ressalva do §1º de que as atribuições do cargo possam justificar a exigência de outros requisitos estabelecidos em lei. Por outro lado, é dever do servidor manter conduta compatível com a moralidade administrativa (art. 116, IX).

O princípio da eficiência “pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados” (DI PIETRO, 2005, p. 84).

A exigência constitucional do concurso público é meio de privilegiar a eficiência no serviço público, o qual será exercido pelos indivíduos mais capacitados. Maria Cecília Mendes Borges corrobora tal afirmação:

É que o processo de preenchimento das funções públicas influi de forma determinante em seu exercício, no perfil, qualidade e estilo do agente que se seleciona, definindo-se, em última análise, qual o estilo de Estado pretende-se construir. (BORGES, 2007, p. 40),

A capacidade do candidato, com reflexos posteriores, caso venha a ser nomeado, na eficiência do serviço público, será aferida principalmente com a aplicação das provas do concurso. Não obstante, a investigação social pode contribuir para a observância do princípio da eficiência na medida em que permita afastar candidatos que sejam claramente inadequados para o exercício de determinada função pública.

A respeito do princípio da razoabilidade, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.[...]
[...] Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu lóbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos [...]. (MELLO, 1997, p. 66)

Uma providência desarrazoada é também ilegal, pois desconforme à lei no sentido de transbordar um de seus limites, qual seja, a finalidade (MELLO, 1997, p. 67).

Como princípio constitucional, a razoabilidade impõe inclusive o controle de constitucionalidade de leis que estabeleçam exigências abusivas ou desconexas ao candidato a cargo ou emprego público. O Supremo Tribunal Federal foi nessa direção, qual seja, da passagem de um simples exame de legalidade para a análise da constitucionalidade, ao editar súmulas assentando seu entendimento a respeito de questões controvertidas em matéria de provimento de cargos públicos, nas súmulas 683 a 686.

Segundo Oliveira:

[...] ainda que exista lei anterior disciplinando a carreira, urge verificar em que medidas encontram-se assentadas as exigências para investidura no cargo, posto que a compatibilização destas com os princípios que regem o constitucionalismo vigente obriga que não sejam desprovidas de razoabilidade, sempre aderindo à natureza e complexidade dos cargos públicos. (OLIVEIRA, 2004, p. 94).

A razoabilidade, como parâmetro administrativo na execução do concurso, implica “avaliar se dada medida representa o meio mais adequado à consecução do interesse público, do qual a Administração Pública não pode se afastar” (OLIVEIRA, 2004, p. 91-92).

Se certa exigência, presente em concurso público, está conforme ao princípio da razoabilidade, e não há uma única solução plausível e ideal para avaliar determinada capacidade ou característica necessária ao cargo, há de ser reputada válida. O Judiciário não poderá anular o meio utilizado pela comissão do concurso, pois, “existindo discricção, é ao administrador – e não ao juiz – que cabe decidir sobre qual seria a medida adequada” (MELLO, 1997, p. 67). Lado outro, se, num dado caso, não é possível saber qual seria a medida mais adequada, com certeza pode-se saber que determinadas medidas absolutamente não o são, cabendo ao Judiciário, neste caso, desconstituí-las, por dessarazoadas.

A proporcionalidade é faceta do princípio da razoabilidade (MELLO, 1997, p. 68), ressaltando naquela a proibição de excesso. Nesses termos, não é razoável a decisão discricionária que não guarda proporção adequada entre os meios utilizados e os fins colimados na lei. (DI PIETRO, 2005, p. 81).

O excesso é certamente desnecessário ao atendimento do interesse público, que é, em última instância, a finalidade de toda e qualquer lei, donde se conclui que um ato desproporcional é também ilegal, sendo certo que “ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público” (MELLO, 1997, p. 68).

Quando os editais de concursos tentam especificar o preenchimento dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível por meio de outras exigências, tem-se que estas serão válidas somente até a medida em que se relacionem com a natureza e atribuições do cargo, vedadas condições abusivas, que não se justifiquem em face do interesse público.

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição (BRASIL, 1988) estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (1997, p. 71), do preceito se entende que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, deve oferecer oportunidade de contraditório e ampla defesa, inclusive o direito de recorrer das decisões tomadas.

A eliminação do candidato, que obtém parecer desfavorável na investigação social, não prescinde, portanto, da ampla defesa.

O princípio da publicidade “exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipótese de sigilo previstas em lei”. (DI PIETRO, 2005, p. 75).

Em sendo legalmente previstos os requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível, os fatores que serão considerados para sua análise deverão ser divulgados no edital ou em atos normativos anteriores à investigação social, assim como o método empregado para a obtenção de informações relativas ao candidato. A publicidade faz-se necessária até mesmo em observância ao princípio da ampla defesa, pois não haverá como o candidato contestar eventual parecer desfavorável se não tiver conhecimento dos meios utilizados para se chegar à conclusão de que ele é inapto para o cargo.

Lembre-se, obviamente, que as informações pessoais colhidas serão mantidas em sigilo, estando o acesso restrito ao candidato ou seu procurador.

Vale transcrever a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, acerca do princípio da motivação:

Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo. (MELLO, 1997, p. 69).

Para o citado autor, o princípio da motivação tem dois pilares: a cidadania, como fundamento da República, tendo os cidadãos a prerrogativa de saber o porquê de decisões tomadas por delegatários do poder que emana do povo, e a inafastabilidade do controle jurisdicional, que somente será exercido eficazmente tomando como partida os próprios fundamentos apontados pelo administrador público.

Também a ampla defesa só se concretiza se houver fundamentação que possibilite ao prejudicado conhecer os motivos que ensejaram a decisão para, a partir deles, formular, administrativamente ou em juízo, as razões pelas quais entende deva ser anulada.

O princípio do estado de inocência, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, inciso LVII, da CR) é tratado doutrinariamente muito mais como uma garantia do acusado em processo penal. A própria topografia do inciso, entre dispositivos que atinam ao processo, indica estar na Constituição como uma das garantias processuais.

Nessa linha de entendimento, Fernando Capez afirma:

O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não-culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual. (2006, p. 44)

O raciocínio, presente no processo penal, de que somente uma condenação criminal transitada em julgado pode ensejar a aplicação da pena, não se pode simplesmente transpor para o Direito Administrativo.

É conhecido o princípio da independência das instâncias penal e administrativa, sobretudo na aplicação de sanções disciplinares a servidores públicos (DI PIETRO, 2005, p. 536), a qual não se vincula em absoluto à decisão proferida no juízo criminal.

Entretanto, a decisão de exclusão de candidato, baseada em parecer desfavorável na investigação social, que não esteja fundamentada na existência de condenação criminal transitada em julgado cujos efeitos persistem, deve estar fundamentada em lei que preveja a restrição ou dispor de outros elementos de análise e de farta documentação que permita elidir a presunção de não-culpabilidade e se justificar em face da idoneidade exigível do futuro ocupante do cargo, devendo o exame da idoneidade ser tanto mais rigoroso quanto maior for a autoridade inerente ao cargo. Caso contrário, havendo dúvida a respeito, deve o candidato permanecer no certame.

4. REQUISITOS DE VALIDADE

Nos termos do art. 5º, XIII, da CR, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, e, segundo o art. 37, I, os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis àqueles que preencherem os requisitos estabelecidos em lei. É imprescindível, pois, a previsão legal dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível.

Os fatores de análise do preenchimento desses requisitos devem constar ao menos do edital ou outro ato normativo do concurso, os quais devem mencionar os meios e critérios utilizados na investigação social.

O edital, por ser ato infralegal, não é instrumento hábil a criar obrigações para os candidatos. Tecnicamente, portanto, pode-se afirmar que o edital não é a lei do concurso. O administrador público que inclui no edital exigências não decorrentes da lei acaba por usurpar uma competência que é do Legislativo, ferindo o princípio da separação dos poderes (OLIVEIRA, 2004, p. 64).

Os requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível permitem ampla margem de subjetividade ao intérprete, em função da própria indefinição semântica dos termos que os expressam.

Há, porém, diferença entre a indefinição dos requisitos e a ausência, insuficiência ou subjetividade dos critérios de avaliação do preenchimento desses requisitos. Sugere-se que sejam objetivos pelo menos os critérios de verificação.

Sobre a necessidade de objetivização nas diversas etapas dos concursos, Maria Cecília Mendes Borges observa:

Conclui-se que os concursos, em suas várias fases, devem ser objetivizados, até mesmo naquilo que aparenta subjetividade, como avaliações orais, entrevistas e psicológicas, oportunizando-se vista e recursos administrativos aos candidatos, e garantindo-se a transparência administrativa, devendo o procedimento ser permeado pela moralidade, eficiência e razoabilidade. (BORGES, 2007, p. 170).

Constata-se que nas provas orais existe, como parâmetro, o direito, no exame psicotécnico a psicologia, e, na investigação social, há que se perguntar quais seriam seus subsídios científicos.

Tendo em vista a impossibilidade de acesso às decisões das comissões dos concursos, pela necessidade de se resguardar o sigilo das informações colhidas e a própria privacidade

dos investigados, é possível que a eliminação de candidatos seja tomada com base em indícios.

Para conferir um pouco de objetividade e, conseqüentemente, cientificidade, à decisão que exclui candidato reprovado em investigação social, seria interessante a utilização de pareceres de assistentes sociais ou mesmo a formação de comissões interdisciplinares.

Com ou sem tais comissões, é perfeitamente possível que o edital do concurso mencione fatores objetivos a serem ponderados, por exemplo, a existência de faltas disciplinares cometidas, a relevância de inquéritos policiais que não resultaram em denúncia, entre tantos outros.

Acrescente-se que entre saber o que é moral ou correto e o que não o é, talvez seja menos difícil a segunda alternativa. Chegar-se-á, por exclusão, à seleção dos candidatos idôneos pela conclusão daqueles que certamente não o sejam.

Da leitura de dois dispositivos constitucionais – incisos I e II do art. 37 –, infere-se que o interessado em ocupar um cargo ou emprego público deve atender aos requisitos previstos em lei e obter aprovação num concurso público, cujas exigências devem guardar pertinência com a natureza e a complexidade da função a ser exercida, segundo parâmetros fixados por lei.

A *ratio* presente nos incisos é decorrência dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo que tanto maiores poderão ser as exigências quanto mais complexas as atribuições e maiores as responsabilidades inerentes à função pública.

Torna-se evidente, portanto, a necessidade de uma relação de pertinência, adequação, compatibilidade e proporcionalidade entre as exigências impostas ao candidato e a natureza da função a ser exercida (OLIVEIRA, 2004, p. 61).

Serão válidos os requisitos de moral inatacável e correto comportamento social somente na medida em que contribuam para a satisfação do interesse público, ou, em outras palavras, somente para garantir que a entidade irá melhor cumprir suas finalidades, em respeito ao princípio da eficiência.

O raciocínio empregado pelas comissões de investigação social deve ser o de como o desatendimento a esses requisitos pode certamente comprometer o bom, fiel, probo, responsável e eficiente desempenho da função, ou, pelo contrário, o seu atendimento, em maior ou menor escala, pode contribuir para o exercício funcional de forma mais ou menos

satisfatória, principalmente se a alta qualidade do serviço a ser prestado faz parte dos próprios objetivos da instituição em que se pretende ingressar.

Quanto à idoneidade moral do candidato, a exigência deve ter relação com o cumprimento do princípio da moralidade *administrativa*, que, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, já citada, abrange formas de atuação, comportamentos (1997, p. 72-73), não características ontológicas que em nada digam respeito ao exercício da função pública.

A condição de idoneidade moral inatacável será justificável sobremaneira em cargos de direção ou chefia ou que confirmam autoridade a seu titular, que terá poder de decisão ou de restrição a direitos dos administrados.

Mesmo os requisitos estabelecidos por lei, se se mostrarem abusivos, dessarazoados, que não guardam pertinência com as atribuições do cargo, ficam sujeitos ao controle de constitucionalidade, pois, ao mesmo tempo que em nada contribuirão para a concretização do princípio da eficiência e da moralidade na Administração Pública, significarão um claro descumprimento dos princípios da impessoalidade e da igualdade, estabelecendo infundadas restrições do acesso aos cargos públicos.

Eduardo Santos de Oliveira (2004, p. 54-57) prefere falar não em restrição do acesso aos cargos públicos, mas, sim, do estabelecimento de critérios que possibilitem selecionar os candidatos adequados para o seu exercício. Nesses termos, os requisitos legais a que se refere a Constituição não seriam requisitos de restrição, mas, sim, de adequação.

No âmbito federal, o artigo 50 da Lei nº 9.784 (BRASIL, 1999) determina a obrigatoriedade de fundamentação se o ato administrativo nega, limita ou afeta direitos ou interesses (inciso I) ou decide processo administrativo de concurso ou seleção pública (inciso III).

Mais do que ilegal, “é inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público”, segundo a Súmula 684 do STF (BRASIL, 2003a).

Deve-se lembrar que, caso a banca examinadora exclua o candidato sem fundamentos, ou com fundamentação deficiente ou baseada em indícios, poderá ele obter judicialmente sua permanência no concurso. Nesse caso, sendo aprovado ao final e se não há certeza sobre sua inidoneidade para o cargo, a dúvida poderá ser sanada antes da estabilidade, com a avaliação durante o estágio probatório, e, após tornar-se estável, por meio de avaliação periódica de desempenho, instrumentos jurídicos disponíveis, mas que não têm sido efetivamente

aplicados na prática. Ademais, a todo tempo o futuro servidor público estará sujeito a sanções disciplinares, inclusive à pena de demissão ou mesmo cassação de aposentadoria, se inativo.

Entre os direitos e garantias fundamentais, encontra-se o preceito segundo o qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV, da Constituição).

Polêmica surgiu a respeito do direito de ampla defesa do candidato prejudicado em concurso público, se ele se esgotaria com a possibilidade de interposição de recurso administrativo ou se deveria assegurar também o contraditório.

Celso Antônio Bandeira de Mello julga necessário o contraditório antes de qualquer *decisão gravosa* (1997, p. 71), não mencionando a necessidade de litígio propriamente dito.

5 A VERIFICAÇÃO DOS REQUISITOS DE IDONEIDADE MORAL E CONDUTA IRREPREENSÍVEL

Com o intuito de especificar o preenchimento dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível, os editais costumam desdobrá-los em outras exigências, cujo cumprimento será analisado pelas comissões de investigação social.

Entre tantos concursos públicos, os elementos considerados pelas comissões são inúmeros, assim como são diversas as possibilidades casuísticas de uma vida pregressa.

São conhecidas as exigências de apresentação, pelos candidatos, de certidão de antecedentes criminais expedida pelo juízo criminal onde tenha residido nos últimos anos e de folha de antecedentes criminais fornecida pelas secretarias de segurança pública dos Estados da federação.

Situações distintas aparecem nos registros criminais, sejam eles judiciais, atestando a existência de processos penais, ou administrativos, indicando a instauração de inquéritos policiais.

Se do registro consta a absolvição transitada em julgado, e esta se deu por inocência provada, está fora de dúvida que isso não poderá ser considerado como desabonador da conduta do candidato, uma vez que a instância competente, qual seja, o juízo criminal, decidiu definitivamente pela inexistência da autoria e do crime como fato típico, antijurídico e

culpável, nada mais se podendo discutir a esse respeito e ficando o réu a salvo de toda e qualquer restrição de direitos em razão dos fatos discutidos nos autos.

O mesmo raciocínio da absolvição se aplica, mas com resultado contrário, à condenação criminal transitada em julgado e cujos efeitos persistem, antes da reabilitação. Nesse caso, o princípio da segurança jurídica faz reputar incontestado o cometimento do crime pelo acusado, sendo certamente uma prova irrefutável de seu mau comportamento.

No que toca à reabilitação, sua consideração pela comissão do concurso é ilegal em razão do sigilo sobre o processo e a condenação assegurado pelo art. 93 do Código Penal (BRASIL, 1940). Ademais, o candidato logrou reabilitação em virtude mesmo da demonstração efetiva e constante, dois anos após o cumprimento da pena, de bom comportamento público e privado ao juiz (art. 94, II). Desse modo, não pode mais ele ser prejudicado em função da condenação. Caso contrário, por via transversa, estar-se-lhe-ia impondo uma pena perpétua, em contrariedade ao 5º, inciso XLVII, alínea b, da Constituição (BRASIL, 1988).

Vislumbram-se situações que compõem, na verdade, uma mesma categoria, a da inexistência de absolvição por inocência provada ou condenação criminal transitada em julgado, com diferença entre elas apenas no grau de dúvida que paira a respeito do comportamento irrepreensível do candidato. São elas a existência de inquérito policial arquivado ou em curso, a transação penal, a existência de processo criminal, a suspensão condicional do processo, a prescrição², a absolvição por insuficiência de provas e a condenação não transitada em julgado. Em todas elas, (ainda) não se estabeleceu a certeza jurídica sobre a materialidade do crime e sua autoria, não se tratando, pois, de substrato probatório irrefutável de mau comportamento. Tais situações devem, portanto, ser analisadas na investigação social em conjugação com instrumentos normativos legais que estabeleçam eventuais requisitos específicos para acesso a cargos públicos, bem como com outros fatores relacionados à conduta e moral do candidato.

Claro que um inquérito policial que não resultou em denúncia terá menos relevância que um processo judicial já instaurado, assim como a condenação criminal com recurso pendente de julgamento reveste-se de maior consistência do que um processo que ainda não foi decidido sequer em primeira instância.

² Entenda-se: prescrição da pretensão punitiva, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Se a prescrição for da pretensão executória, como permanecem os efeitos penais e extrapenais da condenação, à exceção da pena (BITENCOURT, 2006, p. 882), aplicam-se as considerações já feitas sobre a condenação transitada em julgado ou reabilitação.

O número e a diversidade de anotações nos registros criminais devem também ser fatores de consideração, assim como o tipo e a gravidade da infração penal que se imputa ao candidato. Evidentemente que a denúncia por crimes contra a Administração Pública interessaria mais à investigação social que a prática de contravenção. Igualmente, um único registro de inquérito policial arquivado não tem o condão de elidir a presunção de boa conduta do candidato.

Situação peculiar cé a de o candidato já ter aceitado proposta de transação penal, nos termos do art. 76 da Lei nº 9.099 (BRASIL, 1995), ou a suspensão condicional do processo, conforme previsão do art. 89 do mesmo diploma.

Os requisitos que autorizam o Ministério Público a oferecer transação penal são menos rigorosos que os da suspensão do processo. Ao aceitar aquela, o sujeito cumprirá penas restritivas de direitos ou de multa, enquanto, ao aceitar esta última, sujeitar-se-á tão-somente a condições, cujo cumprimento é menos gravoso. Outra diferença entre os dois institutos é que a suspensão condicional requer o recebimento da denúncia, ao passo em que a transação penal é anterior a esse momento processual.

Ponto comum é que, em ambas as situações, não há condenação e, sim, um acordo entre o sujeito e o Ministério Público, com a homologação do juiz.

A transação penal não pode constar em certidão de antecedentes criminais, salvo para fins de nova proposta (art. 76, § 6º, da Lei nº 9.099; BRASIL, 1995). Assim, se a comissão examinadora levá-la em consideração, estará agindo ilegalmente.

Por sua vez, os fatos – lembre-se: não provados – que ensejaram a proposta de suspensão condicional do processo deverão ser considerados como meros indícios de conduta na investigação social, a serem sopesados em conjunto com outros elementos de análise.

Se, além de ter aceitado a proposta de suspensão, o candidato já a cumpriu, tendo sido extinta sua punibilidade (art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099; BRASIL, 1995), razão maior haverá para que a anotação no registro criminal perca relevância, pois neste caso ele já se encontra quite com a Justiça.

Não é possível afirmar que somente uma condenação criminal transitada em julgado poderia ensejar a exclusão de candidato baseada em parecer negativo na fase de investigação social. A exigência do trânsito em julgado de sentença condenatória refere-se à aplicação de uma pena num processo criminal. A exclusão de candidato de concurso é medida administrativa, mas, se não está baseada em condenação criminal definitiva, deve fundar-se

em outros elementos (inclusive legais) e farta comprovação que possibilitem formar a convicção de inidoneidade.

Quanto à imposição de medida sócio-educativa ao candidato quando era menor de idade, terá ele, em seu desfavor, o mau comportamento na adolescência e, favoravelmente, a condição de inimputável à época e a possibilidade de ter se recuperado.

As informações contidas nos registros funcionais do candidato atestam, obviamente, o seu comportamento *no exercício de profissão*; por isso, tais registros devem ser a fonte primacial da investigação social, pois fornecem elementos de análise relativos à moralidade *administrativa*.

Existente anotação desabonadora na pasta funcional, há que se verificar a gravidade do fato imputado, a instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar, a aplicação de sanção disciplinar e o tipo de penalidade. Deve ser considerada, também, a existência de impugnação judicial do ato punitivo.

Se os elementos colhidos pela comissão investigadora não são consistentes para a não recomendação do candidato, sua conduta poderá ser avaliada em momentos posteriores, caso venha a tomar posse do cargo.

Alguns editais costumam exigir dos candidatos a apresentação de consultas a cadastros restritivos de crédito, por exemplo, os conhecidos como SPC, Serasa e Cadin-Bacen.

Há que se perquirir qual a finalidade da exigência, provavelmente averiguar a idoneidade financeira ou honestidade do candidato; e qual a relação com o interesse público, com o satisfatório desempenho do futuro ocupante do cargo ou emprego.

É comum a lei exigir a quitação das obrigações militares e eleitorais, não as civis, sendo que os requisitos de cumprimento dos deveres para com o Estado se justificam na medida em que o candidato pretende exatamente a ele servir.

Ademais, a presença de informações dos candidatos nos cadastros de crédito não implica a certeza da existência de débitos, nem prova de desonestidade.

Primeiramente, um único registro não tem aptidão para caracterizar a inidoneidade do candidato.

Nem sempre o candidato encontra-se em débito perante terceiros por sua vontade, mas, sim, por infortúnios como o desemprego, sendo seu ingresso no serviço público

justamente uma forma de voltar a auferir renda para, a partir daí, legitimamente cumprir suas obrigações.

Lado outro, muitas vezes as empresas promovem indevidamente a inclusão dos nomes dos consumidores nos referidos bancos de dados, dando margem ao pleito judicial de indenização por danos morais. Certamente a diferença entre a dívida contestada pelo candidato, no âmbito do concurso ou em juízo, e a reconhecida por ele, deve ser considerada.

Acrescente-se que indícios de que o candidato não cumpre tempestivamente suas obrigações civis não significam que ele não irá cumprir seus deveres profissionais.

Por fim, há quem possa entender a exigência de *nome limpo na praça* adequada somente às especiais idoneidade moral e conduta irrepreensível exigíveis para determinados cargos. Por exemplo, se a função a ser exercida estiver relacionada à fiscalização ou cobrança de créditos, fazendo sentido presumir que o servidor que trabalha fazendo cumprir deveres e obrigações dê o seu exemplo.

No estudo dos editais constatou-se que alguns, ao especificarem os elementos considerados na aferição dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível, prevêm fatores desarrazoados ou desproporcionais em face do interesse público, como os *hobbies* do candidato, sua religião, o conceito moral que os vizinhos têm dele e das pessoas de seu círculo social, entre tantos outros pertinentes à sua privacidade e intimidade.

Cabe sumariamente precisar o que se entende por intimidade e vida privada. A noção de privacidade (particular, próprio, pessoal, individual) parece sugerir algo isolado, distante, solitário, ligando-se, ainda, ao sentido de propriedade. Por sua vez, a idéia de intimidade, embora significando o que é íntimo, interior, recôndito ou escondido, remete, ao mesmo tempo, a um conteúdo intersubjetivo, relacional, de proximidade, confiança e amizade. A intimidade integra a vida privada, porém de uma forma mais dinâmica, tratando-se da projeção da privacidade no âmbito das informações pessoais e do relacionamento comunicativo. (SAMPAIO, 1998, p. 268, 351).

Sem embargo da distinção entre os dois conceitos, um ponto comum é que ambos podem ser concebidos como liberdade de não-intromissão e de autonomia, de modo que invadir a vida privada equivale a invadir a intimidade, ou seja, intrometer-se no espaço de autonomia e de independência da pessoa. (SAMPAIO, 1998, p. 267, 269).

É inerente à conclusão tomada na investigação social, na parte relativa à análise de dados da vida pessoal do candidato, certo grau de relativização diante da diversidade de

interpretações possíveis. Não existe, aqui, a objetividade das folhas e certidões de antecedentes criminais, que ao menos apontam a tramitação de um processo, ainda que não findo, sem decisão definitiva.

Valem, neste ponto, as considerações já tecidas a respeito do princípio da moralidade, vale frisar, *administrativa*.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível, previstos em lei como condições para o ingresso em determinadas carreiras públicas, têm-se desdobrado em outras exigências presentes nos editais.

Elementos da investigação social relacionados à atuação profissional encontram validade no ordenamento jurídico, pois dizem respeito diretamente ao atendimento do interesse público em selecionar candidatos adequados ao cargo ou emprego em disputa.

Outros fatores de análise, como religião, *hobbies* e conceito moral que a vizinhança tem do candidato e das pessoas de seu círculo social, mostram-se desarrazoados ou desproporcionais, pois atinentes à intimidade e vida privada e indiferentes ao probó e eficiente desempenho da função pública.

Por sua vez, registros de condenação criminal transitada em julgado, anteriormente à reabilitação, e absolvição pela inocência do réu, são hábeis, respectivamente, à caracterização da inidoneidade ou idoneidade, ao passo em que inquéritos policiais e processos criminais não transitados em julgado devem ser relativizados diante da existência de lei que preveja o requisito ou ainda da existência de um conjunto de outros elementos indicativos de mau comportamento.

Toda exigência, ainda que prevista em lei, deve guardar compatibilidade com as atribuições do cargo ou emprego, e o seu não atendimento deve influenciar, direta ou indiretamente, o satisfatório desempenho funcional.

Além da pertinência das imposições legais e editalícias, os princípios da igualdade, plena acessibilidade às funções públicas, impessoalidade e moralidade administrativa pressupõem a objetividade dos critérios de análise e a publicidade dos métodos empregados,

sob pena de se instituírem restrições arbitrárias, dando ensejo a perseguições ou favorecimentos.

Se os elementos colhidos regularmente no procedimento não permitem uma decisão consistente, deve o candidato ser mantido no concurso público. O ordenamento jurídico disponibiliza instrumentos subseqüentes para a avaliação de conduta, como o estágio probatório, a avaliação periódica de desempenho, depois da estabilidade, e processos disciplinares que podem terminar no desligamento do servidor ou mesmo na cassação de aposentadoria do inativo. Como visto, a decisão sumária de eliminação do candidato lhe antecipa um ônus que pode vir licitamente após seu ingresso no serviço público.

A decisão excludente há de ser fundamentada, possibilitando, assim, o conhecimento dos motivos da não recomendação e o exercício pleno da ampla defesa, materializada na oportunidade de interposição de recurso administrativo e, em vista da gravidade do ato, também no contraditório.

Por outro lado, a impugnação judicial da decisão nem sempre garante uma solução adequada. Situações análogas não justificam interpretações casuísticas; pelo contrário, a justiça das decisões reclama a adoção de critérios de julgamento mais uniformes, assentando quais situações são aptas a elidir a presunção de não-culpabilidade.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral: volume 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BORGES, Maria Cecília Mendes. **Concurso público**: controle administrativo e jurisdicional do acesso às funções públicas. 2007. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

BRASIL. Comando da Marinha. Diretoria de Ensino da Marinha. Edital de 3 de julho de 2008a: processo seletivo de admissão ao Corpo Auxiliar de Praças da Marinha. Disponível em: <<https://www.ensino.mar.mil.br/index1.html>>. Acesso em: 03 ago. 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 jan. 2012.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 01 set. 2011.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 18 jan. 2012.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 18 jan. 2012.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 18 jan. 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Polícia Rodoviária Federal. Edital n.º 001/2008 – PRF, de 18 de julho de 2008b. Disponível em: <http://www.cespe.unb.br/concursos/dprf2008/arquivos/ED_1_2008_PRF_REABERTURA_FORMI.PDF>. Acesso em: 02 ago. 2011.

BRASIL. Instrução normativa n.º 4, de 8 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.cespe.unb.br/concursos/dprf2008/arquivos/IN_04_2007_INVESTIGA____O_SOCIAL_E_OU_FUNCIONAL_1.1.PDF>. Acesso em: 02 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 684. DJ de 9/10/2003a, p. 5. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 9 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 686. DJ de 9/10/2003b, p. 5. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 9 abr. 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário). São Paulo: Saraiva, 2006, 735 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005, 765 p.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Centro de Seleção e de Promoção de Eventos (CESPE). Edital n.º 1 – CESPE/UnB, de 2 de maio de 2007a. Disponível em: <http://www.cespe.unb.br/concursos/_antigos/2007/AGUPROC2007/arquivos/ED_1_2007_AGU_PROCURADOR_COLUNADO.PDF>. Acesso em: 03 ago. 2008.

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Ficha de informações confidenciais (FIC) para o Edital n.º 1 – CESPE/UnB, de 2 de maio de 2007b. Disponível em: <http://www.cespe.unb.br/concursos/_antigos/2007/AGUPROC2007/>. Acesso em: 03 ago. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

MINAS GERAIS. Polícia Civil do Estado de Minas Gerais. Academia de Polícia Civil. Divisão de Recrutamento e Seleção. Edital n. 01/2008a: concurso público regionalizado. Disponível em: <http://www.acadepol.mg.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=22&Itemid=45>. Acesso em: 03 ago. 2008.

MINAS GERAIS Edital n. 01/2008b: concurso público para o cargo de juiz de direito substituto do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www6.tjmg.gov.br/ejef/files/concursos/ juiz_2008/edital_2008.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2008.

NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. A comunidade principiológica aberta no direito privado: um estudo a partir da proposta de Ronald Dworkin em. In César Fiuza; Maria de Fátima Freire de Sá; Bruno Torquato de Oliveira Naves. (Org.). **Direito civil: atualidades III - princípios jurídicos no direito privado**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. 1, p. 1-36.

OLIVEIRA, Eduardo Santos de. **Concurso público: a compatibilização dos requisitos legais e das exigências editalícias com o princípio constitucional da plena acessibilidade: a razoabilidade como critério diretor**. 2004. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.