

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Bruna Kelly dos Santos

**DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E REQUISITOS EM
CONCURSO PÚBLICO: A EXCLUSÃO DE CANDIDATO NA ÁREA DA
SEGURANÇA PÚBLICA POR AÇÃO PENAL OU INQUÉRITO POLICIAL EM CURSO**

Florianópolis

2022

Bruna Kelly dos Santos

**DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E REQUISITOS EM
CONCURSO PÚBLICO: A EXCLUSÃO DE CANDIDATO NA ÁREA DA
SEGURANÇA PÚBLICA POR AÇÃO PENAL OU INQUÉRITO POLICIAL EM CURSO**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de Graduação em Direito do Centro de Ciência Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart
Cademartori

Coorientador: Prof. Dr. Noel Antônio Baratieri

Florianópolis

2022

Ficha de identificação da obra

Santos, Bruna Kelly dos

Discricionariedade administrativa e requisitos em concurso público : a exclusão de candidato na área da segurança pública por ação penal ou inquérito policial em curso / Bruna Kelly dos Santos ; orientador, Luiz Henrique Urquhart Cademartori, coorientador, Noel Antônio Baratieri, 2022.

69 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito. 3. Direito administrativo. 4. Concurso público. I. Cademartori, Luiz Henrique Urquhart. II. Baratieri, Noel Antônio . III. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. IV. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**Discrecionalidade Administrativa e Requisitos em Concurso Público: a exclusão de candidato da área da segurança pública por ação penal ou inquérito policial em curso**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) Bruna Kelly dos Santos, defendido em **22/07/2022** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (nove ponto setenta e cinco), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 25 de Julho de 2022



Documento assinado digitalmente
LUIZ HENRIQUE URQUHART CADEMARTORI
Data: 26/07/2022 12:46:29-0300
CPF: 662.955.300-44
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Professor Orientador

CARLA FERNANDA
FRITSCH
MARTINS:2727

Assinado de forma digital por CARLA FERNANDA
FRITSCH MARTINS:2727
DN: c=BR, o=ICP-Brasil, ou=Autoridade Certificadora
da Justica - AC-JUS, ou=20181735000176,
ou=Presencial, ou=Cert-JUS Magistrado - A3,
ou=PODER JUDICIARIO, ou=MAGISTRADO, cn=CARLA
FERNANDA FRITSCH MARTINS:2727
Dados: 2022.07.25 11:36:57 -03'00'

Carla Fernanda Fritsch Martins
Membro de Banca



Documento assinado digitalmente
RODRIGO TADEU PIMENTA DE OLIVEIRA
Data: 26/07/2022 12:58:53-0300
CPF: 017.234.069-10
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Rodrigo Tadeu Pimenta de Oliveira
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Bruna Kelly dos Santos

RG: 5.176.164

CPF: 099.420.599-62

Matrícula: 17203476

Título do TCC: Discricionariiedade Administrativa e Requisitos em Concurso Público: a exclusão de candidato da área da segurança pública por ação penal ou inquérito policial em curso

Orientador(a): Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Eu, Bruna Kelly dos Santos, acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 25 de Julho de 2022.



Documento assinado digitalmente

Bruna Kelly dos Santos

Data: 29/07/2022 23:49:47-0300

CPF: 099.420.599-62

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

BRUNA KELLY DOS SANTOS

Bruna Kelly dos Santos

Discricionabilidade administrativa e requisitos em concurso público: a exclusão de candidato na área da segurança pública por ação penal ou inquérito policial em curso

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do título de Bacharel e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito.

Florianópolis, 22 de julho de 2022.

Coordenação do Curso

Banca examinadora

Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Orientador(a)

Rodrigo Tadeu Pimenta de Oliveira
Avaliador
Instituição UFSC

Carla Fernanda Fritsch Martins
Avaliadora
Instituição UFSC

Florianópolis, 2022.

Este trabalho é dedicado, com todo amor, aos meus queridos pais.

AGRADECIMENTOS

Ingressar na Universidade Federal de Santa Catarina significou o início da realização de um grande sonho que hoje me vejo concluir. Foram cinco anos que, entre representações discentes, coordenação acadêmica junto ao Centro Acadêmico de Direito, estágios, monitorias, e todas as atividades que a UFSC me propiciou participar, compuseram minha tão almejada formação. O presente trabalho, que representa a conclusão de um ciclo, não é uma conquista solitária. Por isso, gostaria de homenagear àqueles que foram imprescindíveis nesta trajetória.

Agradeço aos meus pais, Manoel e Simone, por inspirarem em mim coragem para seguir em frente, viver o novo, suportar o que não pode ser mudado, remodelar o que puder, pelo carinho que todo final de dia recarrega minhas forças, e, principalmente, por me ensinar com o amor de vocês um pouco mais do amor de Deus. Aos meus irmãos e melhores amigos, Carol e João, por nunca soltarem minha mão, por serem alicerce e meus eternos intercessores. Aos pequenos Isabela, Isaac, Isadora e Sophie, por ressignificarem o amor e iluminarem os meus dias. Aos meus avós, pelos ensinamentos de perseverança e humildade. Obrigada por serem presentes e por considerarem nossa família suas prioridades. Toda a minha dedicação é para ser alguém por quem possam se orgulhar.

À família que eu pude escolher, meus queridos amigos, agradeço por escolherem a mim também e por me lembrarem que tudo é mais fácil, doce, bonito e feliz quando compartilhado. Registro meu especial agradecimento à Aniele Weingartner, à Brendha Dunka, ao Bruno Fonseca, à Cláudia Honara, à Luana Andrade, à Marcela Matheus, ao Nicolas Schmidt e ao Nilzo Gustavo. À minha parceira de vida, Gabrielle Melo, toda minha gratidão, não somente, mas principalmente, por me mostrar que uma das maiores alegrias é ter com quem contar quando o coração aperta e ter para quem contar quando tudo vai muito bem.

Destaco meu eterno agradecimento às amigas que a UFSC me presenteou, por desde o primeiro período estarem ao meu lado para superar os momentos difíceis e brindar as pequenas vitórias: Gabriela Borges, Raquel Iung e, à minha dupla 2219, parceira de quarentena, companheira nas madrugadas de estudo, sem a qual não seria possível a conclusão de grande parte das realizações dos últimos anos, Ana Tonon.

Aos amigos, colegas e supervisores de estágio Leandro Marques, Bruno Hoffmann, Noel Baratieri, Maicon Antunes, Natália Casagrande e, por fim, à minha inspiração profissional, cujos ensinamentos foram divisores de águas na minha trajetória acadêmica e responsáveis pela minha afeição ao tema da segurança pública, Rodrigo Pimenta. Sorte a minha

ter meu caminho cruzado com o de vocês. É fruto da nossa convivência a convicção de que o curso de direito era, de fato, a escolha que mais me faria feliz.

Ao meu orientador, Luiz Henrique Cademartori, e meu coorientador, Noel Antônio Baratieri, pelos conhecimentos compartilhados, por não medirem esforços ao meu auxílio na elaboração deste trabalho, por generosamente alimentarem em mim o interesse pelo direito administrativo e, principalmente, por serem pessoas com as quais pude e posso contar.

Agradeço aos membros da banca, Rodrigo Tadeu Pimenta de Oliveira e Carla Fernanda Fritsch Martins, por pronta e gentilmente terem aceitado convite de avaliação da minha monografia e pelas considerações que, indubitavelmente, engrandecerão este trabalho.

Por fim, agradeço a todos que, embora não nominados, marcaram de alguma forma a minha história ao longo dos últimos cinco anos.

Ora, quando quer e como quer que se cometa um atentado, a ordem legal se manifesta necessariamente por duas exigências, a acusação e a defesa, das quais a segunda por mais execrando que seja o delito, não é menos especial à satisfação da moralidade pública do que a primeira. A defesa não quer o panegírico da culpa, ou do culpado. Sua função consiste em ser, ao lado do acusado, inocente, ou criminoso, a voz dos seus direitos legais.

(BARBOSA, Rui, 1849-1923)

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar, em uma perspectiva teórico-doutrinária e jurisprudencial, a validade jurídica de aspectos relativos à discricionariedade interpretativa da Administração Pública na fase de investigação social presente em determinados concursos para a investidura em cargos ou empregos públicos, notadamente na aferição do preenchimento do requisito idoneidade moral irrepreensível, imposto aos concursandos no instrumento convocatório como condições de ingresso às carreiras de segurança pública. A aferição da discricionariedade administrativa ao proceder à exclusão nesses termos pode dar margem à arbitrariedade por parte dos agentes integrantes da comissão de concurso, uma vez que a mera ação penal pendente de decisão ou, ainda, o procedimento investigatório em curso, pode não ensejar a definição de *déficit* na capacidade moral à assunção de cargo público. Assim, a validade do ato dependerá de sua relação com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, do interesse público e da coerência com os princípios constitucionais aplicáveis, como a moralidade administrativa e a presunção de inocência.

Palavras-chave: Discricionariedade administrativa; concurso público; idoneidade moral; presunção de inocência.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze, from a theoretical, doctrinal and jurisprudential perspective, the legal validity of aspects relating to the interpretative discretion of the public administration in the social investigation phase of certain competitive examinations for investiture in public office or employment, notably in the assessment of whether the requirement of impeccable moral character is met, which is imposed on candidates in the call for applications as conditions for entry into public security careers. The assessment of administrative discretion in proceeding to exclusion under these terms can give rise to arbitrariness on the part of the agents making up the competition commission, since mere criminal action pending decision or even investigation proceedings in progress may not give rise to the definition of a deficit in moral capacity to assume public office. Thus, the validity of the act will depend on its relationship with the principle of binding to the summoning instrument, on the public interest, on coherence with the applicable constitutional principles, such as administrative morality and the presumption of innocence.

Keywords: Administrative discretion; public competition; moral character; presumption of innocence.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	O EXERCÍCIO DA SEGURANÇA PÚBLICA E SEUS PRINCÍPIOS ATINENTES	14
2.1	SEGURANÇA PÚBLICA: DIMENSÕES E DESAFIOS	14
2.2	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INCIDENTES NO DIREITO ADMINISTRATIVO E A ATIVIDADE POLICIAL EM SENTIDO ESTRITO.....	17
2.2.1	O Poder de Polícia e o Poder da Polícia	17
2.2.2	Princípio do Atendimento ao Interesse Público ou Finalidade.....	21
2.2.3	Princípio da Moralidade	23
2.2.4	Presunção de Inocência	26
3	A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA INTERPRETAÇÃO DOS CERTAMES PÚBLICOS	30
3.1	DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	31
3.2	CONCURSO PÚBLICO: PROCEDIMENTO PRÉ ESTABELECIDO DE ESCOLHA DOS MAIS APTOS	35
3.2.1	Vinculação ao Instrumento Convocatório	40
3.2.2	A Investigação Social	42
3.2.3	Idoneidade Moral: Conceito Jurídico Indeterminado	49
4	O TEMA 22 E O ARE N. 1229205 (EM 30/8/2021): ESTUDO DE CASO	54
4.1	JULGAMENTO DEFINITIVO DO RE 560.900, TEMA 22/STF	55
4.2	CARTA BRANCA À ADMINISTRAÇÃO: O ENTENDIMENTO DO STF QUANTO À EXCEÇÃO DA TESE FIXADA	58
5	CONCLUSÃO.....	62
	REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal exige que o acesso aos cargos ou empregos públicos efetivos seja feito por meio de seleção procedida pela Administração através de concurso público. O interesse, a procura, a preparação e inclusive a judicialização de eventual impugnação à investidura no serviço público é cada vez maior.

Tal seleção está vinculada aos critérios fixados em edital, instrumento idôneo utilizado pela Administração Pública para fixação das regras e observância dos princípios aplicáveis. Tem-se, então, que a discricionariedade administrativa alcança a elaboração das regras do edital; mas, uma vez válido e vigente, a Administração está a ele vinculada e não pode mitigar suas regras. Daí decorre a importância de que sejam observadas as garantias e direitos fundamentais na elaboração das regras do jogo constantes do certame.

Dentre as diversas fases que pode conter um concurso público, está a fase de investigação social, pela qual pode-se exigir do candidato conduta ilibada ou, ainda, que a conduta seja tão ilibada quanto exige o cargo disputado. Sobretudo nas carreiras de segurança pública que, por sua própria natureza, exigiriam em tese postura irrepreensível de seus servidores.

Isso porque o agente público de segurança tem por missão garantir a sensação de bem-estar de uma comunidade, bem como trabalhar em prol da tranquila e pacífica convivência, de forma a exercer o monopólio do Estado sobre a tutela dos bens jurídicos individuais.

Assim, é cediço que a Administração pública preza pela seleção de indivíduos cujo comportamento seja compatível com o ofício da preservação da ordem pública. Dessa forma, cogita-se pôr em pauta a possibilidade de exclusão de um candidato pela ausência de aptidão moral para o exercício da função sem haver trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Se a presunção antes do trânsito em julgado é de inocência até que surjam provas suficientes e legítimas no decorrer do processo que assegurem sua culpabilidade, é necessário perpassar pela discussão acerca da exclusão de indivíduo que, investigado ou acusado, ainda não viu desfecho ao caso, na hipótese de configurar supressão ao direito constitucional elencado.

Resta saber se há um limite na discricionariedade da Administração Pública suficientemente abrangente para, quando da interpretação dos requisitos elencados em certame para ingresso nas carreiras de segurança pública, sustar a aplicação do princípio da presunção de inocência ou, ao menos, mitigar sua força quando em ponderação. Na resposta a esta indagação reside fundamentalmente a importância do presente trabalho.

Com o escopo de cumprir o objetivo exposto, o presente trabalho divide-se em três capítulos. O primeiro se propõe a analisar a especificidade das categorias integrantes do serviço de segurança pública, bem como quais os princípios atinentes à atividade da Administração sobre essa classe.

O segundo objetiva analisar a discricionariedade administrativa na elaboração, interpretação e aplicação dos concursos públicos, sobretudo frente à vinculação ao instrumento convocatório, à fase de investigação social e à exigência de idoneidade moral irretocável dos candidatos.

O terceiro capítulo se desdobra na avaliação dos efeitos práticos da discussão, onde far-se-á uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, notadamente na aplicação da tese fixada no julgamento o Recurso Extraordinário n. 560.900, tema n. 22, que fixou tese segundo a qual “sem previsão constitucionalmente adequada e instituída por lei, não é legítima a cláusula de edital de concurso público que restrinja a participação de candidato pelo simples fato de responder a inquérito ou ação penal” (BRASIL; STF. 2020). Em seguida, analisará o manejo da tese pelo próprio Tribunal Superior, notadamente no julgamento do AgR n. 1229205 (em 30/8/2021), de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, cujo entendimento fixado assentou que a essencialidade das atividades de segurança pública justifica o aspecto mais restritivo da idoneidade moral exigida ao ingresso do candidato, podendo ser excluído, inclusive, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória tendo em vista a proteção da moralidade da Administração Pública (BRASIL; STJ, 2021).

Adota-se como método de abordagem o dedutivo, uma vez que o estudo parte de teorias e leis abordadas em sentido amplo para alcançar conclusões restritas às premissas estabelecidas. Como método de procedimento, adota-se o monográfico e, como técnica de pesquisa, a documentação indireta.

O objetivo geral deste estudo é constatar qual a margem de escolha da Administração Pública frente aos princípios constitucionais que incidem no direito administrativo quando interpreta os requisitos à assunção de cargo público nas carreiras de segurança; notadamente, sob a ótica do permissivo jurisprudencial consequente do entendimento da Corte Suprema que considerou admissível a exclusão de candidato com ação penal não transitada em julgado ou inquérito policial em curso.

Para responder à pergunta do problema deste trabalho, é necessário adentrar nos conceitos principiológicos do direito administrativo incidentes na segurança pública. Para tanto, será utilizada não somente, mas principalmente, a doutrina de Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (FERNANDEZ; ENTERRIA, 1991), bem como a abordagem

sobre discricionabilidade administrativa de Luiz Henrique Urquhart Cademartori (CADEMARTORI, 2 ed., 2007), adotadas como referencial teórico.

Espera-se demonstrar, ao final deste estudo, que no processamento do concurso público, através dos princípios jurídicos que lhe são aplicados, não há lugar para incertezas, sobressaltos ou preferências, sob pena de irreversivelmente rechaçar direitos fundamentais dos concursandos.

2 O EXERCÍCIO DA SEGURANÇA PÚBLICA E SEUS PRINCÍPIOS ATINENTES

Os agentes públicos compõem a base da administração pública, que por sua vez pode ser expressa, em sentido subjetivo, como a divisão estatal que designa entes para exercer a atividade administrativa e compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos a quem incumbe o exercício da função administrativa (DI PIETRO, 2017, p. 185).

Para alcançar o interesse da coletividade por meio do regime jurídico administrativo, que funciona como mecanismo à execução de suas finalidades, a Administração Pública dispõe de uma série de prerrogativas que são legitimadas pelo princípio do atendimento ao interesse público¹.

No entanto, também encontra limites na sua atuação, os quais funcionam como meio de resguardar o direito dos seus administrados e dos particulares. Dentre eles, estão os princípios elencados no art. 37 da Constituição Federal de 1988, quais sejam, a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, 1988, online).

Dessa forma, as inúmeras atividades exercidas pela Administração Pública são realizadas com circunscrição em princípios predeterminados, os quais, ao passo que legitimam a ação, as limitam. Dentre as atividades está a elaboração e efetivação dos concursos públicos, o que será procedido pela Administração com base nos princípios a ela atinentes e no interesse público voltado àquela área de atuação estatal a qual direcionar-se-ão os candidatos selecionados no concurso específico.

Assim, antes de adentrar na discricionariedade administrativa incidente na interpretação dos requisitos exigidos nos concursos que visam a inserção de servidores na segurança pública do Estado, cumpre indicar qual a especificidade das categorias integrantes do serviço de segurança pública, bem como quais os princípios atinentes à atividade da Administração sobre a categoria. É esse o objetivo do presente capítulo.

2.1 SEGURANÇA PÚBLICA: DIMENSÕES E DESAFIOS

É preciso, para o bom funcionamento do aparato de proteção estatal, que a comunidade confie ao agente de segurança pública a proteção dos seus bens jurídicos como se Estado fosse. Isso pois, conforme ensina Guilherme de Souza Nucci ao citar Lincoln D'Aquino Filocre:

¹ Inicialmente estudado como princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o que será objeto de análise do item 2.3.1.

A segurança pública é o conjunto das ações preventivas e reativas, de natureza pública, que, em resposta ao fenômeno da criminalidade, volta-se ao alcance ou à manutenção da ordem pública e que tem como fim último proporcionar aos indivíduos, na convivência social, a fruição de relações pautadas no direito básico de liberdade, garantidas a segurança jurídica – proteção contra repressão autoritária do Estado – e a segurança material – proteção contra agressões de todo tipo (FILOCRE, pp. 11-13, *apud* NUCCI, 2016, p. 48).

Destacado o conceito de segurança pública como ação de prevenção e reação estatal à criminalidade para manutenção da ordem pública, cumpre indicar que, mais do que uma opção do governo, a segurança pública é um dever do Estado e ostenta *status* de direito fundamental, conforme preconizado na Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...].

[...]

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.
- VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.

Em que pese a ênfase conferida ao tema, a promulgação da Constituição Cidadã não culminou, de pronto, na elaboração de uma política de segurança pública. A complexidade da efetivação de políticas sociais para a segurança pública envolve a ação conjunta das diversas instâncias governamentais e dos três poderes da república².

Assim, e ressaltando sempre seu caráter precípua, ao Poder Legislativo compete legislar de acordo com a necessidade social de forma a manter o funcionamento adequado do sistema de justiça criminal. Ao Poder Judiciário cabe assegurar a tramitação processual e a aplicação da lei vigente. Cabe ao Poder Executivo o planejamento e a gestão das políticas de segurança pública para prevenção e repressão da criminalidade e da violência, bem como à execução penal (CARVALHO; FÁTIMA E SILVA, 2011, p. 62).

² A clássica divisão da república em três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) em um esquema de pesos e contrapesos, de Montesquieu, tem sido relativizada na doutrina atual, notadamente por dois motivos: primeiro, pela função precípua e subsidiária, porquanto o Judiciário, em que pese cumpra a função precípua de aplicar a lei, também legisla em seus regimentos internos, e por aí vai; segundo, por existirem instâncias como Tribunal de Contas e o Ministério Público, que cumprem funções distintas aos clássicos três poderes, todavia imprescindíveis ao bom funcionamento do aparato estatal e fundamentais no sistema de *checks and balances*.

Uma sociedade orgânica (por natureza) e democraticamente organizada (por convenção de regime político), impõe a aproximação entre instituições do Estado e sociedade para pensar a segurança pública como um processo articulado e dinâmico que envolve o ciclo burocrático do sistema de justiça criminal (CARVALHO; FÁTIMA E SILVA, 2011, p. 62). Para efetivação dessa construção chegar-se-á impreterivelmente na articulação da polícia, elemento fundamental para eficácia e eficiência das ações de prevenção, controle e combate às ações criminosas e promoção da pacificação social.

O Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social foi revisado e renovado até o ano de 2030 para previsão de um sistema de governança que implique na avaliação, direcionamento e monitoramento da gestão e condução da política pública voltada à segurança, conforme as diretrizes do Governo Federal. Com fulcro no Decreto nº 10.822, de 28 de setembro de 2021, o Plano 2021-2030, estabeleceu objetivos que, alinhados com o direcionamento dos recursos públicos às causas de violência e criminalidade, tem o escopo de melhorar a sensação de segurança da sociedade. Dentre as metas, que, para melhor compreensão foram didaticamente subdivididas em grupos de acordo com seus objetivos, estão:

o Grupo 1 é destinado às metas relacionadas às vítimas fatais da violência. O Grupo 2 apresenta as metas que visam à proteção dos Profissionais de Segurança Pública. O Grupo 3, por sua vez, aborda as metas de redução dos crimes contra o patrimônio relacionados a roubo e furto de veículos. O Grupo 4 trata das metas do Sistema Penitenciário. E, por fim, o Grupo 5 aborda a atividade de prevenção aos danos ao patrimônio e à vida de indivíduos e comunidades. (BRASIL, 2021, online)

Tem-se então que a efetivação das estratégias para assegurar a segurança pública, precisa convergir nos agentes policiais devidamente selecionados, qualificados e preparados que, com fulcro no Poder de Polícia, terão a incumbência de prevenir sempre e reprimir quando necessário, de forma a ser mecanismo de cumprimento do dever do Estado e efetivação da garantia fundamental dos cidadãos à segurança (DIAS, 2003, p. 5).

A importância do tema segurança pública é exemplificada por Rogério Greco no clamor que se percebe nas ruas, nas plataformas digitais e nas bancadas políticas, na pretensão de utilizar-se das forças armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) nas ruas em apoio ou substituição à tarefa policial, ainda que sua preparação não se destine ao confronto com o crime comum, fora do estado de guerra. Segundo o autor, tal quadro revela a gravidade propiciada pelo aumento da criminalidade, o que faz com que o papel, a profissionalização, o treinamento e a seleção das polícias no Brasil sejam repensados a todo instante (GRECO, 2020, p. 3).

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INCIDENTES NO DIREITO ADMINISTRATIVO E A ATIVIDADE POLICIAL EM SENTIDO ESTRITO

Importa destacar que na matéria objeto do estudo pretendido, há patente e lógica ausência de regulação específica. Isso porque, conforme será doravante explicitado, a interpretação dos requisitos em concurso público, uma vez delimitada a normativa pertinente e cabível para reger o certame consignada na elaboração do edital, não descartado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, compete a discricionariedade interpretativa da administração pública a atividade de subsunção do caso concreto às regras que vinculam o acesso a determinado cargo.

Há que se considerar que Robert Alexy inaugurou a ideia de que norma é gênero e subdivide-se em duas espécies; quais sejam, regras e princípios. Para o jurista alemão, ambos não guardam entre si distinção hierárquica pois determinam o “dever ser”; assim, diferenciam-se apenas no plano de aplicação (ALEXY, 2008, p. 82-87).

Todavia, a posterior análise adotará a operatividade principiológica na concepção de Ferrajoli, positivista que se opõe à tese do constitucionalismo principialista de Alexy no sentido de que deve haver uma separação estrutural necessária entre princípios e regras e a necessidade de ponderá-las. O autor defende a máxima segundo a qual o direito não lida com asserções de verdade e falsidade, mas sim, com juízos argumentativos que podem ser mais ou menos plausíveis, mas não que passem pelo juízo ou crivo do verdadeiro e do falso (CADEMARTORI, 2007, p. 97 e ss.).

Também de forma a consagrar a teoria garantista de Ferrajoli, a ponderação, para este autor, existe, mas nos planos dos fatos e não das normas. Portanto, nas circunstâncias de fato apresenta-se um critério mensurador de uma decisão justa a fim de, notadamente no presente estudo, evitar abusos no exercício discricionário da administração.

Passa-se, assim, à análise dos princípios que, por necessidade de ponderação fática, interesse na defesa dos direitos do cidadão que pleiteia cargo público, alcançam o exercício discricionário da administração pública quando da interpretação do requisito idoneidade moral em concursos públicos das carreiras de segurança.

2.2.1 O Poder de Polícia e o Poder da Polícia

Poder de polícia consiste na atividade estatal que, para fazer prevalecer o interesse público em face dos interesses particulares, limita o exercício de direitos individuais de atividades do cidadão (DI PIETRO, 2015, p. 158).

A análise do conceito do poder de polícia pode se dar em sentido amplo como qualquer ação restritiva do Estado em relação a direitos individuais, o que impende no envolvimento no Poder Legislativo e Executivo ou em sentido estrito, como uma prerrogativa consistente em restringir e condicionar a liberdade e a propriedade. Hely Lopes Meirelles ensina que:

Poder de Polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. Em linguagem menos técnica, podemos dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional (MEIRELLES, 2016, p. 135)

Na concepção de Cretella Júnior, é um poder que legitima as ações e a própria existência da polícia, porquanto aproxima o conceito da noção de preservação da ordem pública e indica que o poder de polícia informa a atividade policial, uma vez que

ao contrário da polícia que é um aparelhamento, uma atividade que faz se sentir em concreto, no mundo jurídico, o poder de polícia é uma facultas, uma potencialidade. Faculdade discricionária do Poder Público de limitar a liberdade individual em prol do interesse coletivo ou particular, o poder de polícia exterioriza-se pela polícia.

Evidentemente, a polícia, enquanto face visível da lei e do Estado, não detém um exercício material do poder ilimitado ou arbitrário, mas está subordinada à lei e aos princípios que informam a administração pública e, especificamente, os serviços públicos de segurança, já que ganharão destacada relevância no que concerne à atividade policial, por aplicarem-se como meios limitadores do *ius puniendi* estatal refletido na ação da polícia.

Tal lógica pode ser exemplificada nos fatores de risco que concernem à atividade. Por exemplo, o indivíduo que se submete a um concurso público para ingresso aos quadros de carreiras policiais deve, de antemão, ter a consciência de que poderá exercer atividade profissional extremamente estressante; principalmente, porque é perigosa e arriscada. Na mesma ótica, pode-se pontuar que “na polícia o risco não é um mero acidente, mas papel estruturador das condições laborais, ambientais e relacionais. Sendo assim, é necessária, ao policial a conscientização de que o perigo e a audácia fazem parte inerente aos atributos de suas atividades” (SAAB, 2006, p.106).

Quanto à atividade policial em sentido estrito, Manuel Valente faz referência a princípios do ordenamento que ganham nessa seara um especial recorte, como: universalidade;

continuidade; cortesia; proibição do excesso; oportunidade; boa-fé; concordância prática; liberdade; oficiosidade; risco; uso legítimo e diferenciado da força; oportunidade da atuação policial; investigação leal e adequada (VALENTE, 2005, p. 86 e ss.).

Para que o aparato policial funcione de forma democrática e sem tolher os direitos individuais além do estritamente necessário à finalidade de preservação da ordem pública, cada órgão policial deve proceder ao exercício do poder de polícia limitado a sua competência e observados os princípios que o regem e limitam sua atuação. Assim, a atuação policial está restrita a sua competência, ao exercício das atribuições do cargo (TÁCITO, 1969, *apud* LAZZARINI, 1994, p. 79).

Quanto às atribuições dos órgãos de segurança pública, a Constituição Federal buscou delimitá-las³. Quanto às atividades da Polícia Civil cumpre a função de polícia judiciária, qual

³ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares; VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 5º-A. Às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais.

§ 6º As polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército subordinam-se, juntamente com as polícias civis e as polícias penais estaduais e distrital, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. (Vide Lei nº 13.022, de 2014)

§ 9º A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39.

§ 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas: I - compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e II - compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei. (BRASIL, 1988, online).

seja, de auxílio ao Poder Judiciário em atividades como cumprimento de ordem judicial ou execução de mandado de prisão. Todavia também competirá aos policiais civis a apuração das infrações penais em uma função de natureza investigativa (FEITOZA, 2009, p. 171, *apud* GRECO, 2020, p. 5).

À Polícia Militar, precipuamente, caberá o papel ostensivo na prevenção de pretensas infrações penais, o que não a impede de exercer atividade de polícia investigativa, bem como de auxílio ao Poder Judiciário, como ocorre na escolta de acusado ao cometimento de crimes dolosos contra a vida ao Tribunal do Júri (GRECO, 2020, p. 5).

Caberá à Polícia Federal, sempre no interesse da União, suas entidades autárquicas e empresas públicas, exercer funções de polícia marítima e judiciária, apurar infrações penais ou cuja prática, com repercussão interestadual, enseje repressão uniforme, bem como combater o tráfico ilícito de entorpecentes, contrabando ou descaminho (GRECO, 2020, p. 6).

A cautela dos indivíduos apenados no sistema prisional caberá à Polícia Penal Federal, Estadual e Distrital, inauguradas no ordenamento em 2019 através da Emenda Constitucional nº 104, a qual inseriu o inciso VI ao supracitado artigo 144. O status de polícia foi garantido à categoria após longa e justa reivindicação dos, até então, agentes penitenciários que, anteriormente alijados do sistema de segurança pública, continuam a exercer mesma função, todavia, vinculadas ao órgão administrador do sistema penitenciário da unidade federativa a qual pertencem. Arrisca-se dizer que, “na verdade, à polícia penal cabe uma das funções mais delicadas e perigosas no sistema de segurança pública como um todo” (GRECO, 2020, p. 7); perigosa porque lida diretamente com indivíduos por vezes de alta periculosidade, muito ligados a organizações criminosas, e delicada porque a eles, além da segurança do estabelecimento prisional, cabe garantir que sejam preservados os direitos fundamentais dos cidadãos que já tiveram o primordial direito fundamental à liberdade, fundamentadamente, espera-se, cerceado pelo Estado.

Há também delimitação constitucional na atuação de guardas municipais, que deixou à critério do legislador infraconstitucional sua regulação específica, desde que se destinem à proteção de bens, serviços e instalações municipais, de forma a agir, dentro desse perímetro, atividade concorrente com as demais forças policiais (GRECO, 2020, p. 8).

Todavia, não é raro que o poder público permita o desempenho da atuação policial em uma espécie de improviso. Entes federativos criam guardas comunitárias para atuação em policiamento ostensivo ou procedem à contratação de colaboradores em regime temporário (GRECO, 2020, p. 3). Tais situações vão de encontro à formação técnico-profissional

necessária ao servidor da segurança pública, já que uma das facetas mais acentuadas da polícia atual é justamente a especialização dos seus quadros.

2.2.2 Princípio do Atendimento ao Interesse Público ou Finalidade

Direta ou indiretamente, a atividade administrativa é voltada à busca pelo interesse público, expressão essa que é a chave do direito administrativo. É por força dela que foi conferido ao Estado um regime jurídico diferenciado do particular, única forma de suficientemente alcançar seu fim, o que é interessante para a coletividade (COUTINHO; RODOR, 2016, p. 66).

É na persecução aos objetivos do Estado que se fundamenta os princípios que legitimam e são o cerne do direito administrativo; a saber, a indisponibilidade do interesse público pela Administração⁴ e o atendimento ao interesse público, dividindo-se esse último em três diferentes planos; a saber, o material, ou processual e o contratual.

Materialmente, consiste na verificação de uma série de atributos os quais os atos praticados pelos agentes públicos estão revestidos (presunção de legitimidade, presunção de veracidade, imperatividade, autoexecutoriedade, entre outros). Processualmente, consiste no tratamento diferenciado da Fazenda Pública em juízo (prazo em dobro para recurso, impenhorabilidade de bens, débito decorrente de condenação judicial quitado pela sistemática de precatórios, dentre outros). Contratualmente, consiste nas prerrogativas do Poder Público quando figura como parte em um contrato (alteração ou rescisão unilateral, poder de fiscalização, mitigação do princípio contratual da exceção do contrato não cumprido, dentre outros). Em suma, tem-se que esse princípio apresenta o fundamento das normas, prerrogativas e decisões do direito administrativo (MEDAUAR, 2015, p. 161) (COUTINHO; RODOR, 2015, p. 67).

Todos esses pontos perpassam o ideal segundo o qual a prevalência do interesse público em detrimento do individual é regra máxima do direito administrativo e a existência dessa regra condiciona e dá sentido às principais atividades que compreendem o conceito de função administrativa do Estado, como o serviço público, o fomento, a intervenção, a regulação e a

⁴ "A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público - não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los - o que e também um dever na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*" (MELLO, 2016, p. 76).

polícia administrativa, de forma que negá-lo é negar o próprio papel do Estado (DI PIETRO, 2004, pp. 63-76, *apud* COUTINHO; RODOR, 2016, p. 67).

Em que pese não ser um princípio constitucional expresso, o interesse público não se trata de um conceito ou lógica implícita da administração pública, já que a Lei nº 9.784, de 24 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, prevê no artigo 2º que “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência” (BRASIL, 1999, online).

Em um estudo que objetivou analisar as principais questões relevantes às transformações pelas quais a esfera jurídica da administração pública passou (e passa) longo dos últimos anos, Gustavo Binbenbojm desenvolveu a demonstração de que há uma crise dos paradigmas do Direito Administrativo a qual provém das novas questões que o desafiam o antigo que, enraizado, arrasta o acompanhamento de ramo ao cenário corrente. Em relação ao passado, sustenta que existem “vícios de origem” que acompanham a matéria e também incitam os estudiosos atuais a reinventar certos fatores. Dentre tais vícios, confere destaque ao paradigma do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado no ponto em que sua aplicação arcaica torna legítimos certos privilégios do regime jurídico-administrativo (BINENBOJM, 2014, p. 14).

No mesmo sentido das conclusões de Binbenbojm, a doutrinadora Odete Medauar defende que a concepção clássica do princípio como supremacia de um interesse (público) sobre outro (particular), se algum dia existiu, está ultrapassada. Algumas razões, as quais importam ao presente trabalho, sustentam tal perspectiva, tais como a conclusão de que se a Constituição Federal de 1988 prioriza os direitos fundamentais, conferindo a eles inclusive roupagem de cláusula pétrea, e se tais direitos são conferidos aos particulares, não é razoável que o interesse público seja supremo em relação ao particular. Ainda, corrobora tal lógica a perspectiva de que, em verdade, a intenção da administração é ponderar os interesses no caso concreto para que haja o mínimo sacrifício de um direito, seja de titularidade da administração, seja de titularidade do particular, de forma a aproximar-se mais de uma harmonização dos interesses do que da superioridade absoluta de um em relação ao outro (MEDAUAR, 2015, p. 162).

Importa destacar que compreende a relação do debate acerca do alcance da discricionariedade da administração pública no requisito de exclusão do candidato à carreira de segurança pública por inquérito policial ou ação penal em curso, os princípios que regem a lógica da Administração, como o interesse público e moralidade administrativa.

O primeiro, porquanto o interesse público se sobrepõe ao interesse privado. O segundo, pois, para além da moralidade que impende ser observada na elaboração da norma (moral institucional), a moralidade administrativa “*é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário*” (BRANDÃO, RDA 25:454 *apud* DI PIETRO, 2017, p. 239).

2.2.3 Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade é um dos cinco pilares da atuação administrativa, conforme positivado no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, o qual indica também que o servidor deve preencher os requisitos estabelecidos em lei⁵. Não fosse isso bastante, importa especialmente à disciplina que estuda a investidura nos cargos e empregos públicos uma vez que o concurso público, conforme conceituação de Hely Lopes Meirelles⁶, é o mecanismo utilizado pela Administração para obter-se moralidade (assim como a eficiência e o aperfeiçoamento) do serviço público.

A moral administrativa corresponde ao comportamento que se espera da administração Pública frente aos administrados e à consecução dos seus fins, segundo uma comunidade moral de valores que se expressam por meio de modelos ou pautas de condutas capazes de guiar sua disciplina interior (DI PIETRO, 2012 p. 162).

Segundo Odete Medauar, a operacionalização do princípio da moralidade administrativa é melhor desempenhada quando conceituada como um conjunto de regras extraídas da disciplina geral relativa à Administração. Tal conceituação é inaugurada por Hauriou e desenvolvida no direito pátrio, não somente, mas principalmente, por José Afonso da Silva, que indica a tamanha importância conferida ao princípio pelo constituinte que, com o apontamento da ação popular⁷ como remédio capaz de sancionar sua inobservância, pretendeu que a

⁵ “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; [...]” (BRASIL, 1988, online).

⁶ “O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público, e ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF” (MEIRELLES, 2016, p. 487).

⁷ “Outro instrumento relevante de tutela jurisdicional é a ação popular, contemplada no art. 5º, LXXIII, da vigente Constituição. Anteriormente só direcionada à tutela do patrimônio público econômico, passou a tutelar mais especificamente outros bens jurídicos de inegável destaque social, como o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural e a moralidade administrativa. Pela ação popular, regulamentada pela Lei nº 4.717, de 29.6.1965, qualquer cidadão pode deduzir a pretensão de anular atos do Poder Público contaminados de imoralidade administrativa. Por isso, advogam o entendimento de que o tradicional pressuposto da lesividade, tudo como

imoralidade administrativa, por si, fosse suficiente a fundamentar ato viciado (MEDAUAR, 2015, pp. 152-153).

No mesmo ideal, o princípio pretende exigir e nortear a Administração em uma moralidade jurídica e não uma moralidade comum, de forma que o desfazimento de um ato legal por ausência do aludido princípio não deve considerar a falta de uma moralidade meramente subjetiva, mas determinável através de conteúdo jurídico galgado em regras de conduta tiradas da Administração (HAURIOU, 1926, pp. 204 e ss, *apud* SILVA, 2019, p. 679).

Cumprе salientar que se diferenciam a moral comum da jurídica, posto que a primeira incide sobre a conduta externa, enquanto a segunda é uma moral administrativa que incide sobre o servidor da Administração, notadamente na sua conduta interna ao serviço público, segundo o que exige a instituição na qual encontra-se lotado e a que se presta a finalidade de sua ação, ou seja, o bem comum (HAURIOU, 1926, pp. 197 e ss, *apud* MEIRELLES, 2016, p. 94).

Noutro recorde, a moralidade administrativa indissociavelmente considera a noção de bom administrador. Segundo Carvalho Filho, somente se e quando os administradores estiverem “imbuídos de espírito público” é que se poderá, com efeito, observar as consequência e aplicação efetiva do princípio, como a pretensão do constituinte em coibir a imoralidade no âmbito da Administração (CARVALHO FILHO, 2015, p. 22).

Há também que se considerar que a estreita ligação da moralidade administrativa com o princípio da legalidade⁸ já que, em diversas ocasiões, a imoralidade consiste na ofensa direta à lei de forma a ofender também, conseqüentemente, a legalidade. Outra demonstração do liame encontra respaldo na identificação da imoralidade como tratamento discriminatório (positivo ou não) dispensado pela Administração ao administrado, de forma a incidir na quebra do princípio da impessoalidade, corolário da legalidade, porquanto restará, em última análise, também ofendida (CARVALHO FILHO, 2015, p. 22).

Ao presente estudo, na proposta de analisar, além da moralidade como princípio incidente em cada uma das esferas da administração, o recorte específico da moralidade exigida ao administrador, mais especificamente ainda, ao indivíduo que pretende ingressar em carreira pública de segurança, cumpre destacar que

aquele causador de dano efetivo ou presumido ao patrimônio público, restou bastante mitigado diante do novo texto constitucional na medida em que guarda maior adequação à tutela do patrimônio em seu sentido econômico. Quando a Constituição se refere a atos lesivos à moralidade administrativa, deve entender-se que a ação é cabível pelo simples fato de ofender esse princípio, independentemente de haver ou não efetiva lesão patrimonial.” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 23).

⁸ O princípio da legalidade perpassa a lógica do direito administrativo; assim como não há como desassociar a moralidade administrativa, também a discricionariedade da administração pública está a ela adstrito conforme apreciação em item 3.1.

a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence - princípios de Direito Natural já lapidarmente formulados pelos juristas romanos. À luz dessas idéias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda. Em ambos os casos, os atos são infiéis à ideia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre todas as funções, ou, embora mantendo ou aumentando o patrimônio gerido, desviam-no do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem comum (BRANDÃO, 1951, pp. 454-467).

Em que pese ter a Constituição de 1988 positivado a moralidade como princípio da Administração, daí não se implica, *ipso facto*, a sua definição; caberá ao intérprete perquiri-la. Ainda, a resistência em se conceber a moralidade como princípio, ou ainda de levá-lo à cabo com força jurídica equivalente aos demais princípios administrativos, encontra-se na imprecisão do seu conceito, bem como do fato de que regras morais foram absorvidas pelo ordenamento como regras legais, o que impede na consideração do princípio da legalidade e não da moralidade (DI PIETRO, 2012, p. 146).

Essa forma de apresentar a relação entre direito e moral não resolve todos os problemas. A teoria dos círculos concêntricos, de Miguel Reale, em que a moral seria o círculo maior e o direito estaria nela contido, de forma que toda lei tem um conteúdo moral, diferenciando-se apenas quanto a força obrigatória de que é dotada, é o caminho comumente traçado na distinção entre moral e direito. Todavia, perfeitamente cabível que uma norma não importe-se com conteúdo moral como por exemplo um regulamento que obriga o trânsito de determinada rua ao tráfego em apenas uma mão de direção ou ainda que estabeleça prazos jurídicos para interposição de recursos. Ainda, é possível que existam atos jurídicos lícitos e contrários à moral comum (DI PIETRO, 2012, p. 148).

Outra tentativa de representação entre a moral e o direito consiste em dois círculos secantes, cuja intersecção entre moral e direito é o conteúdo comum da justiça: ainda que mediante razões e técnicas diferentes, a moral e o direito obriga o cumprimento daquilo que é justo (DI PIETRO, 2012, p. 148).

Alguns autores consideram que, por ter sido a ideia moralidade administrativa concebida de maneira vinculada com a ideia de desvio de poder, porquanto em ambas se tem um administrador utilizando-se de meio ilícitos para atingir fins irregulares, a ilegalidade administrativa seria verificável tão somente no plano de irregularidade de um ato, ilegal quanto

ao seu fim (desvio de poder). Todavia, o desvio de poder consta no ordenamento jurídico brasileiro como vício de ilegalidade (DI PIETRO, 2012, p. 144 e ss.).

Assim, se o desvio de poder consta das hipóteses de ilegalidade, é necessário localizar a moralidade como princípio autônomo da Administração. Dessa ressalva, e uma vez que a moralidade foi concebida como princípio de observância obrigatória pela Administração, pode-se extrair duas conclusões. Primeiro, que a imoralidade e a ilegalidade guardam a mesma relação com a invalidade do ato. Segundo, corolário do primeiro, que se um ato imoral é inválido, pode ser apreciado pelo Poder Judiciário quanto à indicação de sua invalidade (DI PIETRO, 2012, p. 161).

2.2.4 Presunção de Inocência

No ordenamento jurídico pátrio, o princípio da presunção de inocência (ou não culpabilidade)⁹ foi recebida como um princípio constitucional inscrito entre os direitos e garantias fundamentais. O inciso LVII da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988, online). Ou seja, todos devem ser considerados inocentes até que não haja mais possibilidade de outra conclusão jurídica válida, rechaçado o tratamento análogo ao de culpado em qualquer esfera, seja jurídica ou social (CAMARGO, 2005, p. 239).

É cediço que o direito penal, dentro do organismo estatal que figura como regulador do convívio social, é uma das mais drásticas dentre as opções jurídico-políticas à disposição do Estado. Justamente por representar o *ius puniendi* estatal, deve-se amoldar aos princípios fundamentais, como o princípio da presunção de inocência.

A visão contemporânea acerca dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos constitucionalmente direciona-se a seu caráter inviolável, dada a substancial e imperiosa aplicação nos demais dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro. Tal perspectiva é reafirmada por diferentes artifícios, bem como o status de cláusula pétreia ou a conveniente posição elementar a eles garantidos pelo constituinte na chamada inversão da arquitetura constitucional, com o advento da Constituição de 1988.

⁹ “Na jurisprudência brasileira, ora se faz referência ao princípio da presunção de inocência, ora ao princípio da presunção de não culpabilidade. Segundo Badaró, não há diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, sendo inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas.” (BADARÓ, 2003, p. 283, *apud* CAPEZ, 2020, p. 47).

Apesar do preeminente reconhecimento de tais direitos - que, clara e certamente, não se encontram de imediato restringidos - é possível ainda afirmar que a problemática translada à aplicação prática, posto que ascende quanto à sua efetividade - e não tanto à sua existência. O esforço dirigido a garantir mencionada efetividade, dentre outras intempéries, pode encontrar-se na sua colisão com demais direitos constitucionalmente elencados (CAMARGO, 2005, p. 25).

Notadamente quanto à presunção de inocência, tem-se que até a entrada em vigor da Lei Maior de 1988, esse princípio estava presente como conceito jurídico apenas de forma implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal; foi somente a partir da positivação constitucional que a presunção de inocência foi oficialmente recepcionada no ordenamento como princípio fundamental (LIMA, 2020, p. 47).

A atual concepção quanto aos princípios jurídicos é de recente elaboração, a saber, da década de 70, quando os estudos sobre a construção doutrinária principiológica do direito produziram seus principais fundamentos. Essa importante teorização oferece caminhos valiosos para ponderação na aplicação dos direitos fundamentais, sobretudo quando há entre eles aparente colisão (ALEXY, 2008, p. 81-90).

Cumpram-se então analisar como se apresenta na lógica do direito pátrio pois

a garantia da força normativa da constituição não é tarefa fácil, mas se o direito constitucional é direito positivo, se a constituição vale como lei, então as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade regulando jurídica e efetivamente as relações da vida, dirigindo as condutas e dando segurança a expectativas de comportamento (CANOTILHO, 2002, p. 87).

A força normativa da Constituição, sobretudo quando não há lei específica que regule alguma matéria, deve incidir sobre as relações jurídicas de forma a regular as condutas e direcioná-las a uma expectativa de comportamento. Essa expectativa, ao menos em relação à presunção de inocência, recai sobre o Estado como garantidor do tratamento isonômico entre os indivíduos.

Isso porque, considerar inocente quer dizer conceder ao indivíduo todas as prerrogativas inerentes à categoria, de forma que o princípio da presunção de inocência é dirigido ao Estado na sua atividade persecutória, já que é o detentor do poder de punir e restringir as liberdades individuais, e não ao particular (CAMARGO, 2005, p. 240).

Alguns autores preferem referir-se ao princípio da presunção de inocência como sinônimo do *in dubio pro reo*. Segundo o professor Nelson Nery Júnior “o princípio da presunção de inocência é oriundo da máxima romana *in dubio pro reo*, sendo que foi absorvido

pela constituição Alemã do século XX e ainda que, de alguma maneira, este princípio é o próprio princípio *in dubio pro reo*” (NERY JÚNIOR, 2009, p. 297). Não é forçosa a conclusão de que a presunção de inocência guarda relação direta como o *in dubio pro reo* a ponto de, inclusive, muitos autores tratarem ambos como um só.

Todavia, a esse estudo prefere-se a lógica consoante ensina Fernando Capez, cujo *in dubio pro reo* é uma regra probatória que deriva (assim como a regra de tratamento) do princípio da presunção de inocência. É tratado como regra probatória porque determina a máxima segundo a qual é a parte acusadora quem tem o ônus de provar os elementos críveis, que perpassam qualquer dúvida razoável, e se prestam a afastar o estado de inocência do indivíduo. Tal regra deve ser utilizada pelo órgão julgador sempre que houver mínima dúvida processual quanto à decisão, já que é necessário provar o contrário daquilo que já é presumido: a presunção de inocência. Apenas na ótica processual o instituto do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência podem confundir-se no mesmo objetivo (CAPEZ, 2020, pp. 48-49)

Isso porque o conteúdo da presunção de inocência não está delimitado pelo *in dubio pro reo* como regra de decisão judicial, tampouco no *favor rei*¹⁰ quando da persecução processual penal. Em que pese perpassar por tais conceitos, a presunção de inocência vai além. Indica uma regra de tratamento cuja máxima é a de que nenhum indivíduo em nenhum lugar pode receber um tratamento que é comumente associado àquele que integra o rol dos culpados. Salvo em excepcionalíssimas hipóteses que encontram respaldo na lei processual penal, como são os atos cautelatórios a exemplo da prisão preventiva prevista no Capítulo III do Código de Processo Penal (CAMARGO, 2005, p. 241).

Considerada a presunção de inocência como em regra definida de tratamento a todos os indivíduos que vai além do mero tratamento do indivíduo no processo penal (*favor rei*) e da valoração de provas e interpretação do juiz quanto à situação de fato (*in dubio pro reo*), tem-se que a elasticidade do conceito alcança também as demais esferas do direito, inclusive o direito público.

¹⁰ Assim como o princípio do *in dubio pro reo*, o *favor rei* ou *favor libertatis* refere-se a uma lógica ou expectativa esperada, a qual se pode postular em sede de defesa, ao tratamento do indivíduo que figura como acusado em um processo penal ou procedimento disciplinar/acusatório e justifica-se pois “coloca-se o acusado, invariavelmente num plano de inferioridade, até mesmo por conta do caráter seletivo do direito penal. Por isso, não basta uma mera igualdade formal. Há de ser buscada uma igualdade substancial por meio da criação de mecanismos processuais capazes de reequilibrar tamanha desigualdade, permitindo que o acusado possa desenvolver sua defesa em paridade substancial de armas com a acusação” (CAPEZ, 2020, pp. 717).

Doutrinariamente, o tratamento da presunção de inocência do direito administrativo é mais recorrente quanto a sua incidência no processo administrativo sancionador, dada a estreita ligação que nutre com o direito penal por ser também reflexo do *ius puniendi* estatal.

Porém, não somente na esfera procedimental incide à máxima da presunção de inocência, como também na garantia de tratamento do servidor público, porquanto “é importante ressaltar que, devido à presunção de inocência, um servidor que tenha supostamente praticado abandono de cargo ou inassiduidade habitual pode retornar ao trabalho antes das apurações, ou mesmo durante o trâmite de um procedimento disciplinar que apure a falta” (NÓBREGA, *et al*, 2021, p. 298).

Conforme será tratado em tópico específico, o certame para admissão dos servidores públicos consiste em um processo administrativo¹¹. Assume-se, então, que também dentro desse processo de escolha do candidato mais apto à assunção do emprego ou cargo público, a presunção é de inocência até que sobrevenha sentença irrecorrível que determine a culpa.

Há nesse sentido forte entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores, o que também será fator de apreciação em tópico específico. Por agora, cabe subscrever o entendimento através de parte de voto divergente prolatado em acórdão¹² que reafirmou a jurisprudência até então aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça para desconsiderar a exclusão de um candidato aos quadros funcionais na polícia civil do Mato Grosso do Sul por entender a administração que a existência de oito inquéritos policiais em fase do concursando ensejaria sua eliminação na fase de investigação social presente ao certame. Acerca da presunção de inocência no caso, assentou o Ministro Mauro Campbell Marques, cujo voto, divergente, foi seguido pelo demais no sentido de anular o ato administrativo de eliminação do

¹¹ Vide item 3.2.

¹² ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. CONCURSO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO DO CANDIDATO. INVIABILIDADE. MERA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS E DE TERMOS CIRCUNSTANCIADOS DE OCORRÊNCIA. AÇÃO PENAL COM SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO RE 560.900-DF.

1. A mera existência de boletim de ocorrência, de inquérito policial, de termo circunstanciado de ocorrência, ou a simples instauração de ação penal contra o cidadão, nada disso pode pura e simplesmente implicar, em fase de investigação social de concurso público, a sua eliminação da disputa, sendo necessário para a configuração de antecedentes desabonadores a presença dos requisitos dispostos no RE 560.900/DF, relator o Em. Ministro Roberto Barroso, julgado pelo regime da repercussão geral.

2. Caso concreto em que foram instaurados oito inquéritos contra o candidato, mas apenas um ensejou a propositura de ação penal cuja sentença prolatada reconheceu a sua inocência.

3. Recurso ordinário em mandado de segurança provido, rogadas vênias ao Em. Relator. (RMS n. 47.528/MS, relator Ministro Humberto Martins, relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 22/6/2021, DJe de 17/12/2021.)

recorrente do referido concurso público por fundamento no princípio da presunção de inocência:

[...] meros boletins de ocorrência, inquéritos policiais, termos circunstanciados de ocorrência ou ações penais em curso, sem condenação passada em julgado, possam ser utilizados como fatores impeditivos desse acesso, tendo em vista o relevo dado ao princípio constitucional da presunção de inocência.

[...]

Não há dúvida de que a razão de ser na adoção desse entendimento reside, num primeiro aspecto, que boletim de ocorrência e a instauração de inquérito não significam rigorosamente nenhum juízo peremptório de desvalor sobre o cidadão, o primeiro porque é um documento público que representa apenas e tão-somente a declaração de unilateral de terceiro sobre um determinado fato do qual "a priori" não se sabe sequer se o conteúdo declarado é verdadeiro.

[...]

O inquérito policial, portanto, e menos ainda o simples boletim de ocorrência, não têm absolutamente nenhuma aptidão para estabelecer qualquer juízo de desvalor sobre o cidadão, é dizer, o cidadão a quem se imputa a prática de infração, num boletim de ocorrência, ou que é objeto de uma investigação policial como suposto autor de uma infração penal, não sofre uma "*capitis diminutio*" somente por conta disso, de forma que não pode ser impedido de pleitear, mediante concurso público, o acesso ao quadro funcional estatal. Por outro lado, a propositura de ação penal tampouco prejudica "de per si" essa conclusão: é preciso, segundo a atual jurisprudência sobre a matéria, muito mais do que a propositura da ação e do que uma sentença condenatória, ou seja, faz-se inexorável que haja trânsito em julgado, porque apenas a coisa julgada afasta a presunção de inocência.

Do breve arrazoado, conclui-se, preliminarmente, que qualquer agente que atue em nome da Administração Pública está vinculado ao respeito aos ditames constitucionais, com fulcro nos princípios fundamentais, tal como a da presunção de inocência; inclusive, sob pena de controle judicial. Todavia, consideradas as demais máximas do direito, tais como o interesse público e a moralidade exigida da administração, a qual também se reflete na conduta esperada do agente público, é necessário perpassar especificamente pela matéria do concurso público, notadamente quanto à discricionariedade administrativa na aplicação e ponderação dos institutos frente às circunstâncias de fato.

3 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA INTERPRETAÇÃO DOS CERTAMES PÚBLICOS

Os concursos públicos são o mecanismo à disposição da Administração Pública para selecionar mediante requisitos prévios quais indivíduos são aptos à assunção de cargos ou empregos públicos. Funcionam como meio de fazer valer a moralidade e a eficiência esperadas da administração, de forma que seja maior a probabilidade de os agentes diretos da

administração trabalharemos para o aperfeiçoamento do serviço público, ao passo que também serve a propiciar igual oportunidade aos interessados (MEIRELLES, 2016, p. 409).

Possuem, portanto, um fim seletivo no qual se chega através de uma sequência de atos ordenados de forma a elencar, por meio de edital e seus requisitos exigíveis, qual candidato dentre os interessados está mais apto a exercer a função pública específica que se pretende preencher.

Importa saber qual a competência discricionária da administração na elaboração, interpretação e aplicação do certame no exame das circunstâncias de fato. É esse o objetivo do presente capítulo.

3.1 DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em um recorte histórico, o início do caminho percorrido pela discricionariedade administrativa não encontrava freios. A atuação era ampla, sem respaldo legal. Foi a partir das revoluções dos Estados absolutistas em meados dos séculos XVII e XVIII (revolução inglesa, de 1689; revolução americana, de 1776; revolução francesa, de 1779) e sua consequência jurídica consignada na percepção material dos direitos e garantias dos cidadãos, que se viu inaugurar a pretensa expectativa de equilíbrio entre as prerrogativas estatais e o domínio do Poder Público sobre o particular (CADEMARTORI, 2001, p. 31).

É na paulatina superação do Estado de Polícia¹³, e na solidificação sistemática do Estado de Direito, que o Poder Público passa a submeter-se ao ordenamento normativo com respaldo nas garantias fundamentais. Daí em diante torna-se uma preocupação o adequado limite ao exercício da atividade discricionária estatal; inclusive, na utilização de parâmetros para o controle jurisdicional dos atos discricionários da administração pública (CADEMARTORI, 2001, p. 31-33).

Inclusive, quando se introduziu a expressão “Estado Democrático de Direito” na Constituição de 1988, o constituinte se orientou por uma visão menos individualista do Estado, provocando maior participação dos componentes individuais, em uma perspectiva de baixo para cima e estabeleceu como característica do sistema uma “sociedade política baseada numa

¹³ No período do Estado de Polícia impunha-se nos países germânicos a idéia de que a discricionariedade tinha relação direta com a soberania do monarca e que os tribunais administrativos (o Estado e seus mecanismos de controle) não penetravam no conteúdo do ato, só podendo verificar se realmente havia sido atribuída discricionariedade (espaço livre da Administração) (DI PIETRO, 2012, p. 17 e ss.).

Constituição escrita, refletidora do contrato social estabelecido entre todos os membros da coletividade” (ZIMMERMANN, 2002, p.109).

Dessa breve digressão, é mister salientar que o tema é a séculos estudado e, por serem diversas as óticas e abordagens, não está exaurido na doutrina jurídica pátria ou no direito comparado. Dessarte, para balizar o referencial teórico do presente estudo, sem contudo esgotar o significado da definição, é pertinente destacar os seguintes conceitos operacionais da categoria discricionariedade administrativa, quais sejam: poder discricionário, enquanto o modo atuação do poder estatal; atividade discricionária, enquanto função e expressão dinâmica do poder; e ato discricionário, o qual diretamente reflete no resultado adequado ao exercício da função, notadamente na atividade administrativa estatal (CADEMARTORI, 2001, p. 21, 26).

Alcançada a definição mais moderna, a discricionariedade administrativa é sobretudo mensurada na estreita relação que guarda com o princípio da legalidade. Isso porque, ao contrário do que ocorre nas relações entre particulares, onde predomina a princípio da autonomia das vontades, nas relações públicas é defesa a atuação para além do prescrito em lei. Daí decorre que a Administração Pública não poderá, por livre arbítrio e de ofício, conceder direitos, criar obrigações ou impor vedações de qualquer espécie aos administrados pois, para tanto, depende da lei (DI PIETRO, 2017, p. 94).

Assim, entende-se por discricionária a atuação da Administração Pública dentro da margem de liberdade proporcionável ao administrador, o qual elegerá uma dentre outras possibilidades que - naquela realidade, segundo sua percepção e observados os critérios de razoabilidade - potencialmente cumprirá de forma mais adequada o desiderato “interesse da coletividade”. Tal situação ocorrerá quando a lei não regular especificamente qual a solução mais apropriada ao caso concreto, quando há fluidez nas expressões da lei ou ainda quando há liberdade conferida ao mandamento legal, de forma a impedir decisão através de critério mais formal (MELLO, 2016, p. 957).

A flexibilidade de atuação administrativa refletida na discricionariedade justifica-se segundo critérios práticos e jurídicos. Na prática, evita o automatismo que impenderia caso a rigidez da atuação administrativa fosse tamanha que estariam afastadas as possibilidades de qualquer outra tomada de decisão que não aquela rigorosamente preestabelecida pela norma. Ainda em termos práticos, é preciso considerar que apenas em um cenário ideal e notadamente hipotético o legislador conseguiria prever todas as situações de fato propensas a demandar atuação da Administração Pública, porquanto são infinitas, complexas e indubitavelmente crescentes (DI PIETRO, 2012, p. 67).

Sob o ponto de vista jurídico, a discricionariedade justifica-se na teoria da formação do direito por degraus, de Hans Kelsen (KELSEN, 1941, p. 108 ss., *apud* DI PIETRO, 2012, p. 70), a qual afasta o sistema de hierarquia do conceito de ordem jurídica e a aproxima de uma graduação com diferentes espécies normativas em que uma valida a outra (a validade de uma remonta à outra); pode-se dizer que a lógica do ordenamento faz com que sempre haja uma norma inferior que, respeitados os limites da norma em gradação superior, que a valida, confere a esta condições de aplicabilidade. Dessa forma, se o ato discricionário da administração não é totalmente livre, mas necessariamente vinculado à lei, vale dizer que é no próprio ordenamento jurídico que se encontra o fundamento da discricionariedade" (DI PIETRO, 2012, p. 71).

Para elucidação do fator que legitima a atuação discricionária, é mister indicar o consecutivo dos estudos de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández. Segundo os autores, é inescusável que os particulares (ou grupo de particulares) sujeitem-se a poderes jurídicos da Administração Pública, que limitam as faculdades de obrar e podem eventualmente afetar a esfera jurídica do submetido. Assim, inauguram o conceito de potestades, definidas como espécies dos poderes jurídicos que se refletem como técnica de atribuição legal dos poderes. Dentre outras muitas, as potestades podem classificar-se entre regulatórias ou discricionais.

Não há no mero exercício dessas potestades qualquer pretensão concreta, mas sim a possibilidade de produzir efeitos jurídicos os quais ninguém estará em uma situação de dever ou obrigação, senão de estrita sujeição que vincula suportar seus efeitos. Sem exclusão de qualquer modalidade, inclusive a discricionária, a potestade sempre deriva de uma norma previa que a configura e a atribui em concreto (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 376-380).

Ainda que não operem em completos opostos, por ser observável o emprego diametralmente diverso de ambas espécies, diz-se que do outro lado das potestades discricionais há as potestades regradas. Funcionam, pois, como mecanismo à redução do alcance decisório e resolutivo da Administração por intermédio da vinculação às hipóteses de fato legalmente definidas. É em suma um processo aplicativo da lei, onde ao caso concreto será aplicado o que a lei, exhaustivamente, determinou. Logo, nas potestades regradas a administração procede em um recorte automático e livre de subjetividade (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 388-389).

Por sua vez, as potestades discricionais inserem nas manobras da Administração Pública um elemento substancialmente excluído das demais por força do princípio da legalidade; qual seja, uma dose de subjetividade no processo aplicativo da lei, estritamente seguido nos demais níveis de atuação administrativa. Contudo, a elasticidade discricional conferida ao administrador não decorre de um poder originário da Administração. Logo, não pode ser

considerada uma faculdade extralegal, ou seja, uma liberdade da administração frente à norma; mas, pelo contrário, é um “caso típico de remissão legal” (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 390).

Quer dizer que a norma remete ao administrador escolher, conforme seu juízo vinculado aos limites legais, caso a caso, qual das soluções possíveis é a mais adequada à satisfação do interesse público, ao passo que proceda ao processo aplicativo da lei. Isto é, o exercício discricionário da administração pública não existe senão em virtude da lei e não se verifica à margem dela, mas justamente em virtude da lei e na medida de sua disposição (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 390).

Por sua própria natureza, há situações não suscetíveis à mecanização em fórmulas fixas e determináveis em potestades reguladas - tais como a produção regulamentar, de organização, diretivas de economia ou ainda aquelas que necessariamente implicam na escolha de soluções alternativas cujos critérios objetivos não podem ser vinculados. Tais atividades exigirão sempre a prática discricionária da Administração. Todavia, é cediço que entre as decisões de cunho administrativo discricionário encontram-se àquelas abusivas, ilegais e inconstitucionais (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 391). Com efeito, a digressão leva a uma necessidade de se considerar uma lógica que desloque (ou ao menos aproxime) a atuação do administrador em potestade regulada, porquanto a definição da justiça do ato acomoda-se melhor em nesta técnica do que na discricionária de forma a evitar que a atividade subjetiva se torne arbitrária.

Pelo premente risco de incorreção dessa arbitrariedade, cumpre indicar que os atos vinculados são a problemática dos limites da discricionariedade administrativa, uma vez que se pode dizer haver discricionariedade onde não há legitimidade de decisão. Todavia, o poder discricionário não pode ser arbitrário sob pena de infringir a norma constitucional. Inclusive, a arbitrariedade é o oposto da discricionariedade, pois seria uma liberdade sem parâmetros. A discricionariedade, no entanto, é a liberdade de opções sujeita a parâmetros normativo-constitucionais superiores, que a delimitam (BINENBOJM, 2014, p. 43).

Em que pese estruturarem-se os atos administrativos nos elementos forma e conteúdo, bem como nos pressupostos de sujeito competente, causa, finalidade, motivo e objeto, é, não somente, mas principalmente, sobre os dois últimos que incide a atividade discricionária da administração.

Assim, com retorno aos conceitos operacionais, tem-se que a incidência da interpretação da administração pública no requisito “idoneidade moral” de concursos públicos reflete o poder discricionário da administração a qual realiza, extensivamente, atividade interpretativa e

discricionária enquanto expressão dinâmica desse poder, para fazer valer o ato - de forma de se apresentar adequado ao exercício da função.

3.2 CONCURSO PÚBLICO: PROCEDIMENTO PRÉ ESTABELECIDO DE ESCOLHA DOS MAIS APTOS

O Concurso Público foi formalmente inaugurado com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1934, a qual dispôs acerca do instituto que “os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir” (BRASIL – C, 1934). Desde então, o cenário jurídico pátrio ampliou as possibilidades e regras quanto à admissão do particular em cargo ou função pública. Por exemplo, os constituintes de 1937 e 1946 elencaram como forma de ingresso tanto as provas como os títulos, que poderiam, sozinhos e a critério da Administração Pública, constituir o certame (BRASIL - C, 1937) (BRASIL - C, 1946).

Foi em 1969, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, que o texto constitucional da CRFB/1967 vinculou a Administração Pública à admissão de servidores mediante concurso público de provas, ou provas e títulos¹⁴, após a criação dos respectivos cargos (BRASIL - C, 1967). Ou seja, os critérios de incorporação do servidor ao serviço público passam a ser mais rígidos.

Consecutivo à atenção voltada às normas que regem a disciplina dos concursos públicos na medida do alcance da atividade legislativa e constituinte sobre ela incidente, a CRFB/88, intitulada Constituição Cidadã, concedeu especial atenção ao Direito Público e, pela primeira vez na história do direito constitucional positivo, trouxe um capítulo cujo título é precisamente "Da Administração Pública" (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 94). O artigo 37 do mencionado capítulo elenca os princípios que deverão reger, em máxima, a administração pública direta e indireta, e seus primeiros incisos referem-se ao acesso a cargos, empregos e funções públicas, *in verbis*:

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

¹⁴Entende-se por provas, o certame em que o interessado precisa se submeter a um conjunto de provas, geralmente escritas, divididas em conhecimento geral e específico. Já as provas e títulos, além de o candidato ficar sujeito a prova anteriormente descrita, precisa apresentar títulos, sendo este fator de classificação (GASPARINI, 2005, p. 35).

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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;

Nos termos inciso II, art. 37, da Constituição, há exigência de aprovação prévia em concurso público para ingresso aos cargos ou empregos públicos. O constituinte deixou uma lacuna quanto à forma exigida para investidura nas funções públicas, o que pode deixar margem a ocorrência de injustiças em face dos concursandos, vez que as funções autônomas podem ser fonte de apadrinhamento ou formas de ingresso que revelam patente iniquidade (SILVA, 2019, p. 659); justamente o que busca evitar a construção da matéria na Constituição vigente.

Cumpra salientar que se distinguem no seguinte sentido. Ao emprego público são aplicáveis as mesmas disciplinas do empregado na esfera privada, sendo possível atuação do empregado público, cujo empregador será a Administração, na esfera pública ou privada. O cargo público estende benefícios outorgados à Administração, onde o servidor, nos termos da Lei Federal 8.112/90, obedecerá às regras específicas daquele setor no qual foi admitido; por isso, chama-se servidor estatutário (MELLO, 2016, p. 259 - 260). Já a função pública é função de confiança, de livre provimento e livre exoneração, bem como aquela disciplinada pelo inciso IX, art. 37, da CRFB/88, que dispõe sobre as contratações por período determinado e notadamente para atender necessidade temporária de excepcional interesse público (DI PIETRO, 2017, p. 695).

De mais a mais, na Constituição de 1988, instruída pelos valores que balizam a maior igualdade entre os cidadãos, bem como seu direito de participação efetiva e ativa no exercício do controle das funções estatais, é perceptível que o cuidado com o instituto do concurso público abre-se em dois sentidos.

Um macro, pois a realização de certame prévio à investidura em emprego ou cargo público objetiva que sejam efetivados os direitos advindos de princípios tais como a eficiência, a isonomia e a moralidade, consagrados no sistema constitucional.

Outro, conseqüente de forma interna ao certame. Isso pois, em razão da influência da atividade estatal na coesão social e no pleno desenvolvimento dos objetivos do Estado (como a

segurança pública), o concurso objetiva a seleção dos mais aptos, que usufruirão das benesses de uma carreira estável em retribuição ao atendimento da demanda pública que se buscou preencher com a disposição do cargo ou emprego público. Daí tem-se a importância de fazer valer os princípios constitucionais na seleção, para que o processo administrativo de admissão seja o mais equânime, democrático e livre de pessoalidade possível, para que seja assegurada a igualdade de oportunidade a todos os interessados, para que o Estado identifique e selecione, dentre eles, os mais aptos ao exercício da atividade estatal, sempre mediante critérios objetivos (MOTTA, 2007, ps. 10-11).

Contudo, é ainda escasso o prestígio doutrinário ao estudo do concurso público. Conjuntamente, perceptível a indiferença da legislação infraconstitucional quanto ao tema. Tal cenário reforça a imprescindibilidade dos princípios e regras constitucionalmente elencados, porquanto reflete mecanismo apto a precisar as intenções e os limites de procedimentos para efetivação do procedimento relativo ao concurso público (MOTTA, 2007, p. 11).

Conceitualmente, a doutrina, nos ensinamentos de Diógenes Gasparini, indica que o concurso público “é o procedimento prático-jurídico posto à disposição da Administração Pública direta, autárquica, fundacional e governamental de qualquer nível de governo, para a seleção do futuro melhor servidor [...]” (GASPARINI, 2012, p. 321). Ainda, acerca do instituto, Hely Lopes Meirelles dispõe que

o concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público, e ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF. (MEIRELLES, 2016, p. 487)

Oportuno também indicar o entendimento de José Cretella Júnior que conceitua o concurso de ingresso como a

série complexa de procedimentos para apurar as aptidões pessoais apresentadas por um ou vários candidatos que se empenham na obtenção de uma ou mais vagas e que submetem voluntariamente seus trabalhos e atividades a julgamento de comissão examinadora. (CRETELLA JÚNIOR, 2022, p. 512)

Ainda quanto ao concurso de ingresso, partindo-se da ideia de Cretella Júnior, Diógenes Gasparini conceitua como

[...] o procedimento administrativo posto à disposição da Administração Pública direta, autárquica, fundacional ou empresarial, se qualquer nível de governo, para a seleção do futuro melhor titular de cargo ou emprego público, necessário à

execução de serviços sob suas respectivas responsabilidades (GASPARINI. MOTTA. 2007, p. 20)

Quanto aos pressupostos exigíveis no procedimento do acesso ao cargo ou emprego público, aplica-se aos servidores públicos o disposto no inciso XXX, art. 7º, da CRFB/88¹⁵, conforme determina o § 3º, art. 39, da CRFB/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98¹⁶. Logo, é constitucionalmente vedado o ingresso de servidores públicos na atividade administrativa se os critérios de admissão, ainda que objetivos, pautarem-se por discriminação de sexo, idade, cor ou estado civil. Contudo, tal máxima não deve ser irrestritamente considerada. Isso porque o referido § 3º do art. 39 da CRFB/88 informa à lei que há possibilidade, quando a natureza do cargo assim exigir, de que sejam estabelecidos critérios diferenciados de admissão.

Dessarte, o Constituinte deixou a cargo do legislador ordinário a fixação dos requisitos ao emprego ou cargo público, observadas as exigências de cada categoria. Isso pois a natureza seletiva do certame precisa ser voltada à especificidade do cargo disponível para que encontre em si um fim e seja mecanismo de efetivação do princípio da eficiência da Administração Pública. Assim, o concurso é em regra pensado a ser dividido em fases, as quais possuem requisitos exigíveis e compatíveis com a atividade exercida por aquele que, se aprovado em todas as fases, atuará na consecução do objetivo público de forma mais eficiente em relação ao candidato reprovado (NOGUEIRA. NOGUEIRA. 2013, p. 44).

Corroborado no permissivo constitucional do § 3º, art. 39, da CRFB/88¹⁷, a mera exigência de requisitos - como como aptidão física e mental, idade mínima, quitação de obrigações eleitorais e militares, dentre outros - não configura, por si, discriminação ou ofensa aos princípios da equidade e igualdade. Todavia, tal lógica não tem o condão de afastar toda e qualquer possibilidade de discriminação na elaboração de um certame. Assim, é necessário que a Administração Pública, ao exercer a atividade de estabelecer critérios que possibilitem o

¹⁵ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]; XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; [...]. BRASIL - C. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1988.

¹⁶ Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. [...] § 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 - C. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1988.

¹⁷ Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. [...] § 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 - C. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1988.

provimento de cargo ou emprego público, o faça de forma aceitável e coerente com o ordenamento jurídico pátrio a fim de salvaguardar a isonomia e demais valores fundamentais que a ordem jurídica busca preservar (MOTTA, 2007, p. 27).

Por vezes, é necessário inspecionar a atividade discricionária de elaboração do certame ou interpretação dos requisitos nele constantes. Por exemplo, quanto à fase de exame psicotécnico, não era incomum que chegasse aos tribunais superiores requerimento de candidatos que consideravam ter seu direito de acesso ao cargo público cerceado pela má avaliação do exame psicotécnico. Na análise desses casos concretos, percebeu-se que a administração exigia o referido exame, que, no entanto, não constava de determinação legal. Aí, abria-se margem para comportamento arbitrário da administração. (COUTINHO. RODOR. 2016, p. 32).

Dessarte, para resolver a questão, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 686, que pacifica o entendimento segundo o qual "só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público" (BRASIL, STF, 2003).

Assim como quanto à necessidade de prévia previsão legal para aplicação do exame psicotécnico nas etapas dos concursos públicos, o Supremo Tribunal Federal também já declarou a inconstitucionalidade de determinadas exigências por ferirem diretamente a vedação do artigo do § 3º, art. 39, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que concede à Administração Pública a possibilidade de estabelecer requisitos diferenciados para admissão de seus servidores apenas quando a natureza do cargo assim o exigir.

É o caso da controvérsia envolvendo a altura mínima exigida ao ingresso de servidores públicos nos quadros da polícia civil. É de fato razoável a exigência de requisitos como altura, aptidão médica e aptidão psicomotora, por exemplo, porquanto o exercício da função exige do servidor, para além da eficiência psíquica e intelectual, a eficiência física. Todavia, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Especial n. 150.455¹⁸ decidiu que é inconstitucional a exigência de altura mínima para o cargo de escrivão da polícia civil pois, apesar de tratar-se de ofício precipuamente policial, é exercido em atividade essencialmente burocrática, de forma a afastar a razoabilidade de tal exigência que, para a natureza das atribuições do cargo, é irrelevante.

¹⁸ CONCURSO PÚBLICO - FATOR ALTURA. Caso a caso, há de perquirir-se a sintonia da exigência, no que implica fator de tratamento diferenciado com a função a ser exercida. No âmbito da polícia, ao contrário do que ocorre com o agente em si, não se tem como constitucional a exigência de altura mínima, considerados homens e mulheres, de um metro e sessenta para a habilitação ao cargo de escrivão, cuja natureza é estritamente escriturária, muito embora de nível elevado. (RE 150455, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 15/12/1998, DJ 07-05-1999 PP-00012 EMENT VOL-01949-02 PP-00420).

Essa seleção de indivíduos capazes ao exercício de atribuições típicas e essenciais para o bom funcionamento da máquina estatal é operacionalizada pela Administração Pública através dos editais. O edital, ou instrumento editalício, é dita lei dos concursos públicos. Nele, serão estabelecidas as fases de admissão, bem como os requisitos exigíveis em cada fase.

É incumbência da Administração Pública a sua edição, a qual tem discricionariedade na atividade de elaboração. Contudo, uma vez elaborado e publicado o edital, a atividade administrativa quanto aquele instrumento passa a ser vinculada. Diz-se, então, que pode haver uma discricionariedade interpretativa; tão somente. Todavia, vigora o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

3.2.1 Vinculação ao Instrumento Convocatório

Nos concursos públicos diz-se que o edital é a lei entre as partes. Em que pese não tenha força de lei, o instrumento estabelece regras às quais estão vinculados a administração pública e os candidatos. Trata-se do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Isso significa que todos os atos que regem o concurso público ligam-se e devem obediência ao edital. Com efeito, o edital é ato normativo confeccionado pela administração pública para disciplinar o processamento do concurso público (MOTTA, 2007, p. 143).

Pode-se então dizer que a vinculação da qual trata o princípio é recíproca entre candidato e administração. A ambos é vedado o afastamento das determinações do edital, salvo nas hipóteses em que se possa demonstrar o conflito com os princípios superiores de forma a conferir àquela indicação roupagem ilegal ou inconstitucional (MOTTA, 2007, p. 144).

Isso não significa que a edição do edital suspende a atividade discricionária do Poder Público. É evidente que existe, sobretudo na edição do instrumento convocatório, discricionariedade do administrador em elencar o que é ou não bem proporcionado ao certame, o que ocorre na etapa interna do concurso (COUTINHO. RODOR. 2015, p. 496).

A etapa interna do concurso é propiciada pela percepção da administração na escassez ou da ciência de futura e certa escassez (aposentadoria em massa, por exemplo) de servidores públicos dentro da estrutura funcional de determinada repartição pública. É aí que a Administração Pública solicita ao Estado novos servidores para determinado quadro funcional¹⁹.

¹⁹ “Embora não seja um lugar, os cargos são mantidos e organizados dentro da estrutura funcional das repartições públicas, de forma que se saiba exatamente quantos são, quantos estão preenchidos, quantos estão vagos, se existe algum que se tenha por desnecessário e que pode ser extinto, se o quantitativo é insuficiente e novos

O concurso começa assim, com o demonstrativo da necessidade de um quantitativo de servidores necessários em cada área (COUTINHO. RODOR. 2015, p. 161). Provada a necessidade do reforço de servidores, a administração pública analisará, em conjunto com a banca examinadora contratada e considerando a pertinência da natureza e complexidade do cargo, quais as fases necessárias no concurso em questão e os requisitos em cada uma das fases.

Assim, na fase externa do concurso, uma vez publicizado o edital, a observância quanto às determinações discricionariamente estabelecidas passa a ser obrigatória (COUTINHO. RODOR. 2015, p. 496).

A vinculação ao instrumento convocatório consagra a máxima pela qual a Administração deve pautar suas ações na mais estrita previsibilidade e obediência aos ditames do ordenamento jurídico para que sua influência na esfera jurídica do particular, na realização de seus interesses afetos, aproxime-se sempre da justiça (MOTTA, 2007, p. 145).

A imposição de respeito aos parâmetros do edital do concurso público é entendimento pacífico dos Tribunais Superiores, conforme muito bem indicado pelo Ministro Marco Aurélio em Acórdão de sua lavra assim ementado: “A ordem natural das coisas, a postura sempre aguardada do cidadão e da Administração Pública e a preocupação insuplantável com a dignidade do homem impõem o respeito aos parâmetros do edital do concurso” (STF, 2001, on-line).

Cumprido destaque de entendimento perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, que concatena as ideias aqui lançadas:

Segundo estatui o brocardo jurídico: "o edital é a lei do concurso". Desta forma, estabelece-se um vínculo entre a Administração e os candidatos, igualmente ao descrito na Lei de Licitações Públicas, já que o escopo principal do certame é propiciar a toda a coletividade igualdade de condições no ingresso ao serviço público. Pactuam-se, assim, normas preexistentes entre os dois sujeitos da relação editalícia. De um lado a Administração. De outro os candidatos. Qualquer alteração no decorrer do processo seletivo, que importe em mudança significativa na avença deve levar em consideração todos os participantes inscritos e previamente habilitados, não sendo possível estabelecer-se distinção entre uns e outros, após a edição do edital. Desta forma, compete ao Administrador estabelecer condutas lineares, universais e imparciais, sob pena de fulminar todo concurso, oportunidade em que deverá estipular nova sistemática editalícia para regular o certame (STJ. 2000, on-line).

De mais a mais, tem-se que, após delineado o edital - onde o administrador pode fazer valer sua atuação discricionária em desempenho à conveniência e oportunidade administrativa desde que o mesmo não afronte comandos legais - não há possibilidade de estabelecer medidas

precisam ser criados, e assim por diante. A esse conjunto de cargos dá-se nome de quadro funcional” (COUTINHO. RODOR. 2015, p. 193).

outras senão àquelas já previstas. Inclusive, não há como conferir tratamento diferenciado aos participantes inscritos e previamente habilitados.

Na esteira dos entendimentos lançados, pode-se concluir que, apesar de a obrigatoriedade de vinculação ao instrumento editalício configurar-se como uma via de mão dupla entre administração e administrado, em termos de responsabilidade, a administração deve ainda maior observância aos ditames constantes do edital em relação ao concursando.

Explica-se pelo simples fato de que “presidiu sua elaboração e, portanto, determinou seu conteúdo” (MOTTA, 2007, p. 148), de forma que não pode a administração inovar ou evadir-se das regras que ela mesmo determinou, salvo se para corrigir a determinação aos parâmetros constitucionais; o que, com ainda mais afinco e recorrência, pode ser realizado também pelo concursando na via judicial.

Espera-se, assim, que a administração atue de forma planejada, transparente, contínua e previsível (ATALIBA *apud* MOTTA. 2007, p. 141) ao elaborar e publicar o edital do concurso, já que seu conteúdo programático faz surgir no concursando a legítima expectativa de que somente os ditames ali compreendidos serão objeto de avaliação. Ao se inscrever no certame, o candidato concorda com os termos do edital e se compromete a cumprir com suas regras, de forma a ser exigível a mesma postura da administração (COUTINHO. FONTENELLE. 2014, p.77).

3.2.2 A Investigação Social

A fase de investigação social visa analisar a idoneidade moral e conduta social do candidato a determinados concursos públicos, como os relativos à segurança pública. Referida investigação poderá alcançar, a depender da descrição do edital e da discricionariedade interpretativa do administrador público, conforme será melhor abordado, requisitos como: inexistência de exoneração em outro cargo ou emprego público; certidão negativa de cadastro nos órgão de proteção ao crédito; inexistência de ato tipificado como crime ou improbidade administrativa; inexistência de relacionamento ou exibição em público com pessoas de desabonadores antecedentes criminais; inexistência de registro de uso de droga ilícita; dentre tantos outros.

Em que pese a discricionariedade da entidade contratada para elaboração do certame em conjunto com o órgão contratante proceder à escolha das fases e seus respectivos requisitos exigíveis, algumas fases estão previstas em lei.

Por exemplo, o Decreto Lei nº 2.320, de 26 de janeiro de 1987, que regulamenta o ingresso nas categorias funcionais da carreira policial federal determina que o edital do concurso contenha prova física e psicotécnica²⁰, de forma a vincular a administração que não poderá deixar de submeter os candidatos às etapas pré determinadas em lei.

Para seguir no exemplo, ainda que a fase de investigação social não se encontre literalmente indicada, a mesma lei traz como um dos requisitos necessários à matrícula no curso de formação que tenha o particular idoneidade moral inatacável segundo avaliação da Direção-Geral do Departamento de Polícia Federal²¹. Assim, de alguma maneira, o certame será obrigado a prever a observação da vida pregressa do candidato.

Mesma lógica segue nas demais legislações que regem o ingresso de servidores nas áreas de segurança pública. No cenário catarinense a determinação legal de fase de investigação social é ainda mais específica em relação à lei federal. Por exemplo, as leis que dispõem sobre o ingresso nas carreiras das instituições militares de Santa Catarina²² indica que a admissão nos quadros da corporação exigirá fase de investigação social em caráter eliminatório.

Ainda, o Estatuto da Polícia Civil²³ catarinense também exige expressamente que a habilitação dos candidatos será verificada mediante concurso público que, necessariamente,

²⁰ Art. 6º As instruções reguladoras dos processos seletivos serão publicadas por meio de Edital, que deverá conter: a) o número de vagas a serem preenchidas, para a matrícula nos cursos de formação e de treinamento profissional; b) os limites de idades dos candidatos; c) as condições de sanidade física e psíquica; d) as matérias sobre as quais versarão as provas e respectivos programas; e) o desempenho mínimo exigido para aprovação nas provas, inclusive as de capacidade física; f) as técnicas psicológicas aplicáveis; g) os critérios de avaliação dos títulos. (BRASIL. Lei nº 2.320, de 26 de janeiro de 1987. Dispõe sobre o ingresso nas categorias funcionais da Carreira Policial Federal e dá outras providências).

²¹ Art. 8º São requisitos para a matrícula em curso de formação profissional, apurados em processo seletivo, promovido pela Academia Nacional de Polícia: I - ter procedimento irrepreensível e **idoneidade moral inatacável**, avaliados segundo normas baixadas pela Direção-Geral do Departamento de Polícia Federal; II - gozar de boa saúde física e psíquica, comprovada em inspeção médica; III - possuir temperamento adequado ao exercício das atividades inerentes à categoria funcional a que concorrer, apurado em exame psicotécnico; IV - possuir aptidão física, verificada mediante prova de capacidade física; V - ter sido habilitado previamente em concurso público de provas ou de provas e títulos. (BRASIL. Lei nº 2.320, de 26 de janeiro de 1987. Dispõe sobre o ingresso nas categorias funcionais da Carreira Policial Federal e dá outras providências) (grifado).

²² Art. 8º O candidato a ingresso nas instituições militares de Santa Catarina será submetido aos seguintes exames de seleção: I - para ingresso nos Quadros de Oficiais e de Praças: a) de avaliação de escolaridade, por meio de prova escrita; b) de saúde (médico e odontológico); c) de avaliação física; d) de avaliação psicológica; **e) de investigação social**; e f) toxicológico de larga janela de detecção; [...] § 2º **Os exames** de saúde (médico e odontológico), de avaliação física, de avaliação psicológica, exame toxicológico, de capacitação técnica e **de investigação social**, realizado por meio do QIS, **serão eliminatórios** (SANTA CATARINA. Decreto Lei nº 587, de 14 de janeiro de 2013. Dispõe sobre o ingresso nas carreiras das instituições militares de Santa Catarina e dá outras providências) (grifado).

²³ Art. 13. A habilitação de candidatos aos cargos das carreiras da Polícia Civil, obedecidas as especificações contidas no edital, será verificada em concurso público, por meio das seguintes fases: I – provas escritas, objetivas e/ou dissertativas; II – prova oral, nos termos do § 3º deste artigo; III – avaliação de títulos, específicos para a carreira à qual concorre o candidato; IV – avaliação psicológica; V – prova de capacidade física; VI – exame toxicológico de larga janela de detecção; e **VII – investigação social**. (SANTA CATARINA. Decreto Lei nº 6.843, de 28 de julho de 1986. Dispõe sobre o Estatuto da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina, e estabelece outras providências) (grifado).

deverá conter a fase de investigação social. De forma ainda mais específica, o Estatuto da Polícia Penal de Santa Catarina²⁴, de outubro de 2021, buscou especificar com maior minúcia a finalidade da fase de investigação social e indicou que, de caráter eliminatório, a referida fase tem o escopo de avaliar se a idoneidade moral do candidato é compatível com o cargo de policial penal.

Em que pese a boa intenção do legislador estatutário, que cuidou de indicar de maneira mais expressa a finalidade da fase de investigação social, se comparada às demais legislações que tratam na investidura nas carreiras policiais do estado, a etapa carece de objetividade. Isso pois

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. (NOGUEIRA. NOGUEIRA. 2013, p. 4).

Como já indicado alhures, como tentativa de remediar subjetividade verificada na fase do exame psicotécnico, os Tribunais Superiores determinaram ser imperativa sua prévia determinação legal para que seja aplicável aos candidatos. Ainda, a determinação da própria Constituição quanto a imprescindibilidade de demonstração da necessidade e adequação ao cargo para aplicação de determinado requisito discriminante na seleção dos servidores leva a crer que a lógica desse sistema é a de evitar arbitrariedades, apadrinhamentos, e afronta ao princípio da isonomia na assunção dos cargos públicos.

Essa preocupação parece não alcançar a fase de investigação social nos concursos públicos. É que a atividade investigativa para aferição da conduta moral inatacável e com comportamento precisa lidar com termos cuja indefinição semântica é patente. Assim, fica a cargo dos editais de concurso especificá-los (NOGUEIRA. NOGUEIRA. 2013, p. 3). No entanto, se não conta no edital um rol taxativo daquilo que a Administração Pública considera um elemento que vai de encontro a idoneidade moral e conduta social exigíveis àquele cargo,

²⁴ Art. 13. O concurso público conterà, obrigatoriamente, as seguintes etapas: I – prova objetiva; II – prova de capacidade física; III – avaliação de aptidão psicológica vocacionada; IV – exame toxicológico; e **V – investigação social**. [...] Art. 17. O exame toxicológico e **a investigação social de caráter eliminatório** deverão obedecer aos critérios fixados no edital do concurso. Parágrafo único. **A investigação social visa avaliar se a conduta e a idoneidade moral do candidato são compatíveis com o cargo de Policial Penal.** (SANTA CATARINA. Lei Complementar nº 774, de 27 de outubro de 2021. Dispõe sobre o Estatuto da Polícia Penal do Estado de Santa Catarina e estabelece outras providências) (grifado).

abre-se uma margem de discricionariedade interpretativa da administração relativamente à fase ou requisito que ela mesma indicou quando elaborou o edital.

Assim, ausente a pormenorização dos termos, caracteriza-se um antagonismo da redação do edital com a lógica de proteção ao tratamento isonômico entre os candidatos a cargos ou empregos públicos na medida em que

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 (NOGUEIRA. NOGUEIRA. 2013, p. 3).

Percebe-se melhor na análise dos instrumentos convocatórios, por si. Em 15 de janeiro de 2021 foi publicado o edital de chamamento aos quadros funcionais da Polícia Federal com provimento de vagas nos cargos de delegado de polícia federal, agente de polícia federal, escrivão de polícia federal e papiloscopista policial federal. Com referência ao Decreto Lei nº 2.320, de 26 de janeiro de 1987, que previu a necessidade da investigação social para a investidura do concursando à corporação, o referido instrumento convocatório indicou que a fase tem o condão de avaliar o procedimento irrepreensível e a idoneidade moral inatacável dos candidatos nos concursos públicos para provimento do cargo almejado e determinou o que considerou serem fatos determinantes à exclusão de candidato do certame:

6. São fatos que afetam o procedimento irrepreensível e a idoneidade moral inatacável do candidato: I – prática de ato tipificado como crime, incompatível com o exercício de cargo policial; II – prática de ato de improbidade administrativa; III – prática de ato de violência física ou agressão moral; IV – prática de ilícito administrativo no exercício da função pública; V – prática de ato atentatório à moral e aos bons costumes; VI – demissão de cargo público ou destituição de cargo em comissão, em qualquer órgão da administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal, mesmo que com base em legislação especial; VII – demissão por justa causa nos termos da legislação trabalhista; VIII – existência de sentença penal condenatória transitada em julgado; IX – participação em grupo paramilitar ou organização criminosa; X – relacionamento ou exibição em público com pessoas de notórios e desabonadores antecedentes criminais; XI – vício de embriaguez; XII – uso de droga ilícita; XIII – prática habitual de jogo proibido; XIV – habitualidade em descumprir obrigações legítimas; XV – tatuagem que faça apologia a ideias discriminatórias ou ofensivas aos valores constitucionais, que expresse ideologias terroristas, extremistas, incitem a violência e a criminalidade, ou incentivem a discriminação de raça e sexo ou qualquer outra força de preconceito ou, ainda, que faça alusão a ideia ou ato ofensivo à polícia. XVI – declarações públicas ou participação em atos que signifiquem apologia ao crime, uso de droga ilícita ou exalte organizações criminosas; XVII – declaração falsa ou omissão de registro relevante sobre sua vida pregressa; **XVIII – outras condutas que revelem a falta de idoneidade moral do candidato.**

[...]

8. A constatação dos fatos descritos no item 6 em desfavor de candidato e (ou) o seu enquadramento ao item 7 serão analisados pela Comissão de Investigação Social, assegurados o contraditório e a ampla defesa, não implicando eliminação automática do candidato do concurso público. (PF, 2021, on-line). (Grifado).

Percebe-se que, ainda que haja um rol taxativo de condutas ou verificações do que a Administração Pública considera inadequados à investidura nos cargos de segurança pública, há também indicação genérica, em branco, quanto à margem a interpretação no caso concreto em relação ao que seria, ou não, considerado falta de idoneidade moral incompatível com preceitos éticos e morais à investidura no cargo.

Não há menção no edital supramencionado quanto a análise de boletins de ocorrência, termos circunstanciados, inquéritos policiais ou ações penais não transitadas em julgado em desfavor do candidato e qual interpretação que o administrador fará na eventual aparição de algum desses itens na fase de investigação social.

Sob enfoque moderadamente distinto localiza-se a redação da fase de investigação social no certame publicado em 17 de junho de 2019 pelo Colegiado Superior de Segurança Pública (CSSP) de Santa Catarina, que tornou pública a abertura das inscrições para o concurso público destinado a selecionar candidatos para o Curso de Formação de Soldados (CFSd) e posterior provimento de vagas do Quadro de Praças da Polícia Militar (QPPM) de Santa Catarina.

Em que pese ter indicado de forma genérica que configura incompatibilidade para o exercício do cargo público de policial militar catarinense as condutas que revelem a falta de idoneidade moral do candidato em face dos preceitos éticos e morais da instituição militar, deixou claro que a fase analisará a existência de investigação ou ação penal em curso não transitada em julgado, contudo, sem objetivamente indicar no que os eventuais registros poderão se traduzir:

9.7.5. O candidato cuja conduta/postura perante a sociedade, nos termos do item anterior e conforme a relevância dos atos praticados, receba avaliação de “contraindicação” e incompatibilidade para o exercício do cargo público, será considerado INAPTO. Para tanto, a inaptidão deve estar fundamentada na correlação entre os motivos de sua contraindicação com o previsto no inciso XIV do decreto nº 1.479, de 9 de abril de 2013, a saber: a) habitualidade em descumprir obrigações legítimas; b) uso ou dependência química de drogas de qualquer espécie; c) embriaguez contumaz; d) relacionamento ou exibição em público com pessoas de notórios e desabonadores antecedentes criminais ou morais; e) prática de ato atentatório à moral e aos bons costumes; f) contumácia na prática de infrações ou transgressões disciplinares; g) participação ou filiação como membro, sócio ou dirigente em entidade ou organização, cujo funcionamento seja legalmente proibido ou contrário às disposições da Constituição da República e ao Estado Democrático de Direito; **h) indiciamento em Inquérito Policial (IP) ou Inquérito Policial Militar**

(IPM), qualificação como autor em termo circunstanciado de ocorrência, citação como réu em ação penal ou ainda figurando como acusado em procedimento administrativo disciplinar, desde que caracterizados na origem de tais procedimentos atos que atem aos preceitos éticos e morais da instituição militar; i) demissão de cargo público, destituição de cargo em comissão ou do exercício da função pública, em qualquer órgão da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal, desde que em ato motivado por razão de conduta desabonadora; j) declaração falsa ou omissão de registro relevante sobre sua vida pregressa; e k) **outras condutas que revelem a falta de idoneidade moral do candidato e que expressem incompatibilidade para o exercício do cargo, em face dos preceitos éticos e morais da instituição militar.**

9.7.6. A investigação social abrangerá toda a vida pregressa do candidato, não se limitando apenas a indicar o envolvimento em Boletins de Ocorrência, Termos Circunstanciados, Inquéritos Policiais, Processos-crime, etc. (CSSP/SC, 2019, on-line). (Grifado)

Igualmente, a Secretaria de Estado da Administração Prisional de Socioeducativa do Estado de Santa Catarina publicou, em 09 de outubro de 2019, publicou instrumento convocatório ao preenchimento de vagas para o Concurso Público destinado a preencher o quadro funcional da polícia penal catarinense²⁵. Também em atenção à exigência da Lei Complementar nº 675/2016, de 03 de junho de 2016, o edital indicou os critérios para a investigação social:

13.9 A investigação social adotará como critério as seguintes situações: 1. uso ou dependência química de drogas ilícitas de qualquer espécie; 2. situação fatídica em que seja constatada embriaguez e que tenha culminado com ação tipo penal ou infração funcional; 3. fazer apologia em público ou em rede social ao uso de drogas, pedofilia, violências, incitar atos contra a imagem e decore das instituições públicas; 4. prática de ato atentatório à ética e a moral; 5. contumácia na prática de infrações ou transgressões disciplinares funcionais; 6. participação ou filiação como membro, sócio ou dirigente em entidade ou organização, cujo funcionamento não seja legalmente autorizado ou contrário às disposições da Constituição da República e ao Estado Democrático de Direito; **7. indiciamento em inquérito policial, qualificação como autor em termo circunstanciado de ocorrência, citação como autor em ação civil pública, citação como réu em ação penal;** 8. ter figurado como acusado em procedimento administrativo disciplinar, em quaisquer instituições a que tenha sido vinculado; 9. demissão de cargo público, destituição de cargo em comissão ou do exercício da função pública, em qualquer órgão da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal, em razão de conduta desabonatória; 10. registros de boletins de ocorrências que acusam práticas de emprego de grave ameaça ou violência; 11. práticas de abuso de mulheres, criança e adolescentes, idosos e incapazes; 12. Registro de boletins de ocorrência em que apontam para crimes capitulados na Lei nº 10826/2003; 13. declaração falsa ou omissão de registro relevante sobre sua vida pregressa, conforme o disposto neste edital; e **14. outras**

²⁵ O instrumento convocatório publicado (Concurso Público Edital nº 01/2019 – SAP/SC) indicou abertas as inscrições para o Concurso Público destinado a prover vagas para o cargo de Agente de Penitenciário. Apenas para esclarecimento da semântica que preferiu-se adotar quanto à nomenclatura do cargo, cumpre indicar que a Emenda Constitucional nº 104 incorporou o sistema prisional no rol dos órgãos de segurança pública, criando as polícias penais federal, estaduais e distrital, reconhecendo assim, o caráter policial da atuação dos agentes penitenciários. Sendo assim, a incorporação da Polícia Penal à Constituição Federal impôs aos Estados a obrigação de regulamentar as funções da nova polícia. A nova redação do artigo 144 da Constituição Federal vinculou as polícias penais ao órgão administrador do sistema penitenciário da unidade federativa as quais pertencem, portanto, como novo órgão de segurança pública (GRECO, 2020, p. 7 ss.).

condutas que revelem a falta de idoneidade moral do candidato, tornando-o incompatível, em face dos preceitos éticos e morais para o exercício do cargo candidatado.

[...]

13.14 Fica desclassificado do Concurso Público o candidato que: 1. Não preencher o Questionário de Investigação Social; 2. Deixar de encaminhar, encaminhar em lugar diverso ao determinado ou encaminhar com atraso a documentação exigida pelo Edital ou que fornecer dados inexatos ou omitir ou fazer declarações falsas que o desabone; **3. O candidato considerado NÃO INDICADO.** (PP/SC, 2019, on-line). (Grifado).

Quando o edital indica que haverá uma fase de investigação social no certame e que serão exigidas condições de idoneidade moral e conduta irrepreensível, deve de igual forma esclarecer quais fatores serão considerados na análise de tais requisitos. É imprescindível que haja publicidade do que objetivamente se espera do candidato “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” (NOGUEIRA. NOGUEIRA. 2013, p 19).

Isso também porque os atos da administração pública devem ser motivados, de forma que estejam bem esclarecidos os fundamentos de fato e de direito que a levaram a tomar uma decisão e não outra, principalmente os atos que expressam resultado de concurso público, consoante ensinamento da professora Odete Medauar:

A enunciação dos motivos recebe o nome de motivação, muito conhecida também como expressão de motivos. Durante muito tempo vigorou no direito administrativo a regra da não obrigatoriedade de enunciar os motivos do ato, salvo imposição explícita da norma. A partir de meados da década de 70 essa tendência vem se invertendo, no sentido da predominância de exigência de motivação dos atos administrativos, principalmente naqueles que restringem o exercício de direitos e atividades, apliquem sanção, imponham sujeições, anulem ou revoguem uma decisão, recusem vantagem ou benefício qualificado como direito, expressam resultado de concursos públicos.

[...]

Na matéria, deve-se ressaltar ainda a elaboração da chamada teoria dos motivos determinantes. Segundo essa teoria, os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente. Isso significa, na prática, que a inexistência dos fatos, o enquadramento errado dos fatos aos preceitos legais, a inexistência da hipótese legal embasadora, por exemplo, afetam a validade do ato, ainda que não haja obrigatoriedade de motivar (MEDAUAR, 2015, pp. 172-173).

O respeito ao princípio da motivação na especificação dos requisitos desdobra-se na oportunidade de concretização da ampla defesa e do contraditório, direito do candidato excluído do certame na fase de investigação social. Só poderá recorrer da decisão de forma satisfatória e objetiva o concorrente que tem ciência objetivamente daquilo que a Administração Pública

esperava que cumprisse na fase objeto de impugnação. Ou seja, há substancial dificuldade na contestação parecer desfavorável quando não se tem conhecimento dos meios utilizados para se chegar à conclusão de determinado candidato é inapto para o exercício do cargo ou emprego público. Nesse sentido

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).

Os dispositivos constitucionais que regem a matéria, a (ainda que escassa) doutrina que versa sobre a disciplina dos concursos públicos e a tendência dos Tribunais Superiores encontram-se no seguinte ponto: “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” (NOGUEIRA. NOGUEIRA. 2013, p. 22).

Todavia, a mera indicação de plausibilidade de exclusão de candidato por não atingir parâmetro moral esperado, genericamente, sem especificar o que se enquadra em tal hipótese, vai, no mínimo em contrário senso ao tratamento que se tem auferido nas garantias constitucionais dos candidatos a cargo ou emprego público. Acrescente-se ainda que entre saber o que é moral, probo, íntegro, idôneo, ético ou correto e o que não o é, talvez a segunda alternativa seja a missão mais fácil. Por exclusão será possível proceder à seleção dos candidatos aptos ao exercício do serviço público de segurança em contraponto àqueles que certamente não o são (NOGUEIRA. NOGUEIRA. 2013, p. 23).

Torna-se evidente a insegurança jurídica que permeia a fase de investigação social por considerar, de forma genérica, requisito de satisfação uma idoneidade moral inabalável, porquanto o próprio conceito jurídico de idoneidade moral é indeterminado.

3.2.3 Idoneidade Moral: Conceito Jurídico Indeterminado

Os espanhóis Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández debruçaram-se sobre o estudo dos conceitos jurídicos indeterminados, notadamente para determinar com precisão qual o âmbito de liberdade estimativa que administração Pública pode comportar a discricionariedade. É preciso pontuar a diferenciação entre os chamados conceitos jurídicos indeterminados e a atividade administrativa discricionária pois, ao contrário do que se vê, um

não implica diretamente ao outro. A confusão entre os institutos impôs ao Direito Administrativo um grave peso que, segundo os autores, só foi aliviado em meados da década de 80, mérito da doutrina alemã contemporânea, que, ao levar tal diferenciação às últimas consequências, permitiu conclusões doravante arrazoadas (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 392).

Primeiramente, apenas quanto aos conceitos jurídicos, tem-se que o ponto de partida de sua distinção é sua referência à realidade; e, quanto a ela, podem classificar-se como determinados ou indeterminados. Os conceitos jurídicos determinados serão aqueles quantificáveis de certo modo. Eles delimitarão a realidade de maneira inequívoca. Cita-se como exemplo a maioridade, que se inicia a partir dos dezoito anos completos²⁶, ou o prazo de quinze dias para interpor recurso de apelação nos crimes de competência do Tribunal do Júri²⁷. São, portanto, conceitos que não abrem margem de dúvida quanto ao seu cumprimento; basta que o conceito se verifique no âmbito material o que será facilmente aferido com um juízo de subsunção do caso concreto à figura conceitual (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 393).

Do outro lado, quando o conceito jurídico é indeterminado, quer dizer que “a lei refere uma esfera de realidade cujos limites não aparecem bem precisados no seu enunciado, não obstante o qual é claro que tenta delimitar uma hipótese concreta” (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 393). São conceitos que teoricamente não admitem uma moldura rigorosa. No entanto, existem para que sejam aplicados a uma realidade que, no momento da subsunção, irá requerer do conceito uma delimitação precisa para que se confira se é ou não um instituto aplicável.

Como exemplo de conceitos cujas realidade referidas não admitem outra determinação, mais precisa, os mesmos autores indicam que podem subdividir-se em de experiência ou de valor. São conceitos indeterminados de experiência, por exemplo, a incapacidade para o

²⁶ “Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”. (BRASIL, 2002, on-line).

²⁷ “Art. 598. Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo. Parágrafo único. O prazo para interposição desse recurso será de quinze dias e correrá do dia em que terminar o do Ministério Público”. (BRASIL, 1941, on-line).

exercício das funções²⁸, a premeditação²⁹ ou a coação irresistível³⁰. Já os conceitos indeterminados de valor são os como, por exemplo, a boa-fé³¹, o período razoável³² ou a idoneidade moral irretocável.

São inúmeros os conceitos jurídicos indeterminados que repousam sobre o mesmo problema. Quando houver sua necessária aplicação no caso concreto, o que exige a qualificação de uma circunstância concreta, e não hipóteses indeterminadas, ao operador do direito - seja a administração pública, na defensoria, na advocacia ou na judicatura - apenas uma solução será plausível e esperada. Ou seja,

ao estar se referindo a hipóteses concretas e não a vacuidades imprecisas ou contraditórias, é claro que a aplicação de tais conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito; ou há boa-fé ou não há; ou o preço justo ou não é; ou faltou-se à probabilidade ou não se faltou. *Tertium non datur*. Isto é o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma “unidade de solução justa” em cada caso. (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 393).

Nesse raciocínio, tem-se característico de todo conceito jurídico indeterminado, independente de qual seção do ordenamento, que sua aplicação permite apenas uma solução justa. De outro lado, o exercício da potestade discricionária caracteriza-se pela possibilidade de

²⁸ “Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. § 1º O servidor abrangido por regime próprio de previdência social será aposentado: I - **por incapacidade permanente para o trabalho**, no cargo em que estiver investido, quando insuscetível de readaptação, hipótese em que será obrigatória a realização de avaliações periódicas para verificação da continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria, na forma de lei do respectivo ente federativo” (BRASIL, 1988, on-line). (Grifado).

²⁹ Conforme ensina Fernando Capez: “premeditar significa resolver com antecipação e refletidamente. A doutrina, estrangeira e pátria, nunca chegou a um consenso sobre o exato sentido do termo “premeditação”. Sempre se discutiu se a premeditação denotaria um maior grau de depravação moral do agente, de perversidade, ou, pelo contrário, denotaria uma maior resistência à prática delitiva. Em algumas legislações a premeditação constituiria traço característico do assassinato (Código Penal suíço de 1937). A nossa legislação penal, contudo, não prevê a premeditação como circunstância qualificadora do homicídio, pois entende-se que ela, muitas vezes, demonstraria uma maior resistência do agente aos impulsos criminosos, motivo que não justificaria o agravamento da pena. [...] Em que pese não ser prevista como qualificadora, a premeditação, conforme o caso concreto, poderá ser levada em consideração para agravar a pena, funcionando como circunstância judicial (CP, art. 59)”. (CAPEZ, 2014, pp. 61-62).

³⁰ “Art. 22 - Se o fato é cometido sob **coação irresistível** ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.” (BRASIL, 1940, online). (Grifado).

³¹ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (BRASIL, 2002, online). (Grifado).

³² “Art. 32. Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto. Parágrafo único. Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por **período razoável de tempo**, na forma da lei.” (BRASIL, 1990, online). (Grifado).

mais de uma solução justa. Em outras palavras, quando executa uma atividade discricionária, ao administrador é facultado escolher uma dentre várias soluções, todas igualmente justas.

Daí decorre necessariamente que, quando se trata da abordagem de conceito jurídico indeterminado na administração pública, sua aplicação aproxima-se de uma potestade regulada e afasta-se da potestade discricional. Todavia, apenas em tese, já que não é incomum que a Administração Pública tente determinar os limites de um conceito jurídico que é, em tese, indeterminado, ao exercer uma potestade discricional.

A idoneidade moral, notadamente, enquadra-se no conceito jurídico indeterminado, sobretudo quando não há uma valoração moral ou religiosa para a quantificá-la. É o que acontece quando exigida como requisito em concurso público, pois a aplicação é estritamente jurídica. Inclusive, já há grande dificuldade na aparente pura e simples valoração de antecedentes criminais, uma vez que

maus antecedentes não se confundem com antecedentes criminais, nem, muito menos, com condenação criminal ou punição administrativa. Reputação ilibada é algo bastante complexo, insuscetível de aferição apenas por meio da exibição de certidões negativas. Uma vida pregressa irregular, tumultuada, inclusive quanto aos aspectos econômico e familiar, o envolvimento em uma pluralidade de ocorrências policiais, a participação como réu em uma pluralidade de ações de improbidade, revelam, no mínimo, uma dificuldade de relacionamento e uma significativa diferença em relação ao que se costuma designar como pessoa de bons antecedentes (DALLARI; MOTTA, 2007, p. 116).

Para exemplificar, em uma situação hipotética e específica de um indivíduo que, inscrito em determinado concurso público que visa a investidura ao cargo X, figura como sindicado em procedimento administrativo que visa apurar se existem contra ele indícios que pesem à possível prática de lesão corporal grave em face de terceiro; contudo, o referido procedimento não originou Processo Administrativo ou oferecimento de Denúncia pelo órgão ministerial. Nesse caso, se a Administração Pública, no manejo das fases do concurso, entender que a situação afasta o candidato de uma postura capaz de atingir a idoneidade moral mínima esperada do futuro servidor ao quadro funcional X, de forma a proceder sua exclusão do certame, essa não poderia ser uma atividade discricionária, senão a única solução justa possível.

Na impossibilidade de qualificar uma mesma conduta como moral, proba ou respeitosa e outra não, apenas uma solução será justa, com a exclusão de qualquer outra (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 394). Daí decorre que, caso outro candidato ao cargo X, nas mesmas condições, que também responde à Sindicância para investigação dos mesmos indícios, deveria ser excluído do certame, pois a atividade é de potestade regulada; ou seja, determinada e excludente de outro deslinde por observância à legalidade que rege a Administração Pública.

Para os doutrinadores Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, seria este o cenário ideal. Todavia, conforme lembram os autores, a maioria das hipóteses tradicionalmente encaradas como exercício de potestade discricional da Administração Pública são, na verdade, o simples enunciado de conceitos jurídicos indeterminados. É como se a tentativa de atribuir precisão a conceitos imprecisos estabelecesse liame direto com a atividade discricional (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 395).

Todavia, justamente nesses casos não é possível considerar o exercício de potestade discricional, já que impende a pluralidade de soluções igualmente justas, o que não se verifica, senão apenas uma. Em suma, entendem os autores espanhóis que a potestade discricional se relaciona aos atos de volição (os quais consistem na tomada de decisão pautada em critérios subjetivos, diferentes, e igualmente justos) e tão somente neste âmbito volitivo reside a discricionalidade. Já as potestades reguladas relacionam-se aos atos vinculados, onde não há nenhum juízo discricional; seria este o compartimento da aplicação do conceito jurídico indeterminado (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 388 e ss.).

Assim, os conceitos indeterminados, ainda que vagos ou imprecisos, não dão (ou não deveriam dar) margem à discricionalidade administrativa porque, diante deles, a Administração tem que fazer um trabalho de interpretação que leve a única solução válida possível. Nesse sentido, tem-se que

A discricionalidade está excluída e que mais que remeter a lei a uma decisão livre da Administração, em cujo exercício sairiam indiferentes jurídicos ou conteúdos igualmente justos, trata-se, pelo contrário, de delimitar uma única solução justa cuja procura regulada deve fazer a Administração quando a ela corresponde sua aplicação, e cujo controle o último, por ser um controle de legalidade, é acessível ao juiz.

Assim, conceitos como urgência, ordem pública, justo preço, calamidade pública, medidas adequadas ou proporcionais, inclusive necessidade pública, utilidade pública e até interesse público, não permitem em sua aplicação uma pluralidade de soluções justas, se não uma só solução em cada caso (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 395).

Em que pese anotar que as teorizações dos autores espanhóis trazem premissas de raciocínio verdadeiras, Celso Antônio Bandeira de Mello opõe-se quanto à sua incidência e conjunção. Segundo o autor, o tema dos conceitos jurídicos indeterminados pode estar inserido na discricionalidade exercida pela administração. Ao desenvolver esse pensamento, concorda com Enterría e Ramón Fernández quanto às decisões de mérito corresponderem a atos volitivos traduzidos na decisão que considera uma dentre várias opções justas e aplicáveis (MELLO, 1966, p. 23 e ss., *apud* CADEMARTORI, 2001, p. 140). Todavia, de encontro aos autores, pontua que não é apenas na volição que reside a discricionalidade, pois

pouco importa a liberdade que a lei proporciona para a administração é uma liberdade intelectual ou uma liberdade volitiva, porquanto, em razão de uma ou de outra, os efeitos de direito serão idênticos. Por que, então, considerar que são realidades jurídicas distintas, se o fenômeno jurídico é o mesmo? [...] “Ressalte-se [...] que o Judiciário tanto interpreta a lei - para corrigir atos que desbordem das possibilidades abertas pela moldura normativa - nos casos em que se verifica se os conceitos vagos ou imprecisos foram apreendidos pela Administração dentro da significação contextual que comportavam, como quando, para os mesmos fins, verifica se a opção de conveniência e oportunidade se fez sem desvio de poder, isto é, obsequiosa às finalidades da lei. Não há diferença entre uma e outra situação no que concerne à correção judicial cabível (MELLO, 1992, p. 25).

Nessa perspectiva, é plenamente possível que o Poder Judiciário interfira na decisão administrativa quando percebida afronta à legalidade e à razoabilidade da decisão que, ao decidir sobre conceito jurídico indeterminado, conferiu a decisão caráter discricionário em um exercício de fiscalização, já que não se trataria de influência externa no juízo de oportunidade e conveniência do ato para o interesse público, mas de avaliação quanto a legalidade da decisão administrativa³³.

4 O TEMA 22 E O ARE N. 1229205 (EM 30/8/2021): ESTUDO DE CASO

Por constituir-se de uma sequência de atos concatenados à seleção dos mais aptos a integrar determinado quadro funcional público, bem como por valer-se de critérios imprecisos e raramente unânimes, como a idoneidade moral ou a própria acepção de moralidade, o concurso público é, ontologicamente, marcado pelo conflito de interesses (MOTTA, 2007, ps. 77).

Para além do interesse concorrencial entre candidatos, conflitam-se os interesses de qualquer um deles com o interesse da Administração. Nas demais ramificações do direito público é também de bom alvitre que se prefira trabalhar com o conceito de interesse público, e não da supremacia do interesse público³⁴. Quando se trata do direito à investidura de cargos ou empregos públicos, ainda mais aproximam-se as análises quanto ao interesse particular e o

³³ “A margem livre sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade corresponde ao aspecto de mérito do ato administrativo. Tal aspecto expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo esse efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário.

O contraponto entre os aspectos de legalidade e mérito do ato administrativo aparece, sobretudo, no tema do controle jurisdicional da Administração, ao se discutir o alcance desse controle, menciona-se classicamente que ao judiciário descabe o exame do mérito dos atos administrativos. Em obras contemporâneas sobre poder discricionário, aponta-se a tendência a considerar que o contraponto legalidade-mérito encontra-se atenuado no momento presente, pela amplitude dos parâmetros do exercício do poder discricionário pela consideração de bases mais amplas da legalidade.” (MEDAUAR, 2015, p.p. 184-185).

³⁴ Vide item 2.3.1.

interesse público pois, uma vez integrante da Administração, passará o particular a agir em nome da Administração e atuar de forma a melhor exercer a atividade estatal, de forma que ambos interesses podem convergir no interesse da coletividade.

Verificada a litigiosidade entre concorrentes, ou entre eles e o poder público, e a frequente judicialização de controvérsias semelhantes quanto à restrição à participação em concurso público de candidato que responde a processo criminal, foi julgado o *Leading Case* RE 560.900 (BRASIL; STF, 2020), à luz do princípio da presunção de inocência, a validade da decisão administrativa de exclusão de candidato à seleção de certame público por envolvimento em ação penal antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

4.1 JULGAMENTO DEFINITIVO DO RE 560.900, TEMA 22/STF

Em 06 de fevereiro de 2020 foi julgado o Recurso Extraordinário n. 560.900, Tema n. 22 (BRASIL; STF, 2020). Até essa data, foi determinada a suspensão ou devolução ao Tribunal de origem de todos os processos considerados submetidos às questões elencadas na sistemática da repercussão geral; em suma, às que tratavam da exclusão de candidato a concurso público na fase de investigação social.

Anteriormente à repercussão geral reconhecida do tema nº 22, em que pese encontradas decisões divergentes, havia nos Tribunais uma tendência a considerar o princípio da presunção de inocência prevalente em detrimento do princípio da moralidade ou interesse público quando analisadas as questões de exclusão de certame na fase de investigação social por reconhecida idoneidade moral frágil pela Administração.

No RE n. 560.900 tratava-se da validade ou invalidade do ato administrativo que inadmitiu a participação de soldado da Polícia Militar do Distrito Federal na seleção ao Curso de Formação de Cabos, pois figurava como acusado em ação penal com incurso no crime de falso testemunho, sendo que o edital do concurso vedou a participação de candidato denunciado por crime de natureza dolosa. Ou seja, particularmente, o caso não tratava de ingresso no serviço público, mas de progressão funcional de servidor.

A decisão de piso foi no sentido de assegurar a matrícula e a frequência do candidato ao Curso de Formação de Cabos, decisão essa que foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Todavia, ao julgar o Recurso Extraordinário, o Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, negou provimento ao recurso para reformar a decisão de piso. Julgado o mérito do Tema 22 com a seguinte Ementa:

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 **avaliação negativa de simples processo em andamento, salvo situações excepcionalíssimas e de indiscutível gravidade**. 3. Por se tratar de mudança de jurisprudência, a orientação ora firmada não se aplica a certames já realizados e que não tenham sido objeto de impugnação até a data do presente julgamento. 4. Recurso extraordinário desprovido, com a **fixação da seguinte tese de julgamento: “Sem previsão constitucional adequada e instituída por lei, não é legítima a cláusula de edital de concurso público que restrinja a participação de candidato pelo simples fato de responder a inquérito ou ação penal”**.³⁵

Para solucionar o feito, o ministro relator Roberto Barroso apresentou como regra apta a estabelecer parâmetro pelo qual se pode recusar a alguém a investidura no serviço público a necessidade de condenação por órgão colegiado ou de condenação definitiva. Nesse aspecto, há analogia com a Lei Complementar nº 133/2010 (Lei da “Ficha Limpa”)³⁶, que altera a Lei Complementar nº 64/1990, a qual dispõe acerca dos casos de inelegibilidade.

Como segunda regra, apresentou a necessidade de incompatibilidade entre a natureza da irregularidade que pesa sobre a idoneidade moral do candidato e as atribuições do cargo ou

³⁵ *Idem*.

³⁶ “Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: [...] e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; 8. de redução à condição análoga à de escravo; 9. contra a vida e a dignidade sexual; e 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando” (BRASIL, 1990, online).

emprego público que pretende assumir. Considerou, assim, que nem toda condenação penal deve ter por consequência direta e imediata impedir alguém de se candidatar a concurso público.

Todavia, a tese dedicou espaço à consideração de que determinados cargos, como é o caso das carreiras da magistratura, das funções essenciais à justiça — Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública — e da segurança pública, por definição, exigem controle mais rígido e estrito da idoneidade moral exigida aos seus agentes. Tal aspecto legitima a possibilidade, por meio de lei, da exigência de qualificações mais restritas e rígidas ao candidato.

Prima facie, a tese fixada, segundo a qual “sem previsão constitucional adequada e instituída por lei, não é legítima a cláusula de edital de concurso público que restrinja a participação de candidato pelo simples fato de responder a inquérito ou ação penal”, norteia os julgadores no sentido da prevalência da presunção de inocência, salvo em situações “excepcionalíssimas e de indiscutível gravidade” (BRASIL; STF, 2020).

Exemplifica-se a aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça da tese fixada no tema n. 22 pelo julgamento do Recurso em Mandado de Segurança impetrado por concursando para reverter a sua exclusão de concurso público para os quadros da polícia civil do Mato Grosso do Sul, decorrente da existência de oito inquéritos policiais e uma ação penal contra ele (BRASIL; STJ, 2021).

No caso, a comissão examinadora do certame considerou que o candidato havia praticado atos tipificados como ilícitos penais e que implicariam repercussão social de caráter negativo ou comprometimento da função de segurança e de confiabilidade da instituição policial – condutas aptas à eliminação, conforme o edital do concurso.

Todavia, o ministro Mauro Campbell Marques, autor do voto que prevaleceu, indicou que a jurisprudência sobre o tema é no sentido de que apenas as condenações penais com trânsito em julgado são capazes de constituir óbice a que um cidadão ingresse, mediante concurso público, nos quadros funcionais do Estado. O Acórdão foi assim ementado:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. CONCURSO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO DO CANDIDATO. INVIABILIDADE. MERA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS E DE TERMOS CIRCUNSTANCIADOS DE OCORRÊNCIA. AÇÃO PENAL COM SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO RE 560.900-DF.

1. A mera existência de boletim de ocorrência, de inquérito policial, de termo circunstanciado de ocorrência, ou a simples instauração de ação penal contra o cidadão, nada disso pode pura e simplesmente implicar, em fase de investigação social de concurso público, a sua eliminação da disputa, sendo necessário para a configuração de antecedentes desabonadores a presença dos requisitos dispostos no

RE 560.900/DF, relator o Em. Ministro Roberto Barroso, julgado pelo regime da repercussão geral.

2. Caso concreto em que foram instaurados oito inquéritos contra o candidato, mas apenas um ensejou a propositura de ação penal cuja sentença prolatada reconheceu a sua inocência.

3. Recurso ordinário em mandado de segurança provido, rogadas vênias ao Em. Relator. (BRASIL; STJ, 2021).

Cumpra a indicação de trecho do voto do Ministro relator:

Primeiramente, saliento que a jurisprudência sobre o tema é remansosa no sentido de que apenas as condenações penais com trânsito em julgado são capazes de constituir óbice a que um cidadão ingresse, mediante concurso público, nos quadros funcionais do estado, em nenhuma hipótese se admitindo que meros boletins de ocorrência, inquéritos policiais, termos circunstanciados de ocorrência ou ações penais em curso, sem condenação passada em julgado, possam ser utilizados como fatores impeditivos desse acesso, isso tendo em vista o relevo dado ao princípio constitucional da presunção de inocência.

[...]

Assim sendo, o estado atual da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal protege o direito do recorrente, que tem, de fato, instaurado contra si oito inquéritos policiais e uma ação penal, nenhum deles tendo resultado em condenação criminal, razão por que o ato administrativo impugnado pela via do mandado de segurança é, a teor de nossa atual jurisprudência, absolutamente ilegal (BRASIL; STJ, 2021).

No caso, o ministro verificou que o ato administrativo que eliminou o candidato é ilegal, uma vez que se fundamentou apenas na existência de ação penal – a qual, posteriormente, foi julgada improcedente. Ainda, que a falta de gravidade na conduta objeto da ação penal contra o candidato (a saber, de prática de crime previsto na Lei Maria da Penha) não ensejava a excepcionalidade descrita no julgamento do RE 560.900, no qual o Supremo Tribunal Federal considerou vedada a valoração negativa pelo simples processo em andamento, salvo situações excepcionalíssimas e de indiscutível gravidade.

4.2 CARTA BRANCA À ADMINISTRAÇÃO: O ENTENDIMENTO DO STF QUANTO À EXCEÇÃO DA TESE FIXADA

Em de 11 de junho de 2021, em decisão monocrática que aplicou diretamente a tese 22, o Ministro Relator Alexandre de Moraes, deu provimento ao Recurso Extraordinário interposto pela Fundação Casa para reconhecer a legalidade do ato de exclusão de candidato ao cargo Agente de Apoio Socioeducativo, que, aprovado nas demais fases do certame, foi eliminado do concurso na fase de investigação social (BRASIL; STF, 2021).

O entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, que confirmou a sentença do juiz *a quo*, foi no sentido da ilegalidade da eliminação do candidato uma vez que, absolvido do

crime de homicídio no Tribunal do Júri, não haveriam elementos hábeis a desabonar sua integridade moral, considerando, inclusive, ausentes os antecedentes criminais.

Quando chegou à Suprema Corte, o caso ficou suspenso aguardando o julgamento do RE 560.900 (que fixou a Tema 22). Todavia, a decisão monocrática, que deu provimento ao recurso para reformar a decisão do Tribunal paulista, foi no sentido de que a Tese fixada permite à Administração, em cargos específicos, estabelecer um controle de idoneidade moral mais estrito. Entendeu que seria esse o caso pois, apesar de absolvido pelo Tribunal do Júri da imputação relativa ao crime de homicídio, tal circunstância é apta a acarretar a exclusão do concurso já que a referida absolvição não se deu por estar provado que o réu não concorreu para a infração penal ou por estar provada a inexistência do fato, mas por não haverem provas suficientes à condenação.

Cumprindo indicar que o edital do concurso público para a investidura no cargo Agente de Apoio Socioeducativo da Fundação Casa do Estado de São Paulo, acerca da idoneidade moral exigida do candidato, dispôs que:

14.1. A investigação social, de caráter eliminatório, será realizada pelo Órgão Técnico da Fundação CASA-SP, quando da convocação dos candidatos para anuência à vaga.
14.1.1. A investigação social do candidato visa à apuração de sua conduta e idoneidade, ou seja, verifica se possui conduta irrepreensível, apurada em investigação sigilosa, averiguando sua vida pregressa e atual, quer seja social, moral, profissional ou escolar, impedindo que indivíduo com perfil incompatível ingresse na Fundação CASA-SP (BRASIL; STF, 2021).

A decisão que legitimou a exclusão do candidato em questão teve o seguinte teor:

EMENTA: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONCURSO PARA O CARGO DE AGENTE DE APOIO SOCIOEDUCATIVO. FUNDAÇÃO CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO AO ADOLESCENTE – FUNDAÇÃO CASA. FASE DE ANÁLISE DE CONDUTA SOCIAL. NOTÍCIA DE QUE O CANDIDATO FOI RÉU EM PROCESSO CRIMINAL PELO CRIME DE HOMICÍDIO. INCOMPATIBILIDADE COM AS CARREIRAS DE SEGURANÇA PÚBLICA. TEMA 22. 1. Nos termos da tese fixada no Tema 22, julgado sob o rito da repercussão geral (RE 560.900-RG, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 17/8/2020), “sem previsão constitucionalmente adequada e instituída por lei, não é legítima a cláusula de edital de concurso público que restrinja a participação de candidato pelo simples fato de responder a inquérito ou ação penal.” 2. **As carreiras de segurança pública são atividades típica de Estado, com autoridade sobre a vida e a liberdade de toda a coletividade, em razão do que é imperativo que os ocupantes desses cargos estejam submetidos a critérios mais severos de controle.** 3. No presente caso concreto, chegou ao conhecimento da Administração a informação de que o autor foi réu em ação penal, pelo crime de homicídio. 4. A profissão militar recebeu tratamento especial no texto constitucional, especialmente no art. 142, § 3º, da CF, em que há a expressa exceção a direitos sociais conferidos a todos os trabalhadores, o que legitima a edição de legislação restritiva. O mesmo ocorre com as atividades de segurança pública (art. 144, CF), cuja essencialidade

justifica um regramento próprio e, em certos aspectos, mais restritivo. 5. **Não se trata, portanto, de verificar sobre eventual culpa ou inocência do impetrante em relação ao processo criminal a que respondeu, mas de valoração da conduta moral do candidato. Assim, a exigência de idoneidade moral para o ingresso em carreiras de segurança pública é plenamente legítima e consistente com o texto constitucional.** 6. **Candidato que responde ou já respondeu a processo criminal está sujeito a consequências próprias do regime jurídico da carreira funcional que pretende integrar. Trata-se de cautela relacionada à proteção da moralidade da Administração Pública.** 7. Agravo Interno a que se nega provimento. Na forma do art. 1.021, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil de 2015, em caso de votação unânime, fica condenado o agravante a pagar ao agravado multa de um por cento do valor atualizado da causa, cujo depósito prévio passa a ser condição para a interposição de qualquer outro recurso (à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final). (Grifado) (BRASIL; STF, 2021).

Ainda irrisignado com o deslinde do feito, o concursando interpôs Agravo Interno na esperança de reverter o julgado monocrático ou, subsidiariamente, submeter o recurso à análise da Turma ou do Plenário da Suprema Corte. Assim, em 30 de agosto de 2021, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal negou provimento ao referido Agravo nos termos do voto do Relator, ao considerar que, sobre a égide do Tema 22, não havia reparo a se fazer na decisão monocrática colacionada, de forma a definitivamente considerar legítima a exclusão de candidato à concurso público ao cargo de Agente de Apoio Socioeducativo na Fundação Casa.

Restou vencido apenas o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que indicou não haver discordância entre a decisão do Tribunal a quo e o Tema 22 entende por dar provimento ao agravo interno para desprover o agravo em recurso extraordinário. O voto divergente também cita o aludido tema 22, todavia, em outros aspectos, quais sejam:

34. Em conclusão, 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. Tais efeitos podem, muitas vezes, ser mais nefastos 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. Ressalte-se: é conferir à banca examinadora, muitas vezes, poder de aplicar sanção maior que a determinada em lei penal.

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. Essa regra somente poderia ser afastada em 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) (BRASIL; STF, 2021).

Salienta-se: o único voto divergente e em favor do concursando foi prolatado pelo Ministro Luiz Roberto Barroso, que fixou a tese do tema 22 utilizada como fundamento de decisão e transcrito pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes para esclarecer que, conforme seu entendimento, seguido pela Turma, a decisão de repercussão geral admite a legitimidade da exigência de idoneidade moral mais estrita para o ingresso nas carreiras de segurança pública. Ou seja, o mesmo argumento utilizado para indicar patente ilegalidade no ato de exclusão, também foi manejado para conferir-lhe legitimidade e confirmar que não extrapola os limites da discricionariedade administrativa a interpretação do requisito idoneidade moral que elimine de certame público o candidato que, absolvido de acusação no Tribunal do Júri, não tem contra si sentença penal condenatória transitada em julgado.

5 CONCLUSÃO

Por determinação legal, a investidura nos cargos ou empregos públicos é procedida através de concurso, cuja descrição dos requisitos à aprovação é atividade discricionária da Administração Pública. Todavia, os requisitos devem necessariamente guardar relação com a função. Ao ingresso nos quadros funcionais de segurança pública, é lícita a exigência de altura mínima, aptidão física e idoneidade moral irrepreensível, por exemplo. Isso pois a atividade policial é peculiarmente estressante e perigosa, o que impõe ao manejo do aparato de segurança pública a necessária formação técnico-profissional, especialização e seleção cuidadosa de seus servidores.

Divulgado o edital do concurso público, em que pese opções discricionárias na sua elaboração, de outra parte, obriga a Administração e o administrado, por força do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, a seguir os regramentos previamente estipulados de forma a não deixar margem para interpretação além do descrito. Todavia, sobretudo nas carreiras de segurança pública, é comum a exigência de idoneidade moral irrepreensível do candidato na fase de investigação social. Na aferição da conduta inidônea recai a discricionariedade interpretativa da administração, já que, na relação que a noção de idoneidade moral guarda com a realidade fática, apresenta-se como conceito jurídico indeterminado.

Todavia, para que não haja um exercício arbitrário da discricionariedade, sob pena de infringir direitos constitucionalmente garantidos aos concursandos, a Administração deve observar o princípio da legalidade, o que proíbe a criação de vedações que maculem garantias como a presunção de inocência, sem respaldo da lei. Ocorre que, não é incomum a judicialização da ilegalidade do ato de exclusão de candidatos a concurso público da área da segurança com fulcro no entendimento da Administração quanto às circunstâncias de fato que impedem o cumprimento do requisito “idoneidade moral irrepreensível”.

A análise do princípio da presunção de inocência e da moralidade administrativa exigível ao pretense integrante das carreiras de segurança pública permite concluir que todas as situações aquém da sentença penal condenatória formam, na verdade, uma mesma categoria; qual seja, a da inexistência de culpa. Seja mediante absolvição por inocência provada ou por ausência de condenação criminal definitiva, com diferença entre elas apenas no grau de dúvida que paira a respeito do comportamento irrepreensível do candidato.

Assim, na existência de inquérito policial arquivado ou em curso, na transação penal, no acordo de não persecução penal, na suspensão condicional do processo, na prescrição, na existência de processo criminal em curso, na absolvição por insuficiência de provas e na

condenação não transitada em julgado, ainda não se estabeleceu certeza jurídica sobre um fato supostamente criminoso. Daí, não descrito no edital, não há que se considerar discricionariedade administrativa na interpretação do requisito idoneidade moral pois, se a ausência de certeza vigora em outras instâncias do direito como inocência presumida, também nos concursos públicos não pode se considerar substrato probatório irrefutável de comportamento inidôneo.

A aplicação de repercussão geral à determinada questão jurídica serve à finalidade de uniformização do entendimento de forma a afastar as dissonâncias interpretativas que possam configurar insegurança jurídica, já que direciona as decisões de casos semelhantes aos mesmos fundamentos. Relativamente ao tema 22, ainda recente, percebe-se que a fixação da tese não resolveu o problema, pois prevê que, a depender do cargo visado, a Administração pode utilizar-se de conceito jurídico indeterminado para interpretar a pertinência de exclusão de candidato a concurso público. Dessarte, o alcance da discricionariedade administrativa reconhecido impede que a impugnação judicial da decisão nem sempre garanta uma solução adequada.

Circunstâncias de fato análogas não permitem interpretações casuísticas. Em que pese determinadas funções exigirem maior afinco na aferição de moralidade do servidor público, a fase de investigação social, notadamente no exercício de aferição de idoneidade moral, não deve haver dúvida, disputa ou ponderação entre um instituto jurídico concreto e outro afeito à abstração. Ainda mais quando em sede de uniformização da interpretação constitucional de um tema, que consagra em determinado julgamento os créditos últimos de juridicidade.

A insegurança jurídica permanece patente, o que se infere na análise do caso ARE 1229205, onde o Supremo decidiu ser legítima a exclusão de candidato ao serviço público de segurança na fase da investigação social por considerar que, responder à ação penal por crime doloso contra a vida, ainda que absolvido no Tribunal do Júri, configura conduta moral insuficiente ao critério estabelecido pela Administração, ainda que não tenha feito constar tal situação no instrumento convocatório.

A presunção de inocência é direito fundamental. A idoneidade moral é um conceito jurídico indeterminado. Se os elementos colhidos não permitem uma conclusão consistente, deve o candidato ser mantido no concurso público. A justiça das decisões reclama a adoção de critérios de julgamento mais uniformes, que assentem, especificamente, quais situações são aptas a elidir o que já se presume em todas as esferas jurídicas; a saber, a máxima sob a qual, na inexistência de trânsito em julgado de sentença penal condenatória, todos são inocentes e tem o intransigível e fundamental direito de serem tratados como tal.

REFERÊNCIAS

- ABNT. Associação Brasileira de Normas Técnicas. **ABNT NBR ISO 31000**. Gestão de riscos: princípios e diretrizes, 2009. Disponível em: <<https://gestravp.files.wordpress.com/2013/06/iso31000-gestc3a3o-de-riscos.pdf>>. Acesso em: 3 mai. 2022.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2008.
- AMENDOLA, Paulo Cesar. **Segurança Pública: a proposta**. São Paulo: Ciência Moderna, 2002.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008
- BARBOSA, Rui, 1849-1923. **O dever do advogado: carta a Evaristo de Moraes**. 3. ed., Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Celso Bastos editora, 2002.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- 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.
- BRANDÃO, Antônio José. **Moralidade administrativa**. Revista de direito administrativo: RDA. Rede virtual de bibliotecas, RDA 25/454, Rio de Janeiro: FGV, jul./set, 1951.
- BRASIL - C. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.
- BRASIL - C. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937.
- BRASIL - C. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946.
- BRASIL - C. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1967.
- BRASIL - C. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1988.

BRASIL. Lei nº 2.320, de 26 de janeiro de 1987. Dispõe sobre o ingresso nas categorias funcionais da Carreira Policial Federal e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal.

BRASIL. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. Lei nº 10.822, de 28 de setembro de 2021. Institui o Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social 2021-2030.

BRASIL. Lei nº 88.777, de 30 de setembro de 2019. Aprova o regulamento para as polícias militares e corpos de bombeiros militares.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 47.528/MS**. Relator: Ministro Humberto Martins. Relator para acórdão: Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, 22 junho 2021, publicado em 17 de dezembro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 560900**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 06 fevereiro de 2020, publicado em 17 de agosto de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário n. 1229205**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, 30 agosto de 2021, publicado em 20 setembro 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 686**. Sessão Plenária de 24/9 /2003, publicado em 09 outubro de 2003.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Constitucionalismo em Debate**. Vol. II, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito**. Curitiba: Juruá, 2. ed., 2007.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. DUARTE. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. São Paulo Millennium, 2007.

CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Vilobaldo Adelídio de; FÁTIMA E SILVA, Maria do Rosário de. **Política de Segurança Pública no Brasil: avanços, limites e desafios**. Revista Digital Katálysis, 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rk/a/bnjfd8BgmpTSXSSSyXQ3qbj/abstract/?lang=pt#>. Acesso em: 12 jul. 2022.

COUTINHO, Alessandro; FONTENELE, Francisco. **Concurso Público: os direitos fundamentais dos candidatos**. Editora Método: São Paulo, 2014.

COUTINHO, Alessandro; RODOR, Ronald Kruger. **Manual de Direito Administrativo**. Editora Método: São Paulo, 2015.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIAS, Erasmo. **Doutrina de Segurança e Risco: Segurança dos Cidadãos**. Ofício nº 155. São Paulo: Departamento Técnico de Taquigrafia, 2003.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Madrid, Civitas, 1991.

GOMES, Claudio Matheus da Silva; BARROCA, Natália Gonçalves. Revista Raízes no Direito. Faculdade Evangélica Raízes, Anápolis, v. 8, n. 2, ago./dez. 2019.

GASPARINI, Diógenes. MOTTA, Fabrício et al. (Org.). **Concurso público e constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

GRECO, Rogério. **Aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Impetus, 2013.

HIPÓLITO, Marcello Martinez. **Superando o Mito do Espantalho: uma polícia orientada para a resolução dos problemas de segurança pública**. Florianópolis: Insular, 2012.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LAZZARINI, Álvaro. **Polícia de Manutenção da Ordem Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MATIAS-PEREIRA, José. **Curso de administração pública: foco nas instituições e ações governamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20ª ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 2016.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa em Direito**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOTTA, Fabrício et al. **Concurso público e constituição**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

MOTTA, Fabrício. **Concursos públicos e o princípio da vinculação ao edital**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 972, 28 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8035>>. Acesso em: 3 mai. 2022.

NÓBREGA, Antonio Carlos Vasconcelos; et al. (Org.). **Novo Manual Completo de Processo Administrativo Disciplinar**. Disponível em:

NOGUEIRA, Luís Eduardo Pôrto. NOGUEIRA, Roberto Henrique. **A Investigação Social para Aferição dos Requisitos de Idoneidade Moral e Conduta Irrepreensível em Concurso Público**. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, v. 6, n. 01, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/4378>. Acesso em: 2 jul. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Humanos Versus Segurança Pública: questões controvertidas penais, processuais penais, de execução penal e da infância e juventude**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

SAAB, Daad. **Os fatores estressantes do trabalho policial**. Arquivos da Polícia Civil – revista técnico-científica I, vol. 49. São Paulo: ACADEPOL, 2006.

SANTA CATARINA. Decreto Lei nº 587, de 14 de janeiro de 2013. Dispõe sobre o ingresso nas carreiras das instituições militares de Santa Catarina e dá outras providências.

SANTA CATARINA. Decreto Lei nº 6.843, de 28 de julho de 1986. Dispõe sobre o Estatuto da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina, e estabelece outras providências.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais, 2003.

SOUSA, António Francisco de. **A polícia no estado de direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria Geral do Direito Policial – tomo I.** 1ª ed., Coimbra: Almedina, 2005.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional.** Ed. Lumen Juris, RJ, 2002.