



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAIO CESAR ALVES ALFANO

**A SINDICÂNCIA DA VIDA PREGRESSA PARA O INGRESSO
NO CARGO DE POLICIAL FEDERAL**

Salvador
2016

CAIO CESAR ALVES ALFANO

**A SINDICÂNCIA DA VIDA PREGRESSA PARA O INGRESSO
NO CARGO DE POLICIAL FEDERAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação
em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Geovane Peixoto

Salvador

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

CAIO CESAR ALVES ALFANO

A SINDICÂNCIA DA VIDA PREGRESSA PARA O INGRESSO NO CARGO DE POLICIAL FEDERAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2016

Aos meus queridos pais e amigos por toda compreensão, carinho e incentivo proporcionado ao longo dessa árdua jornada. Ao meu orientador, prof. Geovane Peixoto por todo o conhecimento transmitido e direcionamento em busca do êxito.

“Lembre-se que as pessoas podem tirar tudo de você, menos o seu conhecimento.”
Albert Einstein

RESUMO

A nossa CRFB/1988 fixa propósitos que buscam um quadro de funcionários eficientes representantes do Estado e exercentes da atividade administrativa, descortina-se então, que é função da administração pública a utilização do meio mais adequado e eficiente na procura por pessoas que honrem suas funções. Essa busca por profissionais esbarra-se com temas controversos que perpassam por discussões doutrinárias e jurisprudenciais, resultando em vultuosas demandas judiciais, tendo como consequência a insegurança jurídica tanto para o indivíduo, quanto para a própria Administração Pública. Sendo assim, “A sindicância da vida pregressa para o ingresso ao cargo de policial federal”, é fundamentada a partir do “interesse público”, como um dos assuntos mais controversos. Consolidada como uma fase eliminatória do concurso público em que o candidato ao cargo de policial federal é submetido, é tratada como um ato discricionário da administração pública e encontra diversas discussões, desde a violação a privacidade do indivíduo até o subjetivismo empregado pelos editais que impõem tal investigação. Envolve também o questionamento e confronto de tutelas jurídicas distintas, que impõe a reflexão sobre tramas sempre debatidos pela sociedade e controversos até os dias atuais, perpassando por interesses individuais e coletivos e atraindo todo o ordenamento jurídico em suas mais diversas legislações, além, por óbvio, da Constituição Federal. Em síntese, o trabalho irá dispor sobre os limites dos atos investigatórios, elaborando debates com as mais variadas esferas do Direito, buscando a implementação da segurança jurídica e da eficiência da administração pública, sempre demonstrando como a jurisprudência e doutrina tratam do tema. Outrossim, versará sobre a (in) compatibilidade desta fase do certame público com as garantias constitucionais e administrativas da dignidade da pessoa humana; da segurança jurídica; da presunção de inocência; da proporcionalidade; da ampla acessibilidade ao cargo público, dentre outras. Demonstrando a repercussão destas nos concursos públicos e analisando a possibilidade de resolução dos conflitos gerados a partir de uma ótica neoconstitucionalista, de forma a evitar abusos e sem afastar a tentativa de seleção eficiente pretendida pela administração pública.

Palavras-chaves: Sindicância da vida pregressa; administração pública; neoconstitucionalismo; proporcionalidade; direitos público e privado; interesse público; garantias constitucionais.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|---------|-----------------------------------|
| Ampl. | ampliada |
| art. | artigo |
| atual. | atualizada |
| CC | Código Civil |
| CRFB/88 | Constituição Federal da República |
| ed. | edição |
| p. | página |
| rev. | revista |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| TJ | Tribunal de Justiça |
| v. | Volume |

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 09 |
| 2 DIREITO ADMINISTRATIVO | 12 |
| 2.1 A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA | 16 |
| 2.2 INTERESSE PÚBLICO | 19 |
| 2.2.1 Interesse público versus Interesse privado na perspectiva da Teoria Constitucional | 22 |
| 2.2.2 Interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais | 25 |
| 2.3 PRINCÍPIOS ESSENCIAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO PARA O TEMA...27 | |
| 3 A CRISE DOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO | 33 |
| 3.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO AO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO E A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO | 36 |
| 3.1.1 A proporcionalidade e as normas restritivas de direitos individuais | 38 |
| 3.1.2 O ato administrativo discricionário | 40 |
| 3.1.3 O controle judicial do ato administrativo | 49 |
| 4 A POLÍCIA FEDERAL NO BRASIL | 56 |
| 4.1 CARGOS DA POLÍCIA FEDERAL E ESPECIFICIDADES | 58 |
| 4.1.1 Delegado | 59 |
| 4.1.2 Perito Criminal Federal | 60 |
| 4.1.3 Escrivão de Polícia Federal | 61 |
| 4.1.4 Agente Policial Federal | 61 |
| 4.1.5 Papiloscopista de Polícia Federal | 61 |
| 4.2 COMO OCORRE O INGRESSO NA POLÍCIA FEDERAL | 62 |
| 4.2.1 Concurso público | 62 |
| 4.2.2 Etapas do concurso público | 66 |
| 4.2.3 Fase da sindicância da vida progressa e direito de defesa do candidato (stricto sensu) | 67 |
| 5 AS PREMISSAS ENVOLVIDAS NA SINDICÂNCIA DA VIDA PREGRESSA E A POSSIBILIDADE DA CRIAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS | 74 |
| 5.1 MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA | 75 |

| | |
|---|-----------|
| 5.2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA X INVESTIGAÇÃO SOCIAL DA VIDA PREGRESSA..... | 77 |
| 5.2.1 A possibilidade de exclusão do candidato baseada em processo penal/inquérito policial em andamento | 80 |
| 5.2.2 Da função ressocializadora da pena..... | 84 |
| 6 CONCLUSÃO | 90 |
| REFERÊNCIAS..... | 94 |

1 INTRODUÇÃO

Diante de tantas discussões a respeito da eficiência da administração pública quanto ao exercício de suas funções em prol da sociedade, cercada por princípios norteadores que impõem a probidade, moralidade e demais ditames. Se faz necessário uma análise aprofundada a respeito do ingresso ao cargo público de policial federal e qual a maneira mais adequada de atuação da Administração Pública em seus processos seletivos, denominados concursos públicos.

O corpo de funcionários do Estado personaliza e representa a Administração Pública no exercício de suas funções e nada mais pertinente que pleitear por profissionais qualificados que honrem o cargo que exercem e se demonstrem eficientes na prática dos propósitos constitucionais fixados a nossa CRFB/88.

Na trajetória para garimpar tais profissionais nos deparamos com temas polêmicos que perpassam por discussões doutrinárias e jurisprudenciais, as quais criam número exorbitante de demandas judiciais acerca do enunciado, resultando em uma enorme insegurança jurídica tanto para o cidadão quanto para a Administração Pública.

Balizado pelo que foi explanado anteriormente, tem-se “A sindicância da vida progressa” como uma das fases mais polêmicas do certame público. Consagrada como uma fase eliminatória, a qual o concursando será submetido, sendo um tema que encontra diversas discussões em suas mais variadas minuciosidades, desde a violação a privacidade do indivíduo até o subjetivismo empregado pelos editais que impõem tal investigação.

Vejamos que o tema ao qual perpassa o presente trabalho de monografia em questão envolve o questionamento e confronto de tutelas jurídicas distintas, que nos trazem a reflexão sobre tramas que sempre foram debatidos pela sociedade e se demonstram controversos até os dias atuais, que confrontam interesses individuais e coletivos e atraem todo o ordenamento jurídico em suas mais diversas legislações, além, por óbvio, da nossa Constituição Cidadã.

Ademais, sabidamente, um dos principais anseios da população é uma sociedade livre e justa e por isso tem aumentado o combate a arbitrariedade governamental, de forma em que se busca por vários meios nulificar posturas que violem o direito dos cidadãos. Ao contratempo disso, temos notadamente um interesse dotado de prestígio, o qual

pode ser denominado de “interesse público”, e baseado nele que é instituída a investigação da vida social do candidato, em prol da sociedade e em busca de funcionários mais qualificados para representar o Estado.

Percebemos então, que estamos diante de uma linha tênue e que todos os detalhes devem ser considerados para que se possa adotar um posicionamento íntegro e respeitável, que demonstre as mais variadas vertentes desse problema.

A presente monografia, em síntese, irá dispor sobre os limites dos atos investigatórios, bem como possíveis violações a direitos fundamentais consagrados, além de analisar a possibilidade da criação de critérios objetivos para a sindicância da vida pregressa, elaborando debates com outras esferas do Direito e suas premissas, buscando a implementação da segurança jurídica e da eficiência da administração pública, sempre demonstrando como a jurisprudência e doutrina tratam do tema.

O primeiro capítulo de desenvolvimento apresenta um estudo geral do Direito Administrativo, abordando o surgimento, conceito e evolução histórica desse ramo, além de seus princípios gerais e essenciais para o objeto da presente monografia. A administração pública vista, a princípio, como o Estado em si e os caminhos percorridos até o momento contemporâneo. Objetivando demonstrar a origem da atividade administrativa e como ela vem sendo conduzida ao longo do tempo, explanação essa, fundamental, para compreensão e desenvolvimento superveniente do trabalho.

Versa o segundo capítulo a respeito da mudança de paradigmas apresentada pelo direito administrativo e a crise de premissas enfrentada nos dias atuais, reflexão essa que incide de maneira clara sobre o objeto de estudo. A aplicação do princípio da proporcionalidade como um freio a arbitrariedade administrativa, o ato administrativo discricionário e as suas limitações e a nova ótica do direito administrativo, devendo ser reformulado e adequado ao sistema jurídico do pós-positivismo neoconstitucional, o que provoca a necessidade da hermenêutica de seus textos legais.

O terceiro capítulo de desenvolvimento adentra as características (*stricto sensu*) da instituição da Polícia Federal. Percorre-se sobre a sua origem histórica, possíveis cargos e suas atribuições, função perante o Estado e legislação aplicável. Infiltra-se aqui ao núcleo da presente monografia, pois, busca-se demonstrar todo o caminho percorrido pelo candidato para o ingresso no Departamento de Polícia Federal e,

especificamente, destrinchando todo o procedimento relativo a fase da sindicância da vida pregressa. Apresenta-se as possíveis violações a princípios constitucionais, como por exemplo a “presunção de inocência” e as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do objeto de estudo.

O quarto e último capítulo se comunica o sistema penal e suas peculiaridades interligadas com a fase da sindicância da vida pregressa no certame público para o cargo de policial federal. Aproxima-se de toda noção principiológica penalista e busca embasamentos fundamentados no Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940) e na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), abordando ainda conflitos entre o interesse privado do indivíduo e o ato administrativo de exclusão do candidato do certame. Versa também sobre a possibilidade de implementação de alternativas, como por exemplo a adoção de critérios objetivos, adequando a fase da sindicância da vida pregressa ao atual ordenamento jurídico.

2 O DIREITO ADMINISTRATIVO

Ab initio, cumpre versar sobre a concepção de Estado, podendo assumir diversos sentidos a depender do enfoque que é dado a esta terminologia. Quanto ao núcleo do tema trabalhado, segundo José dos Santos Carvalho Filho (2015, p.1), temos o Estado como uma sociedade política permanente, denominação essa que surgiu pela primeira vez no século XVI na obra *O Príncipe*, de Maquiavel, servindo como indicação para as comunidades formadas pelas cidades-estado.

José dos Santos Carvalho Filho (2015, p.1) ainda informa que de acordo com Dalmo Dalari, o Estado e a sociedade sempre existiram, pois mesmo que em seu mínimo grau teria havido uma organização social nos grupos humanos desde os nossos primórdios. Existe visão que o surgimento da sociedade antecede o Estado, visto que este último teria ocorrido como consequência das necessidades sociais. No entanto, existe uma corrente de pensamento que condiciona o surgimento do Estado a características definidas, retardando mais ainda a sua concepção.

Percorrida breve introdução, cabe salientar o que o Estado nos tempos contemporâneos significa um ente dotado de personalidade e capaz de representação interna, podendo contrair direitos e obrigações como pessoa jurídica de direito público, além, é claro, de sua representação externa, no que diz respeito às suas relações internacionais com outros países. O CC (Lei nº 10.406, de 10.01.2002)¹ atualizou o rol de pessoas jurídicas de direito público, anunciando entre elas os entes que representam o Estado federativo brasileiro, sendo eles a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Então, pode-se presumir que em corolário do nosso sistema federativo, todos os componentes da federação concretizam o Estado, na medida que cada um deles atua de acordo com as limitações impostas pela CRFB/88. Esse aprimoramento resultou no nascimento do *Estado de direito*, balizado na premissa de que o mesmo estado criador do direito deve estar sujeito a este.

Então, vejamos que o Estado como um ente personalizado, possui função administrativa e sempre ocorreram muitos debates a respeito do que seria essa função

¹CC. Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios;

e seus contornos. José dos Santos Carvalho Filho (2015, p.3) nos informa que o pensamento de Otto Mayer é tido como referência para os demais estudiosos. Otto afirma que “A administrativa é a atividade do Estado para realizar seus fins, debaixo da ordem jurídica”. Nesse mesmo seguimento que José Carvalho dos Santos Filho destaca os critérios de três ordens, quais são o subjetivo (ou orgânico), que destaca o sujeito da função, o objetivo material, o qual versa sobre o conteúdo da atividade e o objetivo formal, que discorre sobre a função de acordo com o regime jurídico que está situado a sua disciplina.

O autor imediatamente supramencionado, explana ainda que, enquanto a função legislativa tem como seu núcleo a criação do direito novo e a função jurisdicional compreende a solução de litígios, a função administrativa se desenvolve na gestão dos recursos estatais em suas mais variadas vertentes, buscando a efetivação de interesses coletivos, encargo esse que é primordial no Estado intervencionista contemporâneo, realizador dos direitos sociais, excessivamente demonstrado na nossa Constituição Cidadã/1988 ².

A compreensão do Direito Administrativo, que no entendimento de Marçal Justen Filho (2014, p.90) é “o conjunto das normas jurídicas de direito público que disciplinam a atividade administrativa pública necessária a realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho”. Segundo o autor, as normas jurídicas representam meios de organização do poder estatal, estabelecendo premissas a serem seguidas quanto ao controle de conduta dos sujeitos que se relacionam em sociedade. Quanto ao direito público, o enfoque é a atuação no que concerne a interesses coletivos, em prol da sociedade e não a satisfação de interesses privados e individualizadas.

Elencando a importância do tema destrinchado no presente trabalho, tem-se a que o Direito administrativo engrena as atividades estatais, faz o corpo estatal funcionar e tomar os seus contornos, assim como desenvolve a aplicabilidade de normas para o ingresso em cargos públicos, extremamente minucioso com a segurança pública e ao

²CF/1988 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

mister objetivo, o qual é o ingresso ao cargo de policial federal e suas discussões sistemáticas.

Perpassado por tal apontamento com fulcro de demonstrar o encaixe dos tópicos trazidos em questão, pode-se revelar, o fato do regime de direito público ser caracterizado pela redução da autonomia individual em detrimento de interesses fundamentais e a realização da democracia, que são assegurados pela criação de poderes jurídicos (Marçal Justen Filho, 2014, p.91).

De forma analítica e trazendo um estudo comparado para o que aqui se propõe, a caracterização do direito público abordada pelos mais diversos doutrinadores consolida assim a aplicabilidade de tal instituto nos certames públicos e cede força para métodos de avaliação que buscam bens maiores, os quais sejam os direitos fundamentais e interesses coletivos, que perpassam por segurança pública, efetividade na prestação dos serviços e representatividade proba e moral dos funcionários que compreendem a administração, rol esse meramente exemplificativo do que se espera em linhas gerais, possuindo força *ex lege* nas mais diversas legislações, com ênfase para os princípios previstos na CRFB/88³. Aqui então, tem-se um entendimento embrionário que, em via consequencial, trará um embate entre direitos individuais e coletivos no que diz respeito a aplicabilidade de determinadas normas pela administração pública.

Vale salientar que o Direito administrativo não admite a sua afastabilidade no que diz respeito aos bens públicos e interesses coletivos, por que estes são dotados de indisponibilidade, por isso, com o intuito de decepar alguns questionamentos pela raiz, não há que se falar aqui em espaço para a autonomia privada e livre iniciativa quando o núcleo do objeto se tratar do que fora citado acima, em regra geral. Tratando-se de exceções, mesmo se não houver incidência direta nesses casos específicos, necessário será um crivo administrativo como forma de controle e acompanhamento de determinados atos, o que possui balizamento tanto na CRFB/88⁴ como na Lei nº

³ CF/1988 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)

⁴ CF/1988. Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

8.987/1995⁵. Claro, não se pretende negar aqui a possibilidade do exercício de serviços públicos por entes privados, até por que a eficiência dessa prática tem se demonstrado satisfatória, ao tempo que com o crescimento do Estado em todas as suas dimensões fica insustentável tomar para si a exercício de todos esses serviços, o que acaba perdendo a qualidade, porém aqui versamos sobre o tema apenas de forma introdutória, por que iremos aborda-lo com profundidade mais adiante.

Em outro aspecto o direito administrativo deve assumir o compromisso com a afirmação dos interesses coletivos, pois não temos como deixá-los sucumbir diante de escolhas individuais, pois as necessidades da sociedade como um todo não podem ser contempladas pelos membros da mesma quando atuarem de maneira isolada. Por isso se faz necessária a criação de institutos estatais e não estatais que afirmem as políticas constitucionais e realizem a promoção dos direitos fundamentais, aí então que se encaixa o direito administrativo, o qual será um disciplinador do próprio Estado e desses institutos que estão caracterizados como *longa manus*, auxiliares e executores de funções estatais. Nessa mesma congruência que qualquer organização acoplada ao Estado objetivando atender aos interesses coletivos e práticas relevantes para a sociedade deverá seguir as premissas do direito administrativo, estando a elas vinculado.

Conduzindo para os contornos do presente trabalho, podemos destacar que toda e qualquer banca organizadora de concursos públicos estará plenamente vinculada ao direito administrativo, não podendo a mesma adotar critérios que ache interessante e eficiente sem antes observar as premissas a qual está vinculada, podendo ensejar assim em nulidade dos seus atos.

Essa mesma ideologia é sustentada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p.43-44), o qual aduz que existe uma ideia equivocada a respeito do direito administrativo e isto acontece por causa das características que lhes são atreladas e muitas vezes consolidadas pela doutrina mesmo que sem intenção. Afirmando que tal ramo do direito transmite a imagem de um empoderamento mister, os quais são “poder regulamentar”, “poder normativo”, “poder discricionário”, “poder hierárquico” e outros infinitos. Isso na opinião do ilustre doutrinador é um entendimento antiético da razão de existir deste direito, quando na verdade o mesmo deveria ser visto como um

⁵Lei nº 8.987/1995. Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

agrupado de deveres da administração pública em prol dos administrados. O autor ainda afirma que talvez esse pensamento provém da noção de que o direito administrativo pressupunha a existência de prerrogativas para o Estado, as quais são conhecidas como cláusulas exorbitantes⁶ que são impostas aos particulares em suas relações com a administração pública.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p.45) ainda nos ensina que esta abordagem do Direito Administrativo como um ajuntamento de poderes, como uma perspectiva autoritária, ao ponto em que o poder é imposto do alto para a sociedade de maneira hierárquica, não merece prosperar. Pois, o direito administrativo e seus institutos são organizados para servir a coletividade e atende-la dentro de suas necessidades, vejamos que aqui não se fala de instituto que impôs deveres, mas sim que os deve praticá-los em benefício de todos. O respeitado autor aludido ainda cita o ilustre Léon Duguit (2014, p. 44), sendo que este afirmou que o Estado nada mais é do que um aglutinado de serviços públicos, ou seja, está ali para atender a população.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p.45-46) afirma que até um certo ponto da história existia uma visão clara e correta de que os homens eram minúsculos diante do Estado, à medida que eram vítimas do Poder político e também pelos agentes que estavam por trás dele, os quais detinham o poder econômico. A partir de então se iniciou um Estado de Bem-Estar (*Welfare State*) interligado a prestação de direitos sociais, detalhando ainda que o conjunto de direitos sociais aparece primeiramente na Constituição mexicana de 1917, considerado um documento político progressista.

2.1 ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Merece realce que a atividade administrativa perpassa pelos três poderes estatais, os quais são legislativo, executivo e judiciário, fazendo referência aos atos administrativos de gestão e condução dessas esferas. Vejamos que existe uma ideia

⁶ São cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro

residual, pois quando não há a criação de novas leis nem a solução de conflitos (judicial), a função exercida sob o aspecto material sem dúvida será administrativa.

Essa atividade administrativa, em sua essência, é descentralizada e praticada pelos entes federativos, o que antes estava englobado em apenas um “ser maior” denominado de Estado, com força soberana e desproporcional por sua arbitrariedade, no Brasil Império, balizado pelo Estado unitário e concentração do poder. Hoje se ramificou politicamente, encontrando uma forma de dividir de maneira proporcional esse poder entre os entes federados. Percebe-se que no Brasil, ao contrário dos Estados Unidos⁷, ocorreu uma segregação de poderes, ou seja, uma subdivisão do que antes estava concentrado em um único ente.

Frisa-se a observação de Celso Ribeiro Barros, informada por José Dos Santos Carvalho Filhos (2015, p.6), onde aquele entende a Federação como forma de Estado, da seguinte maneira: “foi a forma mais imaginosa já inventada pelo homem para permitir a conjugação das vantagens da autonomia política com aquelas outras defluentes da existência de um poder central”.

O regime federativo tem como característica principal a descentralização política, o que estende aos entes parcelas de poderes de gestão política, legislativa, financeira e administrativa, entre outras, ao ponto em que são dotados de autonomia que está consolidada pela CRFB/88⁸. Imensurável é a importância e consolidação do nosso sistema federativo, que a Carta Magna o projeta como uma cláusula pétrea⁹, sendo indiscutível o seu conteúdo. Em relação a administração pública, essa autonomia diz respeito a capacidade de autoadministração que compõem gerencia próprias e inconfundível dos entes.

Nessa mesma logicidade que Marçal Justen Filho (2014, p.93) narra que a atividade de administração pública está plenamente vinculada à prática dos direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito à dignidade da pessoa humana.

⁷ O federalismo americano decorreu do processo de agregação, tornando-se unidos, num só Estado, os estados soberanos, que antes se uniam através de confederação (federalismo centrípeto) Jose Carvalho dos Santos (2015, p.6)

⁸ CF/1988 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

⁹ CF/88 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; [...] III - a separação dos Poderes;

Versa ainda que essa vinculação se divide em dois aspectos, tendo de um lado o direito administrativo como um disciplinador de atividades e conjuntos de organizações estatais e não estatais objetivando a limitação dos poderes do Estado e o desenvolvimento social-econômico-cultural da sociedade. Afirma ainda, que esse direito administrativo tem o propósito de evitar que essa concentração de poderes políticos e econômicos para a consolidação de interesses coletivos, conseqüentemente acabe violando outras garantias fundamentais.

Marçal Justen Filho (2014, p.94) ainda traz um entendimento ponderoso no sentido de que as organizações estatais não possuem em si mesmo a sua justificativa de existência, pois aqui não se trata de entes criados para atender as suas necessidades burocráticas internas ou conceder poder a determinadas figuras públicas na realização de interesses individuais. Existe aqui uma vinculação com o real propósito de sua criação, o qual é atender as demandas sociais e fazer a máquina pública funcionar de maneira eficaz. Nesse sentido, pode-se expor que os Tribunais pátrios também adotam essa linha de pensamento, possuindo inclusive jurisprudência remansosa sobre o fato como é possível perceber a seguir:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NOMEAÇÃO DE APADRINHADOS EM CARGOS DE CONFIANÇA. DESVIO DE FINALIDADE. VIOLAÇÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA. PROVIMENTO MOTIVADO PARA ATINGIR INTERESSES PESSOAIS.** REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 279 DO STF. 1. O provimento de cargos de livre nomeação e exoneração devem obedecer aos requisitos encartados na Constituição Federal, vale dizer a) devem ser destinados às funções de direção, chefia e assessoramento; b) devem ser observados os princípios que regem a Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, entre outros. 2. In casu, o Tribunal a quo entendeu que a criação e o provimento de 27 (vinte e sete) cargos em comissão se deu exclusivamente para atender a interesses particulares dos ora agravantes, servindo de “recompensa” política aos contemplados, de forma que restaria configurado a improbidade administrativa nos termos da Lei infraconstitucional de regência – Lei 8.429/92 - **desvio de finalidade e violação ao princípio da moralidade administrativa.** [...] 4. Agravo regimental desprovido. (STF - AI: 842925 SP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 23/08/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-176 DIVULG 13-09-2011 PUBLIC 14-09-2011 EMENT VOL-02586-05. (Negritei)

A análise da ementa acima não deixa dúvidas quanto a finalidade a ser perseguida pela administração pública na prática de suas atividades, totalmente em consonância com o que foi afirmado anteriormente, não deixando brechas para a sua afastabilidade

quando estamos diante de organizações e serviços de caráter público, mesmo que praticados por particulares.

2.2 INTERESSE PÚBLICO

Diante desse regime jurídico-administrativo o qual tem como contorno as vertentes explanadas acima, é possível dizer que existe um sistema interligado de princípios e regras peculiares como a premissa do “interesse público”, que possui respaldo em todo sistema normativo e previsão expressa na Lei 9.784/99¹⁰. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p.54), os princípios são ideais a serem seguidos como uma premissa maior, sendo o objetivo de todo o ordenamento jurídico, a justificativa de ser, compondo o espírito de todo o ordenamento jurídico. Por isso, de acordo com o autor supracitado a violação de um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma, tamanha importância é dada por que a contrariedade a um princípio não é apenas guerrear com uma regra específica, mas sim é estar oposto toda a lógica do direito criado. Dizendo ainda, que tal contrariedade se trata da mais grave ilegalidade ou inconstitucionalidade, o que irá depender do caso concreto, certo é que se trata de uma hostilidade contra todo o sistema.

E alicerçado pelo que fora pronunciado até agora que se verifica a razão da harmonização dos princípios no nosso ordenamento jurídico, ao tempo em que os mesmos convivem em total pacificidade, pois a incidência de um não afasta o outro, nem muito menos extingue a sua aplicabilidade. O que interessa aqui é que os princípios possuem aplicabilidade imediata, podendo no caso concreto ser mais adequado a aplicação de determinada premissa ou outra, ao tempo em que podemos ter que utilizar a ponderação de bens e interesses quando encontrarmos um confronto entre essas premissas norteadoras do nosso sistema.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p.59-60) aborda alguns pontos que sempre surgem para administração pública como fundamento para prática de seus atos, em que todo cuidado deve ser tomado, pois são termos principiológicos abrangentes e de

¹⁰Lei 9.784/99 Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, **interesse público** e eficiência. (negritei)

certa forma são dotados de subjetivismo. Deve-se dar destaque ao que se entende por “interesse público”, entendido, na visão do autor, como o interesse de todo o conjunto social, aquilo que se distancia do individual e forma um todo.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p.60) enfatiza que o interesse público nem sempre irá agradar determinados agentes da sociedade individualmente e justamente por isso que é caracterizado por atender a comunidade. Para isso o autor nos fornece um exemplo brilhante, o qual é a respeito do instituto da desapropriação, à medida que não resta dúvida sobre o descontento do indivíduo que terá o seu imóvel desapropriado pela administração pública e isso não se trata de nada anormal. Porém, o que prevalece aqui, por óbvio, é o dito “interesse público”, pois esse indivíduo enquanto membro do corpo social necessita que sejam liberadas áreas para ruas, estradas, escolas, hospitais e outras obras de importância para todos. Observa-se aqui, que as realizações desses feitos não poderiam ficar a critério da vontade desses proprietários, pois senão, não lograriam efetividade e toda a sociedade seria prejudicada.

Destaca que a utilização dessa premissa tem a intenção de uma organização da vida social, consolidação de condições de bem-estar satisfatórias para todos os cidadãos, por mais que ninguém se considere interessado individualmente em sofrer determinadas limitações estatais. Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p.60), aduz então, que se deve separar os interesses particulares os quais cada indivíduo possui nas suas relações sociais com seus próximos (uma pessoa ou um grupo de pessoas), dos interesses dessa pessoa ou desse grupo de pessoas enquanto membros do conjunto social, ou seja, partícipes da sociedade e interessados na coletividade maior.

Destaca que a premissa do interesse público é muitas vezes invocada pela própria administração como forma de validar os seus atos e cometer certas arbitrariedades, por isso, existe tamanha preocupação com a subjetividade desse princípio. Afirma que os critérios para aplicação do “interesse público” devem ser observados, pois a sua aplicação sem critério traz a violação de outro princípio, o qual é a razoabilidade, em regra geral. Partindo de uma análise sistêmica pode-se ainda dizer que é possível ocorrer a inversibilidade dessa premissa quando alegada pela administração pública, momento em que esse “interesse público” assumirá a defesa da parte contrária.

Ora, Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p.61) explica, quando a administração invoca o interesse público para combater situações particulares com cidadãos

específicos que foram submetidos a determinado ato, o interesse público poderá ser reconhecido justamente a favor da parte contrária, o cidadão ao qual sofreu o ato (inversão de lado). Observa-se aqui que a aplicabilidade dessa premissa poderá ocorrer quando determinado ato para com um agente social em particular puder colocar em risco toda a sociedade, pois caso essa atitude da administração pública não seja guerreada isso tornará a sociedade vulnerável e sujeita a atuações arbitrárias de quem seja. Como forma de clarear isso na mente das pessoas, descortina-se o *decisum* abaixo, o qual ampara a compreensão do tema:

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO – TRANSFERÊNCIA ex officio – **interesse público – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – OFENSA – EXISTÊNCIA.** 1. O mandado de segurança se destina à correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo a direito individual ou coletivo, líquido e certo do impetrante (art. 5º, LXIX, CF). 2. Remoção ex officio de servidor público. Discricionariedade da Administração que deve ser pautada nos **critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, sob pena de se transformar em arbitrariedade. Ato impugnado que, no caso, extrapola a razoabilidade. Segurança concedida.** Sentença mantida. Reexame necessário, considerado interposto, e recurso da FESP desprovidos. (TJ-SP - APL: 10268551520158260053 SP 1026855-15.2015.8.26.0053, Relator: Décio Notarangeli, Data de Julgamento: 24/02/2016, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 24/02/2016)

É de fundamental importância perpassar por esse questionamento, pois o interesse público não cabe como uma forma para o Estado praticar atos desmotivados e eivados de arbitrariedade, por isso, o poder judiciário vem combatendo tal utilização objetivando a real razão de ser da premissa estudada, a qual deve ser plenamente fundamentado pela administração pública quanto ao seu encaixe em determinada situação concreta.

Daniel Sarmiento (2007, p.23) pontua que tomando como base a filosofia constitucional e a aplicabilidade dos direitos fundamentais, não é cabível o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no tocante a resolução de conflitos, indicando assim algumas alternativas a serem seguidas que se demonstram mais compatíveis com a CRFB/1988 e os princípios dela provenientes. Daniel Sarmiento (2007, p.24) discorre ainda que a Administração Pública utiliza desse princípio com o intuito de justificar a imperatividade do ato administrativo, a presunção de legitimidade, as cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos e outras prerrogativas conferidas a Fazenda pública, causando um desequilíbrio sempre a favor do Estado.

Nos dias atuais existe uma tentativa de reformulação do princípio da supremacia do interesse público, objetivando a sua adequação com os preceitos fundamentais, ou seja, buscando um maior respeito ao administrado e observado o Estado Democrático de Direito. Assim, compartilha deste entendimento por que enxerga uma total incompatibilidade entre este princípio abordado e a ordem jurídica brasileira e os riscos que a sua aplicabilidade apresentam aos direitos fundamentais. Alerta então, acreditar que o princípio da supremacia do interesse público é proveniente de uma interpretação equivocada da relação entre o Estado e as pessoas, pois os agentes sociais não existem para servir a sociedade política ou os poderes públicos, mas sim ao contrário. Afirma, a partir dessa lógica que este princípio apresenta características autoritárias que são totalmente contrárias a ordem constitucional brasileira, a qual possui como característica principal a dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2007, p.26-27).

Daniel Sarmiento (2007, p.27) adiciona ainda, entre suas críticas, a indeterminação que este princípio carrega visto que as sociedades contemporâneas são caracterizadas pelo pluralismo, o que se torna quase impossível extrair uma “vontade comum” homogênea ou geral. Essa indeterminação conceitual permite que as autoridades possam manipular este princípio em práticas perigosas.

2.2.1 Interesse público *versus* Interesse privado na perspectiva da Teoria Constitucional

A princípio Daniel Sarmiento (2007, p.30-31) desconstrói a dicotomia clássica entre o “público” e “privado”, a qual estabelece que o Direito Público seria aquele relacionado em uma preponderância da coletividade e de interesses públicos, enquanto o Direito Privado o que disciplinaria as questões individuais. Contesta assim esse critério de separação entre o público e o privado sobre vários aspectos. A começar que o Estado de Direito resta caracterizado pelas relações políticas e assim, o Direito Público deve respeitar aos interesses privados de cada indivíduo, ressaltando os qualificados em interesses fundamentais, diante desta perspectiva parece equivocado ao autor classificar o Direito Público como um espaço de domínio dos interesses públicos acima do individual. Além disso, destaca-se que os ramos que estão localizados

dentro do Direito privado, como por exemplo o Direito Civil e Empresarial, aplicam-se nos dias atuais normas públicas que limitam e adequam interesses de cunho individual em proveito de valores coletivos.

No que diz respeito a outro critério de separação utilizado, aquele que adota em seu núcleo a natureza das relações firmadas, tido como Direito Público as relações de autoridade e existência de subordinação que o cidadão está sujeito perante o Estado. No Direito privados estariam aqueles relacionamentos de igualdade e coordenação, firmados entre agentes sociais que ocupam o mesmo patamar. Encontram-se críticas também em relação a esse critério de separação, pois as relações firmadas entre particulares se mostram muitas vezes carregadas de desigualdade e dominação. Ademais, esta visão falha no que diz respeito a adotar remanescentes de um Estado Absoluto ao caracterizar a relação entre o Estado e o indivíduo como uma conexão de subordinação.

Complementa Daniel Sarmiento (2007, p.32-33) que o critério subjetivo de separação entre o Público e o Privado estabelece que as relações jurídicas em que o Estado esteja contido se trata de Direito Público, enquanto o Direito privado diz respeito aquelas relações em que os poderes públicos estejam ausentes. A primeira crítica versa no sentido de que tradicionalmente existem relações de Direito privado em que o Estado necessariamente comparece, como por exemplo: registros públicos. Além do mais, o Direito Constitucional, o qual sempre esteve qualificado como ramo do Direito Público, disciplina todas as relações existentes sejam elas públicas ou privadas.

Ademais, a separação perceptível entre as esferas pública e privada aconteceu após o surgimento do Estado liberal, após as Revoluções Burguesas do século XVII (inglesa) e XVIII (norte-americana e francesa). Este Estado liberal caracterizou-se por uma visível separação entre Estado e sociedade, cabia ao Estado aqui dar segurança externa e interna aos seus agentes sociais, mas não era o seu papel intervir nas relações firmadas internamente pela sociedade. Aqui, as pessoas possuíam liberdade para trilhar os seus próprios caminhos, à medida que os privilégios estatais foram extintos. Referia-se, de maneira resumida, em estipular limites ao poder estatal buscando a liberdade dos governados (SARMENTO, 2007, p.35-36).

Com o surgimento do *welfare state* no século XX consolidou-se uma progressiva intervenção do Estado nas mais diversas áreas, consequência de pressões sociais. O

poder público então, que antes se mantinha inerte, passa a possuir uma função interventiva nas relações econômicas e passou a normatiza-las limitando a autonomia de vontade das partes. Surge a partir daí um turbilhão de normas, o que o Daniel Sarmiento (2007, p.36) chama de “inflação legislativa”. Nesse contexto o Estado passa a ter papel fundamental na sociedade e exige-se atuações positivas, ao ponto em que as liberdades privadas são relativizadas e surge o reconhecimento de novos direitos mediante edição de leis. Isso tudo decorre da verificação de desigualdade que existia no âmbito das relações privadas, oportunidade em que o Poder público deixa a sua posição de inercia a passa a proteger as partes mais fragilizadas.

Além disso, Daniel Sarmiento examina (2007, p.43-44) que mesmo com o fenômeno da “inflação legislativa” esse domínio estatal na produção de normas se torna uma ilusão, ao ponto em que os agentes econômicos regem sua própria atividade através de uma *lex mercatória* originada pelo próprio mercado e põe em segundo plano as normas produzidas pelo próprio Estado. Com isso, tem-se uma função que sempre fora essencialmente pública com o surgimento do Estado moderno, privatizando-se com o surgimento de outras extremidades reguladoras. Assim também pode-se dizer com outras formas de domínio estatal, como por exemplo com a jurisdição, observa-se o avolumamento da arbitragem e outros meios alternativos de solução de conflitos.

Diante de tudo que fora explanado, conclui-se no sentido de que esse critério de separação entre público e privado se demonstra sem utilidade para a solução de conflitos de interesses oriundos de uma sociedade extremamente plural e democrática. Tal afirmação se justifica por vários fatores, seja pela indefinição de conceitos existente ou pela importância que essas duas dimensões (pública e privada) possuem no cotidiano da sociedade, não tendo que se falar em maior importância de uma em relação a outra. Destaca que é o indivíduo e não o Estado o “valor-fonte” do nosso ordenamento jurídico, além do que não há que se falar em dois ordenamentos jurídicos diferentes, sendo um voltado ao Direito Público e outro ao Privado, mas uma ordem jurídica una que tem em seu núcleo a Constituição (SARMENTO, 2007, p.50).

2.2.2 Interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais

Paulo Schier (2007, p.217-218) interpreta que o Estado é fundado na ideia primordial dos direitos fundamentais e a noção de dignidade da pessoa humana, então, não há que se falar em Estado Democrático de Direito sem a sua vinculação de uma justificação ética. Compartilha ainda do entendimento que a supremacia do interesse público sobre o privado utilizada como uma clausula geral do Direito atua de forma limitadora dos direitos fundamentais e contribui para a emergência de um Estado autoritário, em que os direitos e garantias fundamentais são colocados em segundo plano em relação aos interesses do Estado. A constituição surge como uma tentativa de restringir o exercício do poder, especialmente, em um panorama de transição do Estado absolutista para o Estado Democrático de Direito, objetivando assim uma certa proteção aos direitos fundamentais.

Paulo Schier (2007, p.222-223) acrescenta que a Constituição deve ser compreendida a partir dos direitos fundamentais, pois estes representam a proteção ao cidadão. Ora, são os direitos fundamentais que justificam a origem e evolução de mecanismos de legitimação, limitação, controle e racionalização do poder, além do princípio da legalidade, separação dos poderes, e outras formas de controle da administração pública. Esses instrumentos circulam ao redor dos direitos fundamentais e são legitimadores do Estado Democrático de Direito, apesar de sua modificação e evolução ao longo do tempo. Diante desta linha de raciocínio o autor traz que o Estado se legitima e justifica com base nos direitos fundamentais e não ao contrário.

Então, Paulo Schier (2007, p.225-226) versa sobre tratativa de tamanha importância no que diz respeito as restrições dos direitos fundamentais, objetivando a compreensão entre os direitos, liberdades e garantias fundamentais e a atividade do legislador. Surgem a partir desse contexto algumas assertivas, as quais são: “os direitos fundamentais só podem ser restringidos nos casos expressamente admitidos pela constituição; não existe cláusula geral de admissão de restrição dos direitos fundamentais; a restrição só pode ter lugar por atividade do próprio poder constituinte originário (que pode estabelecer restrição diretamente) ” ou nas hipóteses em que este poder constituinte autorizou, de maneira expressa, por via da Lei.

Além disso, merece destaque o fato de que mesmo quando autorizada, essa restrição só será legítima quando respeitar o princípio da proibição do excesso e da proporcionalidade e atender a outro interesse que seja constitucionalmente protegido. Aborda-se aqui, que o Parlamento não teria uma autorização, em regra, para a atuação no tocante a restrição dos direitos fundamentais, visto que estes são originados com um elemento limitador da atuação estatal, justificados pela sua verticalidade. Então, o poder legislativo não pode, livremente, negar a Constituição, ou seja, a restrição dos direitos fundamentais possui limites e por isso não existem cláusulas gerais de restrição aos direitos fundamentais. Tem-se então que os direitos fundamentais “privados” não devem ser deixados em segundo plano, dando prioridade aquilo que versem outros interesses ditos mais valiosos, quais sejam, os públicos. Longe disso, os direitos fundamentais privados devem compor a noção geral de interesse público, sendo portando um legitimador deste último interesse, ou seja, eles compõem uma mesma singularidade normativa.

Outrossim, Paulo Schier (2007, p.234-235) desenvolve que a regra será da unidade, com interesses públicos e privados compondo um mesmo espaço, pois estes não se contradizem nem se excluem. Destaca-se que mesmo em situações de conflitos, a opção do poder constituinte originário, prévia, pela escolha de um em detrimento do outro não faz com que exista a supremacia de um princípio formal, referindo-se apenas a um critério de solução. Expõe assim, algumas convicções de acordo com seu entendimento, que nos direciona aos seguintes pontos: interesses públicos e privados devem coexistir em harmonia e se complementam; eventuais conflitos poderão ser resolvidos, de forma prévia, pelo poder constituinte originário, que poderá escolher a prevalência dos interesses privados (mais usual na visão do autor) ou pela primazia do interesse público (vista como uma exceção em decorrência da legalidade e do Estado Democrático de Direito); outros conflitos serão direcionados às restrições dos direitos fundamentais, oportunidade em que o constituinte autoriza, de maneira expressa, que esses direitos, liberdades individuais e garantias curvem-se em favor de interesses públicos, através de ponderação infraconstitucional; e por último, o juiz diante de um conflito não enquadrado nas hipóteses anteriores deverá, diante do caso concreto, decidir levando em conta a ponderação dos princípios e de maneira proporcional e razoável.

2.3 PRINCÍPIOS ESSENCIAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Maria Zanella Di Pietro (2010, p.63) compartilha do entendimento de que no Direito Administrativo ocorre a incidência de seus próprios princípios, assim como os provenientes de outros ramos do Direito. Esses princípios se demonstram de importância fundamental, visto que o Direito Administrativo tem origem pretoriana e não codificada, oportunidade em que a aplicação principiológica permite a Administração e ao Judiciário resolução de conflitos com a devida harmonia entre as prerrogativas conferidas a Administração e os direitos dos administrados.

Ab initio, destaca-se aqui, os princípios da supremacia do interesse público e legalidade como fundamentais para compreensão desses dos parâmetros do Direito Administrativo, os quais são a liberdade do indivíduo e a autoridade da Administração.

A CRFB/1988 em seu art. 37 trouxe em seu corpo previsão expressa a alguns princípios os quais a Administração Pública Direta e Indireta está submetida, que são a legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, publicidade e eficiência.

Já a Lei nº 9.784 de 29/01/1999¹¹ (Lei do Processo Administrativo Federal) fez menção aos princípios da legalidade, motivação, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, eficiência e interesse público.

Maria Zanella Di Pietro (2010, p.63) afirma que além destes princípios supramencionados existem outros específicos de determinados processos, encontrados em leis esparsas, como por exemplo a Lei nº 8.666/1993 que versa a respeito da licitação e contrato, além da Lei nº 8.987/1995 que aborda a concessão e permissão de serviço público.

A lei na visão de Marcio Pestana (2008, p.168) possui como característica principal a produção de enunciados com vocação de permitir, proibir e obrigar os indivíduos inseridos em determinado contexto social. Tem portando a função de regular as mais variadas matérias contidas no sistema jurídico, seja ela de natureza privada ou pública. Então, discorre que o princípio da legalidade na esfera administrativa é

¹¹ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

baseado na premissa de que a Administração pública estará autorizada a realizar apenas o que a lei expressamente prevê, sendo proibido aquilo que extrapolar este âmbito. Destaca também que o contrário acontece na esfera privada, ou seja, tudo aquilo que não for proibido em lei será permitido. Pestana, em sua continuidade de raciocínio, aborda tema de tamanha relevância no que diz respeito aos aspectos da lei, observa-se que não é necessário somente ser lei em aspecto formal, ou seja, aquela produzida de acordo com o procedimento exigido e pelo órgão competente. Para preceituar comportamentos e imposição de sanções há que se falar em uma lei substancialmente legítima e que tenha compromisso com a ordem constitucional.

No entendimento de Marcio Pestana (2008, p.169) isso quer dizer que a lei deverá possuir os valores de uma sociedade e caminhar no mesmo sentido que as disposições constitucionais, não sendo permitidas leis que contrariem a ordem constitucional. Cita-se como exemplo, uma Lei devidamente aprovada pelo Congresso Nacional que autorize a Administração pública em contratar, pessoal, sem concurso público e de acordo com critérios subjetivos de admissão, ou seja, esta Lei não estaria em consonância com a ordem constitucional mesmo que vinda de origem competente (Congresso Nacional).

Aduz que o art. 5º, II, da Constituição Federal¹², por si só, é bastante para consolidar o princípio da legalidade no ordenamento jurídico aplicado não só ao indivíduo (administrado) como também ao Estado através da Administração Pública. Porém, o constituinte resolveu, fazer constar de maneira expressa no art. 37 a menção de que tanto a Administração Pública Direta como a Indireta devem respeitar o princípio da legalidade, como forma de precaução e sabendo da relação conturbada entre os cidadãos e a Administração Pública.

Diogo Moreira Neto (2014, p.86) entende que através do princípio da legalidade o Estado se autolimita, o que culminou com o surgimento do Estado Democrático de Direito, em oposição ao Estado Absolutista que prevalecia a vontade do soberano. Portanto, o Estado que está submetido as suas próprias leis exerce a sua autocontenção, proporcionando a sociedade o benefício da “certeza jurídica”. Esse

¹² 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: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

princípio obriga o Estado a agir sempre de acordo com a lei e protege os administrados com a “reserva legal absoluta”.

Raquel Melo de Carvalho (2009, p.93) afirma que o princípio da segurança jurídica no Brasil encontra previsão no texto constitucional em dispositivo que escolta a coisa julgada e o ato jurídico perfeito¹³. Além disso, destaca-se a sua previsão no art. 2º, da Lei de Processo Administrativo Federal¹⁴, que também traz a aplicabilidade do princípio aludido em seu art. 55, oportunidade em que prevê que a impossibilidade de alteração de ato ou situação jurídica proveniente da aplicação retroativa de nova interpretação de texto legal.

No que diz respeito ao princípio da segurança jurídica, Hely Lopes Meirelles (2012, p.103-104) o consagra como um elemento basilar da ordem jurídica, compartilhando do entendimento de que, em algumas circunstâncias, no embate entre a legalidade e a segurança jurídica, este último merecerá prevalecer com o intuito de alcançar a justiça material, visto que modificar a situação das coisas com a justificativa de recompor a legalidade do ato proporcionará um prejuízo maior do que conservar-se o *status quo*.

Merece enfoque a forma que Raquel Melo de Carvalho (2009, p. 87) aborda o princípio da segurança jurídica. Introduce, de forma sucinta, que diante do atual mundo globalizado progrediram as tensões do Estado no que diz respeito a este princípio, ao ponto em que se vive em uma sociedade a cada dia mais múltipla e complexa e o Direito apresenta-se com a função primordial de fornecer um mínimo de previsibilidade, mas não só isso, de garantir também uma continuação das expectativas no tocante as preferências que o sistema jurídico prioriza.

Raquel Melo de Carvalho (2009, p.88-89) afirma ainda, que o aguardado por toda a sociedade é o direito de conhecer, de forma antecipada, as consequências de seus atos omissivos e comissivos de acordo com uma proporcional regulamentação normativa, objetivando que está “segurança” transmita confiança necessária às relações sociais. Aborda ainda, a necessidade que o Estado tem de obter a confiança

¹³ 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: XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

¹⁴ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

das pessoas físicas e jurídicas para que possa, no exercício da atividade administrativa, cumprir devidamente as normas jurídicas e proporcionar um sentimento de equilíbrio entre o Direito e o modelo de justiça esperado pela sociedade. Ou seja, aqui percebe-se que uma das principais funções do Estado é fornecer segurança aos seus administrados através de decisões coerentes e estabilidade em seus comportamentos. A autora compartilha do entendimento de que é inaceitável ignorar a insegurança criada em toda comunidade científica, sociedade e, como consequência, nos agentes públicos responsáveis pela atividade administrativa. Então, com o intuito de não agravar os problemas já existentes referentes a gestão administrativa, vem sendo utilizada a “segurança jurídica” com base para todo o ordenamento e estabilidade das relações sociais.

A Administração Pública incube a função de zelar pela solidez do sistema, oportunidade em que o exercício da gerencia estatal deverá promover segurança para os cidadãos e concordância com os anseios sociais. Depreende-se do abordado que não é justo o Poder Público, diante de uma sociedade de inquietude e constantes transformações políticas, sociais e culturais, se omitir de proporcionar um mínimo de segurança e firmeza nas relações jurídicas.

Teresa Arruda Alvim Wambier (2005, p.67) orienta que a “segurança jurídica” não significa a imutabilidade, no sentido de que tudo deve permanecer como estar. Essa expressão diz respeito a um mínimo de previsibilidade, pois isto garante maior calma para os cidadãos.

Raquel Melo de Carvalho (2009, p.95) destaca que o princípio da segurança jurídica surge como uma alternativa contra a má gestão administrativa, combatendo assim condutas arbitrárias, entende assim a doutrina moderna. Percebe-se que para que ocorra uma quebra mínima dessa segurança (confiabilidade) é necessário que a Administração Pública tenha um comportamento revestido de utilidade, ou seja, deve ser eficaz.

Ademais, Raquel Melo de Carvalho (2009, p.96) faz uma referência brilhante a obra de Pedro José Jorge Coviello denominada como “ a proteção a confiança legítima do administrado”. Em que Pedro Coviello defende que a confiança legítima como um princípio geral do Direito, voltada para o interesse daquele particular ora perturbado, não atua em contradição com a legalidade, pelo contrário, ela busca amenizar as consequências que a aplicação mecânica do princípio da legalidade possa causar. A

“proteção da confiança legítima” então, demonstra-se como uma forma de potencializar a legalidade, afirmando-a, diante de uma perspectiva de juridicidade estatal. Pedro classifica essa “confiança legítima” como uma ramificação da segurança jurídica, sendo uma segurança jurídica mais restrita e especificada, exclusiva no parâmetro da pessoa em polo oposto (frente) ao Estado.

Além do mais, Raquel Melo de Carvalho (2009, p.101) destaca que a segurança jurídica tem sido utilizada jurisprudencialmente quanto a convalidação de atos administrativos, sobre a justificativa principal de que existe um interesse público na “proteção da boa-fé e confiança do administrado”. Não pode o administrador presumir a má-fé do cidadão, pois tal atitude demonstra-se desarrazoada.

Hely Lopes Meirelles (2012, p.96-97) faz referência a outro princípio de fundamental importância para o objeto de estudo do tema proposto, que é a proporcionalidade/razoabilidade, denominado pelo autor como “princípio da proibição de excesso”, classificando-o como aquele que possuiu a função de verificar a compatibilidade entre os meios e os fins, especificamente, evitando atos descabidos e abusivos por parte da Administração Pública. Considera ainda, que a razoabilidade se revela com ligação rotineira ao ato discricionário, pois a aplicação daquele serve como uma limitação da discricionariedade administrativa, como uma forma de controle, especialmente se tratando da atuação do poder judiciário. Expõe também que a Lei nº 9.784/99 também inclui os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com a devida atenção ao critério de “adequação entre os meios e fins” (razoabilidade), a medida em que proíbe também a imposição de obrigações, sanções e restrições em dimensão maior do que o necessário para atender ao interesse público (proporcionalidade).

Maria Zanella Di Pietro (2010, p.79) trata o princípio da razoabilidade/proporcionalidade como mais uma tentativa de combater a discricionariedade administrativa, amplificando assim, o âmbito de análise do ato administrativo por parte do poder judiciário. Ressalta que embora a Lei nº 9.784/99 faça menção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade de forma separada, este último diz respeito a um dos aspectos contidos no primeiro. A autora alerta que a proporcionalidade não deve ser apurada de acordo com o senso do administrador, mas sim com os padrões estabelecidos pela sociedade, além de não se falar aqui de aplicabilidade fria da lei e sim de exame em cada caso concreto.

Ademais, Diogo Moreira Neto (2014, p.117) traz uma premissa geral do Direito Administrativo denominado como princípio da boa administração, o qual é consequência das reformulações principiológicas e surgimento das Constituições pós-modernas, voltadas a consolidação dos direitos fundamentais e primazia da dignidade da pessoa humana. Ou seja, o Estado como gestor dos interesses gerais da coletividade tem a obrigação de fazê-lo com o maior padrão de excelência possível, a melhor gestão que se possa realizar dentro dos recursos disponíveis. Trata-se de um dever constitucional de responsabilidade da administração pública, correspondendo ao direito cívico do administrado. Esse princípio da boa administração foi consagrado, na União Europeia, com a Carta de Direitos Fundamentais de 07/12/2000, que prevê:

Artigo 41º: Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente: - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente, - o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, - a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir as instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

Aborda que no plano da CF/1988 o dever da boa administração está consolidado no art. 37, *caput*, consolidando a obrigatoriedade da eficiência que é complementada pelo art. 70, *caput*, o qual obriga a administração pública no que diz respeito a legitimidade e economicidade.

3 CRISE DOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

José Soares Neto (2015, p.373-374) sustenta que nos dias atuais não é possível, com a utilização do modelo clássico de determinados institutos, gerenciar e conduzir a máquina pública de forma eficaz e respeitando os cidadãos. Aborda que o direito administrativo se originou e desenvolveu-se por um alargado lapso temporal para consolidar formas eficientes de uma gestão que tinha como núcleo a sobreposição de ideais da administração em detrimento dos administrados. E através desse propósito foram criados mecanismos de dominação, sobre a justificativa do interesse público, da legalidade e atrelado a discricionariedade. Considera-se que essa forma de administração pública, a qual ainda possui uma grande parte do seu sustentáculo utilizado nos dias atuais, originou-se por uma tentativa de imposição autoritária do poder do Estado para com os cidadãos.

Gustavo Binenbojm (2014, p.11) versa que a criação desse direito tido como especial não nasceu de uma vontade geral, aquela expressa pelo poder legislativo, mas sim de um ato vinculatório do poder executivo e partindo exatamente deste ponto é que não se pode esperar nenhuma espécie garantística de direitos individuais que se iniciem de uma administração pública, que transita por suas próprias normas jurídicas de modo a editá-las e que julga de maneira soberana os litígios com os seus administrados.

Partindo exatamente desse ponto que fora abordado acima, que Gustavo Binenbojm (2014, p.12) expõe algumas contradições na gênese do direito administrativo, as quais estão profundamente interligadas ao tema abordado por este presente trabalho, fazendo-se necessária uma análise profunda a respeito do que seguirá aqui, quando é abordado “A criação da jurisdição Administrativa”. Observa-se que tal problemática apresenta uma afronta explícita ao ditame: ninguém é bom juiz de si mesmo. Em sua obra, o autor aborda que a jurisdição administrativa subtrai da alçada do Poder Judiciário a competência funcional acerca dos litígios jurídicos-administrativos utilizando-se da justificativa de que “julgar a administração ainda é administrar” (*juger l’administration c’est encore administrer*), expressão essa advinda do Direito Francês, a qual não possui qualquer conteúdo garantístico e que se baseou, em seu núcleo, na desconfiança que os revolucionários franceses tinham contra os tribunais judiciais,

que objetivava assim impedir que o momento de hostilidade existente representasse uma limitação a ação das autoridades administrativas revolucionárias.

Como José Soares Neto (2015, p.375) levanta, após o enraizamento do modelo jurídico constitucional, o qual perpassa pela vivência atual do momento jurídico de pós-positivismo neoconstitucionalista, transparecendo a hegemonia dos princípios constitucionais e estes passam a reunir força normativa, todas as searas do direito devem observância a esses princípios, como a dignidade da pessoa humana, a boa-fé objetiva, a função social da propriedade, a segurança jurídica, dentre outros. Não haveria justificativa então, para que essa nova ótica não se aplicasse ao direito administrativo no que diz respeito as relações entre seus próprios órgãos e com os particulares. A partir disso ergue-se a necessidade de afrontar determinados paradigmas administrativos clássicos, antes vistos como intocáveis e utilizados para a perpetuação do poder, como a supremacia do interesse público sobre o particular, a legalidade estrita e a discricionariedade.

Maria Zanella Di Pietro (2015, p.37) aduz que a Lei Fundamental da Alemanha de 08/05/1949 foi o primeiro momento para a constitucionalização dos princípios do Direito Administrativo, estabelecendo em seu art. 20, item 3, a seguinte premissa: “O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito.” Mais adiante foi inserida ideologia equivalente nas Constituições espanhola e portuguesa. Afirma a autora de que não existe dúvida no tocante a adoção da mesma concepção no Brasil, podendo-se perceber a partir do preâmbulo que consolida valores como a segurança, desenvolvimento, justiça, igualdade, dentre outros.

É constatado por José Soares Neto (2015, p.386) a perceptível quebra de paradigmas da administração pública motivada por uma revolução do próprio objeto de estudo e pela ascensão de técnicas científicas colocadas à disposição, com isso surge a necessidade de adaptação ao momento social atual de acordo com o panorama identificado. Outrossim, é imprescindível uma nova interpretação da legislação vigente e reavaliação de determinadas premissas clássicas da administração pública.

Gustavo Binenbojm (2014, p.13) ainda aborda que a invocação do princípio da separação dos poderes nada mais foi do que um ótimo pretexto que tinha como intuito aumentar o poder de decidir da administração pública e torna-la imune ao controle judicial, destacando inclusive que esse modelo não apresentou nenhuma mudança da

revolução francesa e manteve uma continuidade do que era aplicado com o antigo regime. Tal enquadramento induz a uma reflexão de que esse modelo de direito administrativo, desde o seu embrião, estava totalmente desligado de qualquer objetivo garantístico e ao contrário disso tinha a finalidade de diminuir essas garantias dispostas aos cidadãos quando eram submetidos a um poder independente, equidistante e imparcial – o poder judiciário.

Além disso, Binenbojm (2014, p.14) aduz que partindo de tal entendimento criou-se no interior da Administração um contencioso que não brindava o administrado com as garantias processuais dos tribunais judiciários, o que é possível notar com a consolidação das categorias básicas do Direito Administrativo, as quais são discricionariedade, a supremacia do interesse público e as prerrogativas jurídicas da Administração, ou seja, trata-se aqui de um logística criada pela administração pública que em toda a sua sistemática visa atender ao interesse próprio e que ainda se coloca como autoridade detentora do poder de dirimir de forma definitiva e em causa própria, as suas demandas com os administrados.

Ademais, é abordado que o surgimento do Direito Administrativo brasileiro, o qual foi derivado de um sistema de colonização e exploração, adicionado com o caráter eminentemente patrimonial da coroa portuguesa, encontrou grande influência no Direito Administrativo Francês, podendo-se dizer que esse modelo apenas afiou o que já vinha sendo aplicado no sistema europeu continental.

Tomando de maneira basilar o que acima fora abordado que Gustavo Binenbojm (2014, p.23) identifica quatro paradigmas clássicos do Direito Administrativo que se consolidaram no Brasil e que se encontram debatidos na atualidade, provenientes de uma nova estruturação do Estado Democrático de Direito, os quais devemos citar:

O conhecido princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o qual é sempre visto como fator de legitimação para toda a sistemática aplicada a administração pública e explica os seus privilégios materiais e processuais que formam o núcleo deste regime.

A legalidade administrativa como uma vinculação a lei, o que se traduz como uma vinculação do agir administrativo ao que foi previamente imposto pelo Poder Legislativo, o que cria o paradigma de que a administração pública não possui

qualquer vontade autônoma, pois só poderiam agir de acordo com o que está positivado na Lei, que versa sobre suas faculdades e imposições.

A falta de controle das escolhas discricionárias da administração pública.

A ideia de um poder executivo uno que perpassa por subordinações hierárquicas, de maneira formal ou política entre os entes que compõem o mais alto governo e a burocracia.

Para Gustavo Binenbojm (2014, p.24), a constitucionalização do Direito Administrativo surge como uma alternativa de superação das categorias acima abordadas, pois é clara a defeituosa abordagem teórica sobre os temas. Então, adota-se uma abordagem sistemática do ordenamento jurídico de forma a prestigiar os direitos fundamentais e o sistema democrático, consolidados pela Carta Magna/1988.

A consolidação de tais princípios como norteadores jurídicos os vinculam ao conceito de interesse público, além de fixar barreiras quando se versa a respeito da discricionariedade do ato administrativo, fazendo com que o velho direito administrativo receba uma lavagem e perca um pouco dos seus resquícios do nascedouro. Analisadas todas essas considerações tem-se que a CRFB/1988 está posicionada no núcleo do sistema jurídico e a administração pública não está mais vinculada a lei, mas sim a juridicidade. Além disso, a discricionariedade deixa de ser um espaço livre para prática de atos administrativos, passando a acontecer uma aplicação direta dos princípios constitucionais em toda atividade praticada pelo agente público, momento em que ocorre o abandono da dicotomia entre o ato vinculado e o ato discricionário e agora tem-se uma vinculação unitária à juridicidade¹⁵.

3.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO AO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO E A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Gustavo Binenbojm (2014, p.31) traz um questionamento clássico que a grande parte da doutrina também aborda no que diz respeito a supremacia do interesse público,

¹⁵ “A juridicidade é uma inovação evolutiva no direito administrativo, marca o seu nascedouro na proposta de ultrapassar a abrangência do princípio da legalidade, formando um compêndio de obrigações legais e naturais, tais como, um “bloco de legalidade”, promovendo assim um tratamento *latu sensu* a legalidade necessária ao ato administrativo praticado de formal geral. ”

que seria qual a “justa medida” que deve ocorrer entre os interesses individuais e coletivos, levando-se também em conta que o dito interesse público (coletivo) seria uma dimensão conglomerada desse outro, digo o individual (particular). De acordo com o autor supracitado, a grande dificuldade conceitual desses termos parte do ponto de que muitas vezes o interesse público nada mais é do que a consolidação dos direitos fundamentais e não a sua limitação para atender algo contrário a coletividade. Então, desse modo, a Administração Pública deve utilizar da ponderação de bens e interesses, que terá como base o princípio da proporcionalidade como forma de sobrepujar as regras inertes de preferência e isso permitirá uma maior flexibilização quanto a aplicação das normas do Direito Administrativo, dependendo do caso concreto a ser solucionado. A ponderação então, passa a ser um guia otimizador de todos os princípios, ultrapassando assim as leis e consolidado nas instâncias decisórias do Poder Judiciário.

Revela José Soares Neto (2015, p.386) que o princípio da supremacia do interesse público em detrimento do particular é habitualmente aplicado pela administração pública sem a importante consideração da somatória de interesses particulares em questão.

Gustavo Binenbojm indica (2014, p.33) que o interesse público não é totalmente solto e abstrato, pois está incluso no sistema aplicado de ponderações os direitos fundamentais e metas coletivas da sociedade, sem falar da motivação dos atos administrativos, previsão essa expressa em Lei¹⁶.

Observa-se que a real intenção ao enfrentar tal tema é a luta contra os atos administrativos arbitrários e imunidades concedidas ao Poder Administrativo. Assim, Gustavo Binenbojm (2014, p.41) aborda que esse enfrentamento com os atos arbitrários não pode se deixar converter em uma indesejável “judicialização administrativa”, que funcionaria como uma mera substituição da Administração Pública e esse acontecimento não considera o importante princípio da separação dos poderes.

¹⁶ Lei 9.784/1999 Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

Se reconhece também que o trabalho do poder judiciário aumentará de maneira considerável quanto maiores forem as diretrizes restritivas impostas pela Administração Pública aos direitos fundamentais, ou seja, caso as considerações feitas pelo administrador público sejam, para o senso comum, consideradas desproporcionais ou irrazoáveis, restará então ao poder judiciário apreciar o caso e possivelmente invalidar a atuação administrativa. O referido autor aduz ainda, que a função essencial do juiz diz respeito a proteção dos direitos fundamentais e tal premissa autoriza esse controle sobre a atuação administrativa num caso concreto.

Para Diogenes Gasparini (2012, p.78) o agente público deve agir de forma similar ao particular quando este gerencia as suas relações privadas e isso diz respeito a proporcionalidade. Ou seja, quando os particulares agem diante das mais diferentes situações eles atuam de acordo com o senso comum, como pessoas normais. Assim também deve ser a atuação da administração pública no exercício de suas atividades, de acordo com o senso comum das pessoas e as condutas administrativas que ultrapassam esses limites são ilegais.

3.1.1 A proporcionalidade e as normas restritivas de direitos individuais

Como versa Gustavo Binenbojm (2014, p.121), um outro agrupamento de poderes estritamente associados a ideia de supremacia do interesse público sobre os privados são os que dizem respeito as restrições dos interesses individuais a favor dos anseios da coletividade e tal ponto está totalmente interligado com o objeto do presente trabalho, o qual perpassa pela possível violação de esferas individuais do candidato em face de necessidades coletivas.

Tal entendimento perpassa pela ideia de que os particulares estão sujeitos a fiscalização dos agentes públicos e em caso de infringências ao que disciplina as normas, aqueles seriam alvo de sanções administrativas.

Gustavo Binenbojm (2014, p.122) destaca que as restrições impostas pela administração pública aos direitos individuais são consequências de previsões constitucionais abarcadas por princípios e valores que possibilitam a limitação de interesses individuais em prol de direitos metaindividuais contemplados na Lei Maior. Ressalta-se que esses direitos fundamentais podem sofrer restrições que estão

reservadas a matéria de Lei, como por exemplo as questões de sigilo que devem ser relevadas nos casos de investigação criminal ou instrução processual penal. Ressaltando que toda interferência nos direitos fundamentais servirá sempre como um recurso potencializador que eleve, de maneira igual, todos os outros princípios constitucionais envolvidos na questão.

Deste modo, Gustavo Binenbojm (2014, p.122) aduz que qualquer atividade de polícia emanada do Poder Público só terá legitimidade quando de alguma maneira pode ser compatível com o sistema constitucional, encontrando amparo no mesmo e objetivando a proteção e aprimoramento de outro direito fundamental ou de interesse coletivo como um todo e aplicada a devida proporcionalidade.

Nesse sentido, o supracitado autor (2014, p.122) levanta o conflito existente entre o direito fundamental de propriedade e o interesse de toda a coletividade quanto ao desenvolvimento urbanístico das cidades alcançado através de obras públicas, ao ponto que a concretização dessas obras depende da desapropriação de bens particulares.

Então, a proporcionalidade aplicada a esse caso concreto é justamente o fato de possibilidade dessa expropriação dos particulares, mas desde que haja uma indenização justa, prévia e em dinheiro, pois o cidadão não pode simplesmente perder o seu bem sem que ocorra uma contrapartida administrativa, mesmo se tratando de interesse coletivos.

Sobre a ótica de Gustavo Binenbojm (2014, p.126), a proporcionalidade exige que a medida adotada pelo Poder Público seja adequada para a promoção de um fim previsto constitucionalmente, devendo ocorrer a incidência de outros princípios. A partir de tal entendimento surgem diversos exemplos, destacando algumas medidas adotadas pela administração pública que são protetivas ao meio ambiente equilibrado, como a interdição de fabricas altamente poluidoras e a determinação da compra de equipamentos que emitam menor quantidade de substancias nocivas aos cidadãos.

Diante do que já foi explicitado, essas medidas são consideradas válidas, pois ao mesmo tempo que ocorre a restrição de bens e atividades particulares,

consequentemente se propõe a potencialização de outro direito fundamental constitucionalmente consolidado, o qual é o meio ambiente equilibrado¹⁷ para todos.

Ademais, Gustavo Binenbojm (2014, p.127) expõe que em certos momentos deve ocorrer justamente a aplicação de uma medida mais proporcional e para isso destaca um caso concreto em que a instalação de máquinas menos poluentes seja extremamente custoso para o empresário e a diminuição de emissão dos gases com essas máquinas não seja significativa. Nesse sentido que a solução mais adequada poderia ser a instalação de filtros, pois os mesmos possuem uma diferença avantajada de preços e na prática representam uma diminuição de emissão de gases semelhante à das máquinas, devendo-se analisar então se o grau de restrição imposto ao particular terá impacto prático relevante para toda a sociedade.

3.1.2 O ato administrativo discricionário

A princípio, se faz importante observar como dispõe Luís Henrique Madalena (2016, p.18), especificando que no Brasil, tido como um país de modernidade vagarosa ou inexistente, enxergando a possibilidade de que a ideia de uma legalidade moderna possa sofrer uma destruição ocasionada pelo que se chama de “discricionariedade administrativa”, observa-se que está em inúmeras oportunidades é trazida como uma proteção à revisão jurisdicional do ato administrativo.

Destaca ainda que, esta discricionariedade é utilizada muitas vezes por indivíduos que ocupam determinadas posições na administração estatal para atender interesses próprios, servindo este “poder discricionário” como uma justificativa para qualquer conduta, desde que esteja condizente com a legalidade formal e pouco importando se caminha em sentido contrário as premissas estipuladas pela CRFB/1988.

Por isso que para Luís Henrique Madalena (2016, p.19) é fundamental que a lei seja respeitada, não da forma positivista exegética, “mas sim em face dos constrangimentos hermenêuticos provocados pelo texto legal, invariavelmente

¹⁷ CF/1988 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

carregado de tradição, de historicidade, afastando-se por completo a possibilidade de relativização da normatividade do Direito e de seu pilar fundante na contemporaneidade: a Constituição. ” Justifica-se mais ainda no Direito Público, quando se enxerga o Estado como realizador dos Direitos fundamentais, ao ponto em que o mesmo foi criado com esse propósito.

Desenvolvendo tal tema, Luís Henrique Madalena (2016, p.20) destaca a coletividade como principal prejudicada pela “discricionariedade”, a partir do momento em que se legitima decisões completamente contrárias ao interesse social e que muitas vezes estão moduladas/revestidas pela concepção de interesse público. Na visão do autor, é de extrema importância que haja um questionamento, uma constante crítica acerca dos fundamentos do Direito, pois sem isso ocorrerá a sua utilização como justificativa legítima para condutas de dominação.

Discorre também que “discricionariedade administrativa” está relacionada ao relativismo e a indeterminação dos sentidos, inclusive adotando uma crítica quanto a utilização da qualificação “administrativa”, pois a discricionariedade se demonstra uma só, não cabendo aqui uma classe distinta. O autor aduz que a aplicabilidade do poder discricionário põe o Direito como um instrumento de dominação, uma vez que aqui existe o predomínio de fundamentos que fogem da ideia de juridicidade, aproximando-se assim do plano da política, e com isso, esta política passa a nortear a atividade estatal, aquela que jamais deveria ser encarada sem uma imprescindível interpretação jurídica.

Com isso, Luís Henrique Madalena (2016, p.21) faz o direcionamento a ponto de lembrar que os fundamentos do Estado (Democrático de Direito) e da ordem jurídica regulam e legitimam o Estado de modo que abandonar a interpretação da norma ou aceitar o relativismo na interpretação do Direito é despejar tudo o que legitima a própria atividade estatal, tornando-se assim um Estado à serviço dos detentores de poder.

A luz do pensamento de Luís Henrique Madalena (2016, p.28) para que se possa adentrar nas origens e fundamentos da legalidade e da discricionariedade administrativa se demonstra importante a abordagem do Estado na Teoria Política Moderna e o seu aspecto contratualista. O surgimento do contratualismo moderno acontece entre os séculos XVI e XVIII, o qual possui base no embate entre o Estado de Natureza e o Estado Civil, relação a qual aplica-se o contrato social. Nota-se aqui

que o referido autor traz o Estado de Natureza retratando uma completa desordem, domínio das paixões em que prevalece um ambiente de total incerteza e insegurança com o acontecimento de guerras (todos contra todos) como um justificante para a ultrapassagem de um momento não contratualista e o conseqüente estabelecimento de uma sociedade civil organizada.

Então, o posicionamento contratualista se estabelece com o fundamento de acordo de vontades, tácito e expresso que põe fim ao Estado de Natureza, iniciando-se assim uma sociedade politicamente organizada, ou seja, a construção do estado civil. Trazendo uma perspectiva de que no Estado moderno a dominação passa a possuir um fundamento lógico-racional baseado no contrato social que reúne a vontade de todos os envolvidos, trazendo o que se chama da “dominação burocrática” Weberiana.

Para Max Weber (1995, p.50) a dominação racional legal, através do seu tipo “puro”, é instituída pela presença de uma burocracia. Baseia-se no fato de que o corpo de funcionários da administração pública é composto por nomeados que possuem o poder político e a função administrativa se trata de sua forma de vida dominante. Em síntese, o burocrata é aquele que possui formação específica e obedece uma norma “superior”, devendo obedecer às regras “racionais e impessoais” e acompanhar o processo administrativo sem empregar razões pessoais e subjetivas.

Então, Luís Henrique Madalena (2016, p.29) aduz que o verdadeiro interesse aqui é a justificação do poder, que ocorre com a sua transmissão direta ao contrato social em decorrência do acordo de vontades, determinando assim uma finalidade para o Estado, a qual foi consolidada através do alinhamento de poderes dos indivíduos que esperam algo em contrapartida.

Por conseguinte, Luís Henrique Madalena (2016, p.62) transmite que o Estado de Direito, baseado na legalidade, é pensado para alinhar a conduta do governante de modo que ele haja com o objetivo de servir os cidadãos.

Não que desmereça a importância das etapas históricas que compõem o surgimento e consolidação das premissas jurídicas e forma de atividade estatal, porém demonstra-se importante aqui dar-se um salto para a concepção francesa pós-revolucionária, onde Luís Henrique Madalena (2016, p.67) retira desta o entendimento de que o direito é oriundo da lei e esta representa a vontade popular, dedicando-se na produção do poder legislativo. Acontecendo o contrário do que ocorreu na

Alemanha, em que o processo legislativo é oriundo de apuração conceitual acadêmica, com a Escola Histórica que possui como grande nome Friedrich Carl von Savigny. Utilizando esse ponto de partida pode-se concluir que a autoridade estatal nada mais é do que um elemento consolidador das premissas legislativas que demonstram a vontade popular, conservando a liberdade e fundada nos pressupostos da razão e do liberalismo.

Nota-se que isso fazia com que o Poder Legislativo sobressaísse em relação aos demais, deixando assim os Poderes Executivo e Judiciário “amarrados” as premissas legislativas, pois estas impunham limites para a atuação estatal. Luís Henrique Madalena (2016, p.69) traz um segundo momento importante que traduz um ganho de poder por parte do Executivo, ao ponto em que mesmo continuando vinculado aos limites legais, ganhava aqui uma nova roupagem advinda da separação dos poderes que impulsionou um aumento de atuação e força das decisões da Administração Pública. Complementando então que está separação, e não a mera “divisão”, que proporcionou a fundamentação de um poder regulamentar de lei e independente.

Ademais, Luís Henrique Madalena (2016, p.70) discursa que se partindo dessa referência é o momento oportuno para o entendimento de que o administrador pode realizar condutas não mais que estejam totalmente vinculadas a lei, mas também aquelas que poderão ser relativizadas, pois aqui tem-se a real noção de que as premissas legislativas não podem alcançar todos os possíveis aspectos da vida, entendimento que já era difundido por Rousseau no Contrato Social.

Outro ponto importante a ser tratado que Luís Henrique Madalena (2016, p.113) versa com propriedade diz respeito a chamada “erosão da legalidade e do Estado Democrático de Direito”, proveniente de uma ideia de transfiguração repassada por Otero, explicando-a como uma consequência da pluralidade de fontes normativas do Direito Administrativo que objetivam melhor trilhar o Estado após a falha do positivismo exegético. A partir daqui nasce essa concepção de “erosão”, pois existe enorme possibilidade do surgimento de contraditoriedade como consequência da multiplicidade de fontes. Ou seja, quando se dá essa abertura normativa amplia-se a possibilidade de condutas, dando ao intérprete a “escolha” do sentido que se dará as premissas legislativas.

Luís Henrique Madalena (2016, p.123) chega em um ponto fundamental para o estudo do objeto aqui abordado, oportunidade em que aduz ser de perigo imensurável uma

atividade estatal exercida por indivíduos que utilizem dessa abertura discricionária para atender a seus interesses pessoais, pois o que deve se buscar aqui é o “agir objetivo”, aquele em que o indivíduo esquece as suas preferências e interesses e realiza sua conduta juridicamente determinada.

Martin Heidegger (2010, p.108) expõe que o homem durante toda a história da humanidade sempre tentou colocar a si mesmo como ocupante da posição de domínio e para isso buscou-se cada vez mais a consolidação de suas capacidades e de seus meios de dominação, deixando-as sempre a seu dispor.

Luís Henrique Madalena (2016, p.170) nos demonstra que existe um problema particular aqui o qual se sobressai como objeto do presente estudo elaborado pelo autor, compartilhando da ideia de que não considera correto conceituar discricionariedade administrativa e separação da atividade executiva estatal em atos discricionários e vinculados para a interpretação do direito, mas sim trazer essa interpretação para a discricionariedade administrativa. Combate-se aqui uma interpretação discricionária e desvinculada pela qual está inserida o caráter subjetivo trazido anteriormente, pretendendo atingir uma discricionariedade que seja compromissória dada a sua adequação ao Estado Democrático de Direito.

Continuando sobre essa linha de entendimento que Luís Henrique Madalena (2016, p.172) dispara como exemplo, que os responsáveis pela qualificação em *hard case* e *easy case* será o próprio intérprete do direito, não existindo aqui qualquer vinculação e abordando que desta mesma forma acontece com o ato administrativo vinculado e discricionário, da maneira que o vinculado encontraria a resposta correta acerca da conduta administrativa através da subsunção e o discricionário abrir-se-ia um leque de opções de condutas.

Se tratando do ato vinculado tem-se essa perspectiva, a qual perpassa por um ideal de resolver com definição previa, fazendo a subsunção daquela conduta sem maiores embates, pois aqui existe uma moldura. Acontece que, caso isso não ocorra, estará aberta uma segunda janela e, por exclusão, teremos o ato administrativo discricionário, pois se já existe uma resposta pronta que estará adequada a determinado ato, este sempre será vinculado. Caso não exista essa resposta, ele será considerado discricionário e aí atuará o intérprete manifestando a sua subjetividade.

Luís Henrique Madalena (2016, p.173) continua então essa linha de intelecção aduzindo que não é possível fugir da interpretação do direito, sendo de pouca relevância para o direito administrativo essa diferenciação acerca de atos discricionários e vinculados

Trazendo como desfecho conclusivo de sua obra, Luís Henrique Madalena (2016, p.207) deixa claro que a real intenção do estudo é a possibilidade de compatibilização da atividade administrativa com o Estado Democrático de Direito pretendido pela CRFB/1988, o que está totalmente interligado com o tema do presente estudo, por isso fez-se necessário a abordagem de correntes históricas que justificam determinadas premissas hoje existentes.

Depreende-se de forma resumida das palavras de Luís Henrique Madalena (2016, p.209) a afirmação de que não há uma discricionariedade administrativa, visto que a indeterminação do direito se espalha assim por todo o direito, não condizendo a determinada esfera específica, seja ela administrativa ou qualquer outra. Um segundo ponto abordado para fundamentar essa afirmação é o fato de que na atividade administrativa não há uma janela política, pois caso assim a existisse abrir-se-ia haveria uma relativização do direito e do controle da atividade estatal. Caso seja admitida essa penetração da indefinição política, completamente desvinculadas da normatividade, também seria possível a total relativização do direito e a sua total ausência de normatividade, apresentando assim tal acontecimento como muito grave.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (2012, p.126) o poder discricionário é aquele que fornece a Administração a possibilidade de fazer escolhas de acordo com a sua conveniência, oportunidade e conteúdo.

Elisabeth Catanense (2010, p.01) traz que como exemplo de discricionariedade administrativa temos a previsão da Lei 8.666/93¹⁸ que versa em sede de licitação pública, além do ato de nomeação e demissão de cargos comissionados em que o administrador atuará de acordo com a sua conveniência e possui certa liberdade para

¹⁸ Lei 8.666/93: Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial. § 1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei **poderá ser dispensada, no todo ou em parte**, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão. (negritei)

nomear/exonerar aquele que for de sua confiança, sem que seja necessária a realização de concurso público.

Hely Lopes Meirelles (2012, p.127) aduz que a discricionariedade só poderá ocorrer em decorrência da lei, não se tratando de um campo aberto, entendendo que a existência de conteúdos “indeterminados ou imprecisos” não gera para a Administração pública o poder de discricionariedade, pois na ocorrência dessa possibilidade haverá de ocorrer a interpretação deste conteúdo utilizando-se da finalidade e razoabilidade. Então, se torna importante ressaltar que a discricionariedade não se confunde com “poder arbitrário”, pois este é ação que contraria e ultrapassa os limites legislativos (legal e inválido), enquanto aquela é uma liberdade do agir administrativo dentro dos limites impostos por lei e que quando autorizado se consolida como legal e válido.

Quando se refere a faculdade discricionária a principal distinção com o ato vinculado é a possibilidade de atuação e maior liberdade que aquela confere ao administrador público, pois na prática do ato vinculado existe um cerco dos elementos legislativos. Observa-se que a discricionariedade não assumirá característica absoluta e sempre será parcial ou relativa, ao ponto em que quando se trata de finalidade, competência e a forma, a autoridade estará subordinada ao que a lei dispõe. Ou seja, para praticar o ato discricionário o administrador deverá ter competência legal, obedecer às premissas legislativas legais que norteiam o seu conteúdo e também a atender a sua finalidade a qual será atender ao interesse público, ao ponto que para Hely Lopes Meirelles (2012, p.127) o ato praticado em desconformidade com o que fora dito será considerado ilegítimo e nulo.

A justificativa para a existência da atividade administrativa discricionária se baseia no fato de que seria impossível para o legislador prever na lei todas as possibilidades que a prática do exercício administrativo estatal exige, de modo que a multiplicidade de funções e diversidades de fatos apresentados ficam além do que o Poder Público poderia controlar de maneira minuciosa, então o que se busca é a obediência a um mínimo legal e deixa as demais escolhas ao administrador.

O que acontecerá é que só o administrador então, em contato com a realidade e com o caso concreto, poderá decidir o que de acordo com a sua conveniência e oportunidade se enquadra em uma atitude mais eficiente e correta. Relevante é ressaltar que essa atividade discricionária estará sujeita um duplo controle, que serão

o interno e externo. Internamente pelos princípios norteadores da administração pública encabeçados pela moralidade do agir administrativo e externamente pelo ordenamento jurídico que toda a atividade administrativa estará subordinada.

Hely Lopes Meirelles (2012, p.128) ainda aborda que é um erro considerar que o ato administrativo discricionário não estará sujeito a apreciação judicial, visto que o papel primordial da justiça é atuar quando os limites são extrapolados, de forma a versar sobre a legitimidade da opção adotada pelo administrador, tendo que existir a aplicação da discricionariedade em conformidade com a Lei e com os princípios administrativos. O que não poderá acontecer é o Poder judiciário assumir a discricionariedade do administrador quando na tomada de decisões, de modo a substituir critérios técnicos por outros que de acordo com sua própria conveniência e oportunidade sejam melhores, pois aqui se estará valorando sobre uma atividade privativa da Administração Pública.

Segundo Diogenes Gasparini (2012, p.78), quando a lei concede ao agente público o poder de agir com discricionariedade ela não dispõe que a administração pública haja como quiser e o que acontece é justamente o contrário disso. Pois, a justificativa para a concessão do poder discricionário é justamente o fato de que a administração pública tenha a possibilidade de escolher a melhor providência para satisfazer o interesse público e com isso pode-se concluir que nada que ultrapasse do sensato, do normal pode ser aceito.

Acontece que, segundo Dirley da Cunha Júnior (2014, p.73), a Administração Pública baseada no poder discricionário poderá valorar qual medida é mais satisfatória para atender aos seus interesses, ou seja, ela dispõe de uma “liberdade de valoração” que decidirá sobre conveniência e oportunidade. O referido autor aduz que não se deve, entretanto, confundir a discricionariedade com a arbitrariedade, pois aquela é a liberdade que a Administração Pública tem de agir dentro dos limites legislativos, enquanto a arbitrariedade é contrária ou excedente a lei. Todavia, qualquer ato administrativo poderá ser analisado pelo poder judiciário, tendo em conta que existe um limite imposto em lei para a prática desses atos.

Dirley da Cunha Júnior (2014, p.73) destaca que nos dias atuais, com a aplicação fervorosa dos direitos fundamentais, existe uma limitação no exercício das atividades administrativas, ao ponto em que estão submetidas a ideia de juridicidade dos atos da Administração Pública, destacando que não existe uma discricionariedade absoluta.

Inclusive, Dirley da Cunha Júnior (2014, p.48) cita o Princípio do Controle Judicial dos atos administrativos e afirma que todo ato emanado do Poder administrativo, não importando se é vinculado ou discricionário, estará sujeito ao controle de legitimidade pelo Poder Judiciário, destacando que existe a vigência do sistema de “jurisdição única” que se contrapõe ao sistema do “contencioso administrativo”. Para isso o autor escolhe como exemplo o país da França, que devido a rígida separação dos poderes o controle dos atos emanados da Administração Pública está vinculado a uma jurisdição administrativa e a jurisdição dos órgãos componentes do Poder Judiciário deste país limita-se as questões que envolvem particulares, não existindo a possibilidade de os juízes controlarem os atos administrativos. Ressalta-se que no Direito Brasileiro cumpre ao Poder Judiciário dirimir em sede definitiva tanto os atos dos particulares como os da Administração Pública, ao ponto em que o controle judicial vai além dos aspectos estritos da legalidade e abarca todos os princípios constitucionais e por isso se fala em “juridicidade administrativa”. Nesse sentido o STF já se manifestou de maneira sumulada¹⁹, possuindo entendimento pacífico sobre o tema, ao ponto em que qualquer ato administrativo está sujeito a apreciação judicial, como demonstrado abaixo através de posicionamento remansoso da Corte Suprema:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão da 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, assim ementado (fls. 314): “AÇÃO RESCISÓRIA – OFENSA AOS ARTIGOS: 125, § 4º DA CF – ART. 66 DO CPP E ART. 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – FUNDAMENTO NO ART. 485, V, CPC – INEXISTÊNCIA – PEDIDO IMPROCEDENTE. O Órgão Especial deste Egrégio Tribunal fixou a jurisdição das Turmas Cíveis em relação à definição de recursos tirados contra sentenças disciplinares emanadas da Vara Privativa da Auditoria Militar. **O Poder Judiciário pode e deve sindicá-lo amplamente o ato administrativo que aplica a sanção disciplinar a Servidor Público, para verificar a ocorrência dos ilícitos imputados ao Servidor e mensurar a adequação da reprimenda à gravidade da infração disciplinar, não ficando a análise jurisdicional limitada aos seus aspectos formais.** O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente sustenta violação aos arts. 2º; 37, caput; e 125, § 4º, da Constituição, bem como à Súmula 673/STF. Aduz que não cabe ao Poder Judiciário anular pena de exclusão imposta por autoridade administrativa competente e com observância do regular processo administrativo. **O recurso não pode ser provido, tendo em vista que é firme o entendimento desta Corte no sentido de que o exame de legalidade e abusividade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não implica violação ao princípio da separação dos Poderes, porquanto não se trata, nessas hipóteses, de análise das circunstâncias que circunscrevem ao mérito administrativo.** Nessa linha, veja-se a ementa do ARE 634.900-AgR, julgado

¹⁹ **SÚMULA 473/STF** - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

sob relatoria do Ministro Dias Toffoli: “Agravo regimental no recurso extraordinário. Processo administrativo disciplinar. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Reexame de provas. Impossibilidade. Controle judicial. Ato administrativo ilegal. Possibilidade. Precedentes. (...) 3. **O controle pelo Poder Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade não viola o princípio da separação dos poderes, podendo-se aferir a razoabilidade e a proporcionalidade da sanção aplicável à conduta do servidor.** [...] Nessas linha, veja-se ementa do ARE 717.894-AgR, julgado sob relatoria do Ministro Dias Toffoli: “Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Servidor militar aposentado. Exclusão da corporação. Prequestionamento. Ausência. Ato administrativo. Controle judicial. Possibilidade. **Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.** 3. **A Corte de origem, ao analisar o conjunto fático-probatório da causa, concluiu que a punição aplicada foi excessiva, restando violados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.** [...] Diante do exposto, com base no art. 557, caput, do CPC e no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 11 de fevereiro de 2014. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 750998, Relator (a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 11/02/2014, publicado em DJe-035 DIVULG 19/02/2014 PUBLIC 20/02/2014). (Negritei).

3.1.3 O controle judicial do ato administrativo e suas consequências

Versa Alexandre Santos de Aragão (2013, p.603) que o controle da administração pública representa um dos requisitos necessários para a consolidação do Estado Democrático de Direito, visto que tal ramo possui uma ligação direta com a vida das pessoas e é responsável pela maioria das despesas públicas. Aduz ainda, que por mais que existam determinados temas que mereçam um tratamento diferenciado, como por exemplo a segurança nacional, esse controle nunca poderá ser inexistente e só será constitucionalmente possível a exceção ao controle público geral quando se tratar de legitimar o interesse de toda a coletividade em detrimento dos interesses individuais dos agentes envolvidos.

Afirma Maria Zanella Sylvia Di Pietro (2010, p.728) que a administração pública no exercício das suas funções estará sujeita ao controle dos poderes legislativo e judiciário como também poderá exercer o seu controle próprio. Ressalta ainda que este controle não possui incidência apenas sobre os órgãos do poder executivo, mas também sobre os demais poderes quando estes estiverem exercendo função tipicamente administrativa, ou seja, abrangerá a administração pública como um todo. O objeto deste controle é assegurar que a Administração se mantenha alinhada aos princípios existentes no ordenamento jurídico, como a legalidade, publicidade, finalidade pública, moralidade, impessoalidade, motivação dentre outros.

Como discorre Maria Zanella Sylvia Di Pietro (2010, p.731) o controle administrativo é aquele que parte da própria Administração para com os seus atos, ou seja, exerce sobre a sua própria atuação, sobre as questões de legalidade e mérito, podendo ser de iniciativa própria ou provocação, no que tange o âmbito da esfera federal esse controle é denominado de “supervisão ministerial”. Esse controle exercido sobre os órgãos da administração direta é interno e consequência do poder de autotutela da Administração pública, permitindo-a revisar os seus próprios atos quando eivados de ilegalidade, ou se tratarem de inoportunos ou inconvenientes. O poder judiciário reconhece este poder de maneira remansosa, como pode-se observar com as sumulas da Suprema Corte 346²⁰ e 473.

A autora supramencionada versa que este poder de autotutela encontra base nos princípios os quais a Administração Pública está submetida, destacando a legalidade e a predominância do interesse público, pois a partir destes surgem todos os demais. Destaca-se então que quando não for feito esse controle pela própria Administração Pública os demais poderes poderão o exercer, assumindo o Estado a função de tutela do Direito.

Como isso, Alexandre Santos Aragão (2013, p.604) conceitua o controle da administração pública como uma atividade do próprio Estado, podendo ser exercida de ofício ou por provocação da parte, que ainda, poderá advir internamente ou a ela externa, com o objetivo de analisar e corrigir atos administrativos de acordo com a legalidade/juridicidade, independente de comissivos ou omissivos. Alegando ainda, que é preciso ter muito cuidado quanto a aplicabilidade do controle administrativo, pois este poderá recair no arbítrio e para que isso não aconteça deve-se seguir alguns limites, oportunidade em que destaca alguns dos mais relevantes.

Para Alexandre Santos de Aragão (2013, p.604) só é possível adentrar no mérito do ato controlado em casos expressos, restando o controle na incidência sobre a legalidade/juridicidade da atividade administrativa. Observa ainda que nas hipóteses em que o controle for exercido por agente ou órgão (inclusive poder) diverso daquele que manifestou o ato controlado é imprescindível que seja observada a competência legal ou constitucional para que tal controle possa acontecer. Demonstra também a importância de respeitar o direito adquirido, mesmo que à frente de atos

²⁰ **SÚMULA 346** A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

eventualmente ilegais ou ilegítimos e avaliando a necessidade de extermínio do ato ilegal de acordo com a segurança jurídica, boa-fé e a esperança dos cidadãos atingidos pelo ato de controle.

Em relação ao aspecto do controle, Alexandre Santos de Aragão (2013, p.606) aduz que este poderá ser de juridicidade/legalidade, que levará por consequência à confirmação ou à declaração de invalidade do ato; ou de mérito, o qual consistirá na análise sobre a conveniência e oportunidade do ato administrativo, perpassando sobre o que mais atenderia ao interesse público, e este, via de regra, só seria possível ser realizado pela Administração (revogação de atos administrativos) como prevê a sumula 473 do STF²¹, ou em casos expressos pela CRFB/1988, pelo poder Legislativo, como por exemplo a aprovação da escolha do Presidente do Banco Central, mas jamais pelo Judiciário.

Porém, essa regra geral cai por terra quando o administrador se desviar das premissas traçadas pelo ordenamento jurídico para o exercício da discricionariedade, o que terminará por recair no controle de legalidade.

Alexandre Santos de Aragão (2013, p.606) ainda afirma que este controle poderá ser prévio, quando ocorrerá antes da realização do ato, possuindo assim uma essência preventiva, podendo ocorrer também concomitantemente com a realização da atividade, como por exemplo o acompanhamento de uma execução orçamentária e ainda ser, posterior ou sucessivo, o qual recaíra sobre as atividades já praticadas pela Administração pública, tendo então um caráter repressivo, ou seja, de corrigi-los ou declaratórios, de confirmação (ex.: a homologação do resultado de um concurso público.).

Outro ponto importante quanto a classificação do controle abordada por Alexandre Santos de Aragão (2013, p.607) diz respeito ao agente controlador, podendo ser interno ou administrativo (art. 74/CF)²², quando realizado pelos próprios órgãos ou entidades inseridas na Administração Direta ou Indireta, ou acontecerá de maneira externa quando este for feito por ente diverso à estrutura da Administração controlada.

²¹ Sumula 473/STF A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

²² Art. 74/CF Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...]

Alexandre Santos de Aragão (2013, p.611) traduz o controle interno como sendo o decorrente da subordinação da atividade administrativa aos interesses coletivos consagrados constitucionalmente e ao ordenamento jurídico como um todo e isso faz com que a Administração Pública esteja a todo o tempo verificando se os seus atos são compatíveis com essas premissas, no tocante a invalidação de atos ilegais (controle de legalidade) ou na revogação do atos que entendam ser inconvenientes (controle de mérito). Essa possibilidade de controlar seus próprios atos se trata da consolidação do princípio da autotutela, expresso na sumula 473 do STF já abordada anteriormente.

No que diz respeito ao controle da atividade administrativa pelo Poder Judiciário, Alexandre Santos Aragão (2013, p.620) reitera que este poder age por provocação, pois atua mediante a propositura de uma ação. Destaca ainda a existência de dois sistemas de controle jurisdicional da Administração Pública no Direito comparado. Aquele denominado de “sistema de jurisdição dual”, de origem francesa decorrente da desconfiança que os revolucionários possuíam em relação aos agentes do poder judiciário que eram ligados ao antigo regime, e é utilizado em outros países, como Alemanha, Portugal e Argentina. Nesse sistema, em síntese, o Poder Judiciário não julga as causas que envolvam a Administração Pública, pois estas são julgadas pelo contencioso administrativo (um corpo de agentes equiparados aos juízes comuns) e que possuem independência e estabilidade. Portanto, nesses países existe uma jurisdição administrativa que funciona paralelamente a jurisdição ordinária, sendo encarregada pela maioria dos conflitos que envolvem a administração pública, com exceção daqueles que possuem um cunho de direito privado e a repressão penal.

Já no que se refere ao “sistema de jurisdição una”, Alexandre Santos Aragão (2013, p.621) aponta ser de origem inglesa e norte-americana e aqui todas as discussões são levadas para uma única jurisdição, podendo até ocorrer a especialização dessa jurisdição em órgãos (Varas de Fazenda Pública) ou em ramos (Justiça Federal) para questões que dizem respeito ao Estado.

Ainda aduz que seria contrário ao *Common Law* a existência de uma justiça apenas para julgar as causas que envolvessem uma entidade (no caso a Adm. Pública), e, pior ainda, que esse órgão fizesse parte da sua própria estrutura interna (Aragão, 2013, p.621).

Este sistema de jurisdição una é o adotado pelo Brasil, não negando é claro a influência francesa em nosso Direito Administrativo material. Mas, no que tange a separação dos poderes o Direito brasileiro segue muito mais os Estados Unidos da América Norte do que a França e com isso percebe-se um Direito Administrativo com conceitos e categorias francesas aplicados em uma separação de poderes oriunda do estilo norte-americano.

Ademais, Alexandre Santos Aragão (2013, p.622) faz uma importante observação ao art. 5º, XXXV/CF²³, o qual garante a atuação (apreciação) do poder judiciário quando se estar diante de uma ameaça ou lesão, seja ela individual ou coletiva, o que se conclui que é vedado a imposição de esgotamento da esfera administrativa para que seja possível acionar o poder judiciário. Aduzindo ainda, que quando se tratar de recurso administrativo com efeito suspensivo a Lei do Mandado de Segurança (12.016/2009) expressamente impossibilita o acionamento do poder judiciário, o que está elencado com a falta de interesse de agir e de necessidade do provimento judicial, pois quando o ato se encontra suspenso ele não estará ferindo direitos, salvo nas hipóteses de ação cautelar e preventiva. No tocante a outras situações, o autor discursa que a impugnação judicial não obstaculiza o curso normal do processo administrativo, exceção acontecerá quando a legislação versar em sentido contrário, como acontece por exemplo no processo administrativo fiscal federal, ocasião em que mesmo assim, é questionável na perspectiva do devido processo legal do direito constitucional de petição.

No que diz respeito aos atos administrativos normativos, os quais são genéricos e abstratos, estes não poderão gerar impugnação judicial, salvo se tratando do controle concentrado de constitucionalidade. Mas, o supracitado autor observa que na hipótese de obrigatoriedade de execução concreta por parte das autoridades, estará assim consolidada uma justificativa jurídica plausível para que seja impetrado um mandado de segurança preventivo não contra a norma, mas contra o ato que deverá ser expedido para a sua execução.

Da mesma maneira, Alexandre Santos Aragão (2013, p.623) afirma que hoje não mais se aplica a tese de que o Poder Judiciário só poderá controlar a legalidade estrita

²³ Art. 5º/CF 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: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

dos atos da Administração Pública. Pois aqui, tem-se um conceito amplo de legalidade o que implica engloba todos os princípios da administração pública e recebe uma nomenclatura moderna de juridicidade. Pondera, entretanto, que o Poder Judiciário não poderá interferir onde a Administração tenha atuado de maneira razoável, correspondendo a legalidade e aos seus princípios, pois caso existam várias opções razoáveis o Judiciário deverá respeitar a escolhida pela Administração, ou seja, na hipótese em que existe uma atuação pela Administração Pública dentro dos limites estabelecidos pela Lei de modo que haja contrariamente a nenhuma regra ou princípio, mesmo que contrarie interesses, ela não terá ferido direitos.

Então, para Alexandre Santos Aragão (2013, p.624) é possível reconhecer a análise dos atos administrativos pelo Judiciário somente naqueles casos que, sem dúvida alguma, contrariem regras ou princípios, chamado de “princípio da deferência”.

Este princípio aduz que só poderá ocorrer a interferência judiciária se tratando de opções ou interpretações que demonstrem serem desprovidas de razoabilidade, aquelas que são flagrantemente inconstitucionais ou ilegais. Destacando ainda, que com esse mesmo entendimento já decidiu o Supremo Tribunal Federal em MS n. 12.468: “Não me cabe como juiz dizer se errou na percentagem, mas apenas dizer se o órgão agiu dentro da faculdade que a lei lhe confere. Por outro lado, presumo que agiu com vistas ao interesse público, salvo prova em contrário. ”

O supracitado autor destaca o julgamento do caso *Chevron, Inc. versus Natural Resources Defense Council* 467 U.S. 837 (1984), oportunidade em que a Suprema Corte norte-americana se posicionou no sentido de que quando a Lei permitir mais que uma interpretação plausível, o Judiciário deverá respeitar aquela adotada pela Administração Pública. Este caso consistia em decidir se uma norma de EPA (*Environmental Protection Agency*), a qual estipulava níveis máximos de poluição do ar, estava compatível com o termo genérico de “stationary source”, contido no *Clean Air Amendments* de 1977. Então, o Tribunal entendeu que quando se tem uma vinculação a termos genéricos, desde que não se desrespeite a razoabilidade, a Corte não poderá adotar outra interpretação daquela feita pelo administrador, devendo os juízes dar deferência a este entendimento.

Alexandre Santos Aragão (2013, p.629) ainda esclarece que a atuação do Poder Judiciário sobre comportamentos administrativos poderá trazer por consequência a suspensão dos efeitos jurídicos de determinado ato ou da execução de suas

atividades, inclusive através de liminares; a declaração de invalidade de um ato ou contrato administrativo; uma imposição que obrigue a Administração Pública a se abster de determinado ato, além das obrigações de pagar e indenizar.

Outro ponto importante em que o supramencionado autor aborda é sobre a possibilidade de substituição do ato administrativo pelo poder judiciário, e neste caso, deve-se observar que a princípio se entende apenas que o papel principal deste poder é declarar inválido determinado ato, não cabendo a substituição deste. Porém, o autor entende que em determinados casos concretos o Poder Judiciário poderá atuar suprimindo (em caso de omissão) ou substituindo (em caso de invalidação) quando for possível extrair deste caso elementos objetivos que de acordo com o conjunto jurídico e fático possam levar a aplicabilidade de uma única solução possível para a demanda, ou seja, aqui tem-se apenas uma solução razoável para o caso, pois se tratando de várias alternativas deveria a Administração Pública adotar a que mais condiz com o seu entendimento.

Conclui-se então que os Tribunais podem, alicerçado pelo direito fundamental à tutela judicial efetiva, fazer com que a sentença englobe, além da invalidação de determinado ato administrativo, o estabelecimento da única decisão que diante de todos os fatos apresentados é juridicamente possível.

4 POLÍCIA FEDERAL NO BRASIL

Como depreende-se do sítio oficial do órgão, a Polícia Federal originou-se na Intendência-Geral de Polícia da Corte e do Estado do Brasil, em 10 de maio de 1808. Através do Decreto nº 6.378 de 28 de março de 1944, durante o governo de Getúlio Vargas, o que era a Polícia Civil do Distrito Federal, que tinha localização na cidade do Rio de Janeiro, capital da República à época, foi modificada em Departamento Federal de Segurança Pública – DFSP. A princípio e de acordo com o referido Decreto-Lei, cabia ao DFSP a função de polícia e segurança pública no Distrito Federal e em abrangência nacional os serviços de segurança marítima e de fronteira. Ulteriormente, em decorrência do Decreto-Lei nº 9.353, de 13 de junho de 1946, a competência do DFSP abrangeu-se para todo o território nacional, atuando em alguns crimes específicos como por exemplo relacionados ao comércio clandestino ou a facilitação do uso de entorpecentes.

Apenas em 1964 desenvolveu-se a manutenção do Departamento Federal de Segurança Pública com atuação em todo o território nacional, concretizado através da Lei nº 4.483 de 16 de novembro de 1964, atuando na reestruturação do DFSP.

A Constituição Federal de 1967 trouxe a instituição do Departamento de Polícia Federal, estabelecendo que competia a União a manutenção e organização da Polícia Federal. Ainda em 1967 ocorreu a reforma administrativa consolidada pelo Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro, constituindo assim uma referência na tentativa de superação do sistema burocrático vigente à época, transferindo atividades estatais que eram concentradas na Administração pública direta para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, visando assim uma descentralização funcional e maior eficiência dos serviços públicos.

O Decreto-Lei nº 200/1967, estabeleceu, em seu artigo 210, a mudança de denominação do Departamento de Segurança Pública (DFSP) para Departamento de Polícia Federal. Chega-se então a atual CRFB/1988, a qual manteve a denominação do Departamento de Polícia Federal, apenas em Polícia Federal, intitulada como um órgão de segurança pública prevista no artigo 144, inc. I, com suas atribuições previstas no § 1º deste mesmo artigo.

Então, quando fala-se de Polícia Federal, diz respeito a um órgão permanente instituído por Lei que é organizado e mantido pela União com o objetivo de investigar infrações penais contra a ordem política e social, apurar delitos praticados contra bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, averiguar as demais infrações penais que tiverem repercussão interestadual ou internacional e que seja necessária atuação conjunta e uniforme, prevenir e frear o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afim, prevenir e reprimir o contrabando e descaminho sem que seja prejudicada a ação fazendária de e outros órgãos públicos em sua competência, realizar o serviço de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras e praticar, de forma exclusiva, as funções de polícia judiciária da União.

Ensina Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2015, p.1) que a polícia federal se trata de uma corporação policial brasileira que está subordinada ao Ministério da Justiça, a qual possui como principal função exercer a segurança pública atendendo aos interesses da União e mantendo a ordem pública e incolumidade das pessoas. Pode-se destacar a sua missão, colhida no site institucional: “Exercer as atribuições de polícia judiciária e administrativa da União, a fim de contribuir na manutenção da lei e da ordem, preservando o estado democrático de direito. ”

Em regra geral, se encontra no art. 144 da CRFB/1988²⁴ que a Polícia Federal é responsável por investigar os crimes de natureza federal, porém esta instituição também investiga delitos que não são de competência da justiça federal como por exemplo operação relacionada ao contrabando de armas, tráfico de drogas e combate aos crimes financeiros. Percebe-se também a competência da polícia federal na investigação de delitos cuja prática tenha repercussão internacional ou interestadual e que exija um combate uniforme.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2015, p.1) aduz ainda que as investigações de crimes comuns contra o patrimônio são de competência das policias civis do

²⁴ 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; [...]§ 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.

respectivo estado-membro, porém merece destaque a atuação de quadrilhas criminosas que ultrapassam as fronteiras territoriais e praticam delitos em vários estados, tornando-se assim uma instituição criminosa com participação interestadual, neste caso será exigida a atuação da polícia federal, como dispõe o art. 1º Lei nº 10.446, de 8 de maio de 2002²⁵.

Ressalta ainda, o supracitado autor, que com o surgimento da Lei nº 13.124/2015, que teve publicação em no dia 22 de maio de 2015, ocorreu a alteração da Lei nº 10.446/2002, o que ampliou a competência da polícia federal, incluindo a investigação de crimes contra bancos e caixas eletrônicos²⁶. Tal alteração é consequência de um aumento do número de crimes praticados contra instituições financeiras (bancos e caixas eletrônicos) tendo em vista que quando esses crimes são bem-sucedidos rendem uma quantia significativa de dinheiro que é utilizada para compra de mais armas e artefatos, por isso buscou-se aqui uma punição mais grave para tais crimes diante dos prejuízos que causam a toda sociedade.

Como versa Fabio Trevisan Moraes (2012, p.3), cabe ao Ministério da Justiça através da Secretária Nacional de Segurança Pública exercer diretamente a administração em relação aos órgãos policiais federais: Polícia Federal e a Polícia Civil e Militar do Distrito Federal.

4.1 CARGOS DA POLÍCIA FEDERAL E ESPECIFICIDADES

Na Polícia Federal existe uma subdivisão de cargos que serão ocupados de acordo com características específicas quanto ao desempenho de funções, todos devendo ser preenchidos através de concurso público.

²⁵ Art. 1º Na forma do inciso I do § 1º do art. 144 da Constituição, quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição Federal, em especial das Polícias Militares e Cíveis dos Estados, proceder à investigação, dentre outras, das seguintes infrações penais:

²⁶ Art. 1º O art. 1º da Lei nº 10.446, de 8 de maio de 2002, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VI: Art.1º [...] VI-furto, roubo ou dano contra instituições financeiras, incluindo agências bancárias ou caixas eletrônicos, quando houver indícios da atuação de associação criminosa em mais de um Estado da Federação.

4.1.1 Delegado

Como discorre Marcos Leônico Sousa Ribeiro (2012, p.40), que a figura do Delegado de polícia aconteceu na época imperial, momento em que a autoridade era escolhida entre os magistrados para desempenhar funções judiciais e não apenas policiais. Somente em 1871 foi estabelecido o Decreto que concretizou a separação das funções, passando então o Delegado a desempenhar atividades típicas, parecidas com as exercidas atualmente. Com o surgimento da Constituição Federal de 1988 ocorre um marco legal com a separação dos poderes, a partir disso, quem investiga não faz a acusação e nem julga, efetivando o equilíbrio das partes.

Ainda de acordo com Marcos Leônico Sousa Ribeiro (2012, p.40), entre os agentes do Estado que formam o tripé do processo penal (delegado, promotor e magistrado) o Delegado nessa escala representa o “primeiro garantidor dos direitos do cidadão”, isso é justificado na medida em que o delegado de polícia é o primeiro que se defronta com o evento aparentemente criminoso. É o delegado que irá conduzir toda a investigação, analisando o fato e fazendo a oitiva das partes, elaborando assim o perímetro jurídico inicial e decidindo o que deverá ser feito a partir dali, ou seja, tem-se a incumbência de visualizar os fatos diante do calor dos acontecimentos e preservar as provas matérias provenientes do possível delito. Ressaltando uma das suas funções mais importantes, a qual é defender os direitos do cidadão, seja ele de liberdade ou da integridade física, quando se tratar de prisão imprescindível.

O cargo de Delegado de Polícia Federal requer, por parte do candidato, a formação em ensino de nível superior de bacharel em Direito, com apresentação de diploma devidamente registrado e fornecido por instituição reconhecida pelo Ministério da Educação (MEC), além, é claro, de aprovação em todas as etapas do concurso público.

O Delegado tem a função de instaurar e presidir investigações policiais, guiar e comandar a prática de sindicâncias ligadas a repressão e prevenção de ilícitos penais, envolver-se no planejamento que envolva operações da Polícia Federal, supervisionar e efetivar atividades de caráter sigiloso, assim como desempenhar outras atividades similares que sejam de sua responsabilidade.

Marcos Leônico Sousa Ribeiro (2012, p.41) destaca que além da aprimorada formação jurídica e policial o delegado de polícia necessita ter uma habilidade gerencial para administrar recursos humanos e materiais. Ir além do gosto pela investigação e ter um senso de justiça apurado.

4.1.2 Perito Criminal Federal

O Perito Criminal federal é aquele que realiza exames periciais nos locais que foram cometidas as infrações penais, realizando assim exames em objetos utilizados ou provavelmente utilizados na prática de delitos. Além disso, são responsáveis pela realização de pesquisas interligadas ao serviço, coleta de dados essencial ao complemento do exame pericial, bem como executar outras tarefas similares objetivando o funcionamento ideal da Polícia Federal.

Para o cargo de perito Criminal Federal existem 18 (dezoito) subdivisões, ou seja, áreas específicas de atuação, as quais são necessárias para o perfeito funcionamento da Polícia Federal e assim está disposto no plano de cargos do sítio institucional. Cada área exige uma conclusão de curso de nível superior diferente, de acordo com a atuação.

As subdivisões são as seguintes: Ciências Contábeis ou Ciências Econômicas (Área 1), Eng. Elétrica, Eng. Eletrônica, Eng. de Redes de Comunicação ou Eng. de Telecomunicações (Área 2), Ciências da Computação, Informática, Análise de Sistemas, Engenharia da Computação ou Engenharia de Redes de Comunicação (Área 3), Engenharia Agrônoma (Área 4), Geologia (Área 5), Engenharia Química, Química ou Química Industrial (Área 6), Engenharia Civil (Área 7), Biomedicina ou Ciências Biológicas (Área 8), Engenharia Florestal (Área 9), Medicina Veterinária (Área 10), Engenharia Cartográfica (Área 11), Medicina (Área 12), Odontologia (Área 13), Farmácia (Área 14), Engenharia Mecânica ou Engenharia Mecatrônica (Área 15), Física (Área 16), Engenharia de Minas (Área 17), Engenharia Elétrica (Área 18)

4.1.3 Escrivão de Polícia Federal

O escrivão realiza atividades procedimentais, dando cumprimento as formalidades processuais, observado todos os prazos necessários e lavrando termos, autos e mandados, faz parte da sua função também acompanhar a autoridade policial sempre que necessário e solicitado, em diligências policiais, conduzir veículos, além de praticar outras atividades de natureza policial e administrativa.

O cargo de escrivão tem como requisito diploma de conclusão de curso em nível superior devidamente registrado pelo Ministério da Educação (MEC), independente de área específica.

4.1.4 Agente Policial Federal

Como é possível perceber no plano de carreira, através do sitio institucional da Polícia Federal, pode-se dizer que o agente de Polícia Federal é o executor das operações e investigações policiais presididas pelo Delegado, cumprir medidas de segurança orgânica, realizar outras atividades de natureza policial e administrativa, além de outras atividades similares que lhe forem solicitadas.

Para se tornar agente é necessário atender aos requisitos de passar em todas as etapas do concurso público, incluindo as provas físicas, psicológica e a própria investigação social, além de ter diploma devidamente registrado em qualquer curso de nível superior e reconhecido pelo Ministério da Educação (MEC).

4.1.5 Papiloscopista de Policia Federal

A papiloscopia trata-se da ciência que está envolvida na identificação humana através das papilas dérmicas encontradas na palma das mãos e na sola dos pés, conhecida também como estudo “das impressões digitais”. O papiloscopista desenvolve todo o trabalho de arquivamento, coleta, controle e exercício das atividades periciais papiloscópicas relacionados a análise, codificação, decodificação e pesquisas de

padrões e vestígios papilares. Sendo responsável também por assistir a autoridade policial e promover estudos na área de papiloscopia.

Para ingressar neste cargo é necessário diploma de qualquer curso de nível superior devidamente registrado e reconhecido pelo Ministério da Educação (MEC).

4.2 COMO OCORRE O INGRESSO NA POLÍCIA FEDERAL

O ingresso para a carreira de Policial Federal acontece através de concurso público que compreende prova objetiva e oral, além de testar a habilidade física e psicológica do candidato. Apenas depois da aprovação em todas as etapas do concurso que o candidato entrará para o curso de formação.

Expõe Marcos Leônico Sousa Ribeiro (2012, p.41), que o modelo de seleção para o cargo envolve especificidades objetivando eleger candidatos aptos para assumir tal função que envolve tremenda responsabilidade tanto com a sociedade como com o Estado.

4.2.1 Concurso público

De acordo com Edmir Netto de Araújo (2015, p.319) a França apresenta-se como pioneira da utilização do método do concurso público, a partir da ideia e natureza de competição, com o objetivo de distanciar os menos capazes e a sua utilização frequente culminou em um processo de recrutamento para o serviço público.

Reinaldo Moreira Bruno (2006, p.78-79) destaca o que dispõe o art. 37, II, da Constituição Federal²⁷, o qual versa a respeito do ingresso no serviço público. Aduz assim, que o concurso público se trata de uma regra que assegura a isonomia e impessoalidade na seleção de candidatos para a Administração pública. Destacando

²⁷ 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: 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;

ainda que esta isonomia e impessoalidade devem ser observadas em todas as etapas do concurso, pois se tratam de aspectos de imensurável importância, ou seja, a partir do momento da elaboração do edital até a convocação para o ingresso no cargo ou emprego estes princípios devem ser observados. No próprio art. 37, II, da Constituição federal está previsto as categorias de concurso que são admitidas, as quais são de provas e títulos, de forma que afasta a realidade anterior que previa a possibilidade de realização de concurso somente de títulos.

Outrossim, Manolo Del Olmo (2006, p.78-79) versa que a administração pública poderá escolher, discricionariamente, de acordo com a complexidade do cargo em que se deseja ocupar e dos requisitos legais aplicados, qual a modalidade de concurso deverá realizar. Lembra, porém, que essa discricionariedade deve estar acompanhada do princípio da razoabilidade, oportunidade em que a escolha da realização do concurso em provas e títulos deverá ser destinada a cargos que envolvam maior complexidade, buscando assim uma maior eficiência na escolha.

Já Edmir Netto de Araújo (2007, p.318) aduz que diante da premissa de que “todos são iguais perante a lei e perante a Administração” que surge a necessidade de elaboração do concurso público, pois não existem empregos suficientes para todos que desejam se candidatar, solucionando assim esse problema e escolhendo quem irá exercer a função pública.

Ademais, classifica o concurso público como um requisito formal indispensável para o ato administrativo de preenchimento do cargo público, destacando que a sua não observância torna tal ato nulo, para isso menciona como exemplo o art. 166, IV e V do Código Civil²⁸. O concurso então, diz respeito a um procedimento composto de várias fases realizado pelo Estado com o intuito de apurar as habilidades pessoais de quem se candidata ao cargo público (Araújo, 2007, p.319).

Alexandre Santos de Aragão (2013, p.540) aborda que o concurso deve atender ao seu sentido semântico e ser público, ou seja, acessível a todos aqueles que tenham interesse e divulgado em imprensa oficial. Explica ainda, que quando se tratar de concurso que envolva prova de títulos, o peso dado aos títulos deve ser meramente complementar em relação ao das provas, pois quando se atribui grande peso a títulos

²⁸ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

referentes à experiência de determinada pessoa em um órgão como oportunidade de fazer com que os que já trabalhavam ali anteriormente sejam beneficiados, comete-se aqui um dos vícios mais comuns em concursos públicos.

Alexandre Santos de Aragão (2013, p.544) ainda discorre que as restrições para o ingresso ao serviço público devem ser proporcionais as necessidades da Administração, por exemplo:

Pode-se fixar estatura mínima para o praça da polícia militar, mas não para o seu oficial de saúde; não se pode restringir o preenchimento de vagas no oficialato da polícia militar aos candidatos do sexo masculino; pode-se exigir que as carcereiras dos presídios femininos sejam necessariamente mulheres; a admissão para a função de advogado não pode ter limite de idade.

Versa Edmir Netto de Araújo (2015, p.320) um entendimento gradual da jurisprudência no sentido de que, na Constituição, o concurso público é aquele de provas ou de provas e títulos aberto ao público, permitindo a presença de qualquer interessado que atenda as condições impostas pela Lei e pelo edital.

O prazo de validade do concurso público é outro ponto levantado por Edmir Netto (2015, p.320), citando para isso o art. 37, III, da Constituição Federal, o qual estabelece o período de validade de dois anos podendo ser prorrogado, uma vez, por igual período. Expõe-se ainda que essa prorrogação se trata de uma faculdade da administração pública, não havendo que se falar em direito subjetivo do candidato, ou seja, poderá a administração prorrogar ou não.

Além disso, Edmir (2015, p.322) aduz que, uma vez prorrogada, essa dilação do prazo não necessariamente precisará ocorrer por igual período, O prazo máximo que o concurso poderá ter é de 04 (quatro) anos, sendo dois anos fixados no edital, e se a administração assim entender necessário, a prorrogação por mais dois. Porém, nada impede que a sua validade inicial seja um prazo menor do que dois anos, já que o inciso se refere a um prazo máximo de “até dois anos”. Nesse caso, a dilação do prazo de validade só poderá ser igual ao que fora fixado originariamente, ou seja, caso o concurso tenha prazo de validade previsto em seu edital de 01(um) ano, ele só poderá ser prorrogado por no máximo igual período, que seria mais 01 (um) ano.

Maria Sylvia Di Pietro (2010, p.530) destaca que em referência ao ingresso no cargo público aplica-se o disposto no art. 7º, XXX da Constituição Federal²⁹, proibição explícita de diferença salarial, de exercícios de funções e de critério de admissão que priorize, sexo, idade, raça ou estado civil. Porém, deve-se observar que o art. 39, § 3º, cria uma permissão³⁰ para o estabelecimento de critérios diferenciados de acordo com a natureza do cargo e devendo ser respeitada a proporcionalidade. Versa assim que, embora a intenção principal do poder constituinte seja evitar qualquer tipo de discriminação no momento da admissão, isso não pode ser interpretado de modo absoluto, conforme determina o artigo supracitado. Com base nesse entendimento, cita-se a sumula número 683 da Suprema Corte: O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

Afirma então, que o legislador deverá fixar critérios de admissão observado o princípio da isonomia e só poderá desviar-se e estabelecer exigências específicas quando forem essenciais para a função a ser desempenhada. Ressaltando ainda que o ingresso do servidor público de forma não condizente com as normas pertinentes poderá ensejar a ação popular, observado o art. 4º, I, da Lei nº 4.717/65³¹ (DI PIETRO, 2010, p.531).

Maria Cecília Borges (2009, p.29) discorre que o edital de concurso público se trata de uma peça escrita a qual tem a função de divulgar informações referente as regras relativas ao concurso, devendo obedecer, sempre, os ditames constitucionais. Acentua que a afirmação de que “o edital é a lei do concurso”, tendo este uma livre produção por parte da administração pública, facilita a prática de abusos e fraudes, pois um procedimento direcionado culmina no vício do resultado final do concurso. Deve-se informar então, que a discricionariedade quanto a confecção do edital está limitada pela Constituição Federal e pela Lei.

²⁹ 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;

³⁰ Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. § 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.

³¹ Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º. Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º.

Ademais, Maria Cecília Borges (2009, p.30) destaca que o edital se trata da peça mais importante do certame, pois fixa, em princípios, as regras que todos os candidatos serão submetidos. Destaca que a CF/1988 prevê em seu art. 37, I, o princípio da ampla acessibilidade as funções públicas, então o concurso público não se trata de um princípio, mas sim um procedimento obrigatório para a administração pública no ato de selecionar os seus funcionários. Dessa forma não é possível admitir que cada concurso tenha a edição de seus editais provenientes do livre gosto do administrador público, pois há uma estrutura principiológica que deve ser seguida por todos os entes federativos brasileiros.

4.2.2 Etapas do concurso público para o cargo de policial federal

As etapas a serem enfrentadas no concurso público devem estar descritas no edital, as quais devem ser divulgadas juntamente com a abertura dos respectivos cargos, pois destes dependem. Depreende-se também do sitio oficial da Polícia Federal que as exigências não são solidificadas, podendo assim acontecer modificações futuras que venham a suprimir ou aumentar suas possibilidades a critério da administração pública.

Então, para tanto, é necessário observar um padrão existente nos últimos concursos para ingresso a instituição da Polícia Federal através da análise dos últimos editais.

Pormenorizando o último edital (nº 55/2014 – DPG/DPF, de 25 de setembro de 2014), o qual previa a abertura de vagas para o cargo de agente da polícia federal, tem-se que a seleção seria feita através de duas etapas, sendo a primeira etapa de admissão à matrícula no curso de formação profissional.

Esta primeira etapa compreende as seguintes fases: a) exame de habilidades e conhecimento, examinados através de prova objetiva de caráter eliminatório e classificatório;

b) exame de habilidades e conhecimentos, aferidos por meio de prova discursiva de caráter eliminatório e classificatório;

c) exame de aptidão física de caráter eliminatório;

d) exame médico, de caráter unicamente eliminatório; e

e) avaliação psicológica, de caráter unicamente eliminatório

Pode-se destacar também que de acordo com o último edital, a segunda fase do concurso público compreende no curso de formação profissional, o qual é de responsabilidade da Academia Nacional de Polícia, tendo como sede o Distrito Federal, porém podendo ser realizadas atividades em qualquer unidade da Federação.

O ponto que é objeto de estudo da presente exposição e se demonstra um dos mais importantes no referido edital, encontra-se no item 1.4 (2014, p.2), que discorre a possibilidade de o candidato ser submetido a investigação social em qualquer uma das etapas, em caráter unicamente eliminatório. Essa disposição torna a sindicância da vida pregressa/investigação social uma fase híbrida que pode ser utilizada desde a inscrição do candidato para o concurso público até o ato de sua nomeação, ou seja, o candidato estará sujeito a investigação a qualquer momento do concurso.

Ressalta-se que as etapas anteriormente citadas do certame público, compreendidas todas as suas fases, encontram seu suporte legal no art. 8º, I, do Decreto-Lei nº 2.320³², o qual prevê os requisitos para a matrícula em curso de formação profissional.

4.2.3 Fase da sindicância da vida pregressa e direito de defesa do candidato (stricto sensu)

Ab initio, deve-se observar que a fase da sindicância da vida pregressa está prevista no anexo 5 do edital em análise (2014, p.47), possuindo como lastro legal o Decreto-Lei nº 2.320/1987 e Decreto nº 1.171/1994. A investigação social é justificada pela própria regra do certame como uma necessidade de fixar normas disciplinares de análise da idoneidade moral inatacável e do procedimento irrepreensível que é exigido daqueles que concorrem ao ingresso na carreira policial via certame público.

³² 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.

A competência para o exercício da investigação social no que diz respeito ao ingresso na carreira de Policial Federal é da Diretoria de Gestão Pessoal – DGP, sendo realizada pela Coordenação de Recrutamento e Seleção - COREC/DGP com o auxílio do setor de inteligência policial da Academia Nacional de Polícia – ANP/DGP, contando também com a cooperação de todas as unidades centrais e descentralizadas do Departamento de Polícia Federal.

Além disso, depreende-se dos editais analisados que a investigação social poderá se iniciar a partir do momento de inscrição do candidato no certame até o ato de nomeação, para tanto o candidato receberá em momento oportuno o que é denominado de FIC – Ficha de informações confidenciais, sendo de responsabilidade do candidato o seu preenchimento e atualização durante todo o período do concurso público.

Faz parte também desta fase de sindicância da vida pregressa a apresentação de documentos exigidos, em oportunidade definida no edital de convocação específico. Dentre esses documentos estão:

- I- certidão de antecedentes criminais, das cidades da Jurisdição onde reside:
 - a) da Justiça Federal;
 - b) da Justiça Estadual ou do Distrito Federal;
 - c) da Justiça Militar Federal, inclusive para os candidatos do sexo feminino;
 - d) da Justiça Militar Estadual ou do Distrito Federal, inclusive para os candidatos do sexo feminino;
- II- certidão de antecedentes criminais da Justiça Eleitoral;
- III - certidões dos cartórios de protestos de títulos das cidades onde reside;
- IV - certidões dos cartórios de execução cível das cidades onde reside.

Destaca-se ainda no item 5.3 do referido edital (2014, p.47), o fato de o Departamento de Polícia Federal poder exigir, a qualquer momento durante a investigação social, a apresentação de outros documentos que entendam necessários de forma que possibilitem a comprovação de dados fornecidos pelo candidato ou que esclareçam fatos que o envolvam.

O Departamento de Polícia Federal prevê uma lista de fatos que notados a sua ocorrência podem comprometer a idoneidade moral e o procedimento irrepreensível do candidato, salientando que estes não se esgotam e possuem caráter exemplificativos, dentre eles estão:

- I - habitualidade em descumprir obrigações legítimas;

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

O preenchimento da Ficha de informações confidenciais (FIC) e sua atualização se demonstra bastante importante também, pois o edital do concurso público prevê que será passível de eliminação o candidato que omitir informações ou não expuser a verdade.

No que diz respeito ao preenchimento correto da Ficha de informações confidenciais (FIC) é oportuno evidenciar que existem controvérsias a respeito desta exigência em relação as informações que seriam necessárias ou não de estarem incluídas na Ficha. Isso traz como consequência interposições judiciais de candidatos que se veem injustamente eliminados do certame em decorrência de informações não inseridas no momento de seu preenchimento. Como forma de exemplificar o que fora dito avoca-se abaixo o entendimento da Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

Concurso público. Policial rodoviário federal. Investigação social. Sentença criminal absolutória, por negativa de autoria, com trânsito em julgado previamente às inscrições. **Preenchimento de ficha de inscrição. Omissão. Irrelevância das informações. Exclusão do candidato. Excesso. Viola o princípio da presunção da inocência a exclusão em concurso público de candidato absolvido, por negativa de autoria de prática criminosa, mediante sentença transitada em julgado. A omissão no preenchimento da ficha de informações confidenciais não implica eliminação de candidato se os dados forem irrelevantes, não ensejando, por si sós, a desclassificação.** Precedentes deste Tribunal. Unânime. (ApReeNec 0029032-55.2009.4.01.3400/DF, rel. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocado), em 07/05/2014.) (n.)

Ou seja, examina-se aqui a situação em que o candidato cargo de Policial Rodoviário Federal fora eliminado do certame em decorrência da omissão em sua Ficha de Informações Confidenciais de que havia sido absolvido anteriormente, por negativa de autoria de prática criminosa, através de sentença transitada em julgado. Conclui ainda o TRF-1 que tal exclusão se demonstra desproporcional à medida em que o candidato fora considerado inocente e que as informações exigidas devem ser consideradas relevantes, que quando não fornecidas representem impacto. Além disso, essa decisão estaria violando o princípio da presunção da inocência.

Salienta-se também que quando o candidato se omite em relação a informações importantes que dizem respeito a seus antecedentes criminais e possíveis condutas sociais importantes, é remansoso o entendimento da administração pública no sentido de eliminar o concursando, assim como a manutenção dessa eliminação pelo poder judiciário, quando invocado. Observa-se aqui que tal atitude é vista como uma quebra de confiança/lealdade do candidato para com a administração pública, como é possível avistar abaixo:

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. PRELIMINAR [...]. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA CIVIL. FASE DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL. **OMISSÃO DO CANDIDATO QUANDO DO PREENCHIMENTO DO FORMULÁRIO. EXCLUSÃO. PREVISÃO EDITALÍCIA. QUEBRA DO DEVER DE LEALDADE PARA COM A ADMINISTRAÇÃO.** A OMISSÃO DO CANDIDATO, QUANDO DO PREENCHIMENTO DO FORMULÁRIO DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL, **NO TOCANTE AOS ANTECEDENTES SOCIAIS E CRIMINAIS, REPRESENTA QUEBRA DO DEVER DE LEALDADE DO MESMO PARA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, E CONSTITUI FATOR SUFICIENTE PARA A ELIMINAÇÃO DO MESMO,** QUANDO EXISTENTE REGRA EDITALÍCIA A ESTE RESPEITO. NESTE SENTIDO, NÃO HÁ QUE FALAR EM ILEGALIDADE DA CONDUTA QUE CULMINOU NA EXCLUSÃO DO CANDIDATO, QUANDO O PRÓPRIO EDITAL DO CERTAME, EM SEU ITEM NÚMERO DO PROCESSO: MANDADO D. (TJ-BA - MS: 4190112009 BA 41901-1/2009, Relator: JOSEVANDO SOUSA ANDRADE, Data de Julgamento: 15/10/2009, SEÇÃO CÍVEL DE DIREITO PÚBLICO.)

Por fim, existe a previsão de uma Comissão de Investigação Social, sendo este um órgão de caráter deliberativo que tem como propósito o parecer de idoneidade moral do candidato diante do concurso público para o ingresso no cargo de policial federal. Essa Comissão tem em sua composição um presidente, que é o titular da Coordenação de Recrutamento e Seleção e outros representantes da Divisão de Planejamento e Execução de Concursos – DPLAC/COREC, da Coordenação de Ensino – COEN/ANP, da Coordenação Escola Superior de Polícia – CESP/ANP, da

Coordenação de Assuntos Internos – COAIN/COGER e da Divisão de Contraineligência Policial – DICINT/DIP.

Entre as competências dessa Comissão se encontram as seguintes:

- I- promover à apreciação das informações, indicando infringência de qualquer dos dispositivos elencados no item 6 deste Anexo, ou contendo dados merecedores de maiores esclarecimentos;
- II - deliberar por notificar candidato, o qual deverá apresentar defesa no prazo de 5 (cinco) dias úteis;
- III - analisar e julgar defesa escrita de candidato, fundamentando, expondo os argumentos de fato e de direito, em ata a ser lavrada pelo secretário, que será assinada pelos integrantes da Comissão.

A Comissão que decidir pela eliminação do candidato do certame deverá cientificá-lo para, caso deseje, interpor recurso contra a sua exclusão provisória na fase de investigação social. O recurso deverá ser interposto perante o Diretor de Gestão Pessoal no prazo de dois dias a contar do dia seguinte a cientificação recebida pelo candidato. Caso o candidato não interponha recurso ou tenha o seu recurso indeferido contra a exclusão provisória, este será eliminado de forma definitiva do certame público.

Mauro Roberto Mattos (1998, p.179) se posiciona no sentido de que o Direito Administrativo em sua origem se notabilizou pela concentração do poder real, que aquela época representava a Lei suprema, momento que em era inaceitável qualquer tipo de questionamento judicial contra a coroa, que se caracterizava pelo absolutismo. Contudo, como consequência da Declaração de Direitos Humanou o Direito Administrativo progrediu e passou a adaptar-se com o Estado de Direito, deixando a noção de que a vontade do rei era lei.

A partir de então, o Estado de Direito constitucional passou a espalhar os seus efeitos por todas as ciências jurídicas, evidenciando assim a preocupação com os cidadãos, tendo como marco a inadmissibilidade da intromissão estatal na vida privada dos indivíduos, assim como no campo público a Administração passa a seguir os preceitos legais e deixa de possuir uma sistemática discricionária sem qualquer embasamento legal, pois aqui a lei deve ser respeitada.

A partir de então, tendo a lei como alicerce para o todo o sistema, os atos que passam a ser praticados tanto em fase de sindicância quanto em processo disciplinar, devem obedecer acima de tudo aos princípios constitucionais aplicáveis.

Então, depreende-se do entendimento de Mauro Roberto Mattos (1998, p.181), que se torna necessária tanto na sindicância como no inquérito a garantia ao acusado ou investigado que exercite os meios de defesa cabíveis (ampla defesa e contraditório), objetivando assim que se alcance o mais próximo da verdade, uma vez que no âmbito administrativo-processual o banimento, perseguições e outros meios que impossibilitem a defesa do investigado. Expõe-se então, que a era da “verdade sabida” foi deixada para trás no direito administrativo e qualquer procedimento que tenha caráter disciplinar e proporcione prejuízo para o investigado/acusado deverá possibilitar o exercício de sua defesa.

Vejamos aqui que é totalmente possível a equiparação em relação a sindicância do servidor público já pertencente ao quadro de cargos da Administração com aquele que possui uma real expectativa de ingresso, após logrado êxito na prova do certame para o cargo de Policial Federal e se encontra nas demais fases do concurso. Claro que não se pode fundir as duas sindicâncias, pois aqui se encontra pormenores de cada instituto e uma aplicação legislativa específica para aquele que já compõe o quadro de servidores do Ministério da Justiça, porém deve-se analisar aqui as suas devidas finalidades, aplicabilidade e consequências.

Ou seja, no que diz respeito as consequências geradas, ambas as sindicâncias podem gerar imensurável prejuízo tanto ao certamista quanto ao Policial Federal, veja-se que podem existir graus de prejuízos diferentes, mas deve-se aduzir que ambos possuem as suas esferas particulares afetadas juridicamente, seja por uma impossibilidade de conseguir o ingresso ao cargo de policial federal que tanto almeja ou pela possível perda do cargo em que já ocupa, que poderá ocorrer através de um Processo administrativo disciplinar. É possível também destacar uma convergência quanto a aplicabilidade do art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988, aplicável em todas as situações cotidianas³³, a qual compreende suporte fático que independe de estar inserido em determinado cargo ou não.

Pode-se destacar aqui, que apesar de algumas decisões judiciais caminharem no sentido de que a sindicância da vida progressa não necessita de observância ao

³³ Art. 5º/CF 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: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

contraditório e ampla defesa, o próprio departamento de Polícia Federal prevê em seu edital³⁴ a possibilidade de defesa por parte do certamista, como é compartilhado abaixo:

8 A Comissão de Investigação Social, órgão de caráter deliberativo, que tem por finalidade a avaliação do procedimento irrepreensível e da idoneidade moral inatacável dos candidatos nos concursos públicos para provimento de cargos policiais do Departamento de Polícia Federal é composta por um presidente, o titular da Coordenação de Recrutamento e Seleção, e pelos representantes da Divisão de Planejamento e Execução de Concursos – DPLAC/COREC, da Coordenação de Ensino – COEN/ANP, da Coordenação Escola Superior de Polícia – CESP/ANP, da Coordenação de Assuntos Internos – COAIN/COGER e da Divisão de Contraineligência Policial – DICINT/DIP, e possui as seguintes atribuições:

I- promover à apreciação das informações, indicando infringência de qualquer dos dispositivos elencados no item 6 deste Anexo, ou contendo dados merecedores de maiores esclarecimentos;

II - deliberar por notificar candidato, o qual deverá apresentar defesa no prazo de 5 (cinco) dias úteis;

III - analisar e julgar defesa escrita de candidato, fundamentando, expondo os argumentos de fato e de direito, em ata a ser lavrada pelo secretário, que será assinada pelos integrantes da Comissão.

8.1 Caso a Comissão decida pela exclusão do candidato, este será devidamente cientificado.

8.1.1 O candidato que desejar interpor recurso contra a exclusão provisória na investigação social disporá de dois dias para fazê-lo, a contar do dia seguinte da cientificação

8.1.1.1 O recurso contra a exclusão provisória na investigação social deverá ser dirigido ao Diretor de Gestão de Pessoal.

Depreende-se então que o Ministério da Justiça em conjunto com o Departamento de Polícia Federal possibilitam que o indivíduo excluído do certame através da sindicância da vida progressa apresente a sua defesa, inclusive dispõe sobre a interposição de recurso e que a defesa escrita do candidato deve ser analisada e julgada de forma fundamentada, apresentando todos os argumentos de fato e de direito em ata. Ora, se a própria lei do certame prevê que o candidato tem o direito de apresentar sua defesa, inclusive estipulando prazos e podendo colacionar provas a seu favor, não teria sentido as decisões judiciais contrariarem esse entendimento.

Assim, se compreende através de Mauro Roberto Mattos (1998, p.184) que o ideal para uma sindicância bem estruturada seria observar as seguintes fases: a) instauração; b) apuração; c) instrução; d) defesa; e) relatório e, f) julgamento.

Observa-se que quando falamos da sindicância aplicada ao servidor público que possui cargo efetivo, está se trata de uma fase de procedimento sumário que poderá se transformar em processo administrativo disciplinar, já quando falamos da

³⁴ EDITAL Nº 55/2014 – DGP/DPF, DE 25 DE SETEMBRO DE 2014

sindicância da vida pregressa, este procedimento é uno e capaz de eliminar o candidato do concurso, daí se depreende mais uma importante justificativa para que seja respeitada a ampla defesa e o contraditório.

Maria Cecília Borges (2009, p.30) evidencia que o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e os meios e recursos provenientes dela, como prevê o art. 5º, LIV e LV da CF/1988 são princípios do processo administrativo e, por conseguinte, são aplicáveis ao concurso público os princípios do processo administrativo, sendo também os fundamentos que legitimam o concurso público para a admissão de pessoal na administração pública.

5 AS PREMISSAS ENVOLVIDAS NA ANÁLISE DA VIDA PREGRESSA E A POSSIBILIDADE DA CRIAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS

Para que se possa analisar a compatibilidade do processo de sindicância da vida pregressa adotado no concurso público de policial federal com o ordenamento jurídico, se faz necessário adentrar nos argumentos constitucionais e dos demais ramos normativos que envolvem o objeto de estudo. Percorrer assim, sobre as possíveis violações de garantias fundamentais que possam ocorrer, bem como a possibilidade de adequação desta fase prevista em edital com o momento neoconstitucionalista vivido. A sindicância da vida pregressa baseia-se na subjetividade e no ato administrativo discricionário, de forma que a ausência de uma análise disciplinada por critérios objetivos poderá resultar na irregularidade do ato administrativo e sua posterior anulação.

Como Maria Cecília Borges aborda (2009, p.33), independente de qual método adotado para a avaliação no concurso público, ele deverá ser objetivo, com um padrão e vinculado a natureza do cargo que se está concorrendo. A exigência de objetividade no edital é resultante dos princípios da impessoalidade, da igualdade, eficiência e moralidade.

5.1 MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA

Ab ovo, faz-se importante abordar que a fase de investigação social do indivíduo em sede de concurso público para o cargo de policial federal tem o objetivo de verificar uma conduta moralmente aceita como cidadão, que permaneça dentro dos padrões normais condizentes com uma sociedade politicamente organizada e que impõe ao cidadão certos limites de agir, pois deste possível policial federal será exigida uma conduta compatível com o exercício deste cargo público, de forma em que não reste dúvida a respeito da honestidade, ética, dignidade e outras características indispensáveis ao exercício de tal atividade.

Segundo Schmitt (2013, p.117) os antecedentes criminais referem-se a condutas dos acusados que lhes submeteram a envolvimento judicial anterior, advertindo ainda que os fatos que não tenham relação com uma conduta ilícita (criminosa) poderão ser consideradas na conduta social. Aduz ainda, que compartilha do posicionamento de que o indivíduo só poderá possuir antecedentes criminais caso haja contra si sentença penal condenatória transitada em julgado, aplicando aqui o princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Exemplifica assim, trazendo posicionamento adotado pelo STJ:

[...] Inquéritos policiais ou ações penais em andamento (inclusive, sentenças não transitadas em julgado) não podem ser levados em consideração para fixação da pena-base, em respeito ao princípio constitucional do estado presumido de inocência. Precedentes [...]” (STJ, HC 81262/SP) “A existência de inquéritos policiais instaurados e de sentença condenatória não transitada em julgado, por outro delito, não são aptos à comprovação de maus antecedentes, por causa da garantia constitucional de não-culpabilidade. Como maus antecedentes criminais, por força do art. 5º, LVII, da Constituição da República, entende-se a condenação transitada em julgado, excluídas aquelas que configuram reincidência (art. 64, I, CP). Ordem CONCEDIDA para reduzir a pena-base imposta ao paciente.”(STJ - HC: 49253 DF 2005/0179070-2, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 30/05/2006, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 01/08/2006 p. 554)

Porém, Schmitt (2013, p.118) destaca, com extrema relevância, que esse nem sempre foi o entendimento o qual compartilha o Supremo Tribunal Federal, como percebe-se abaixo:

[...]Os maus antecedentes representam os fatos anteriores ao crime, **relacionados ao estilo de vida do acusado e, para tanto, não é pressuposto a existência de condenação definitiva por tais fatos anteriores**. A data da condenação é, pois, irrelevante para a configuração dos maus antecedentes criminais, diversamente do que se verifica em matéria de reincidência [...]” (STF - HC: 95585 SP, Relator: ELLEN GRACIE,

Data de Julgamento: 11/11/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-07 PP-01593 RJSP v. 56, n. 374, 2008, p. 163-170)

Schmitt (2013, p.118) revela, respeitosamente, não ser adepto deste posicionamento já adotado pela Suprema Corte, pois caminha em sentido totalmente contrário ao princípio da não-culpabilidade. Alega não considerar racional o entendimento de que inquéritos policiais ou processos penais em andamento possam ser considerados para fins de maus antecedentes. No tocante ao inquérito policial, este possui natureza de procedimento administrativo, o qual não existe nem a incidência do contraditório e ampla defesa, existindo apenas uma “possibilidade” de instauração de ação penal. No tocante ao processo penal, deve-se levar em consideração o longo caminho que terá que percorrer até que seja prolatada a sentença, existindo ainda a possibilidade deste ser de cunho absolutório e extinguir a punibilidade. Com apoio no que fora explanado acima que Schmitt (2013, p.119) afirma ainda, que inquéritos policiais e processos penais já arquivados (sem a ocorrência de sentença penal condenatória transitado em julgado), da mesma forma, não podem ser considerados para a existência de maus antecedentes. Nesse mesmo sentido entende o STJ:

[...] Ante o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade, é defeso ao Magistrado considerar como maus antecedentes os registros policiais e judiciais em nome do réu para efeito de majorar a pena-base. Precedentes. [...]” STJ - HABEAS CORPUS Nº 59.070 - DF (2006/0103639-0)

Além disso, Schmitt (2013, p.120) considera que, mesmo se tratando de sentença penal condenatória, se esta estiver pendente de transito em julgado, não poderá servir para figurar os antecedentes criminais, pois não existe ainda a preclusão da coisa julgada. Afirma então que a circunstância judicial dos antecedentes só é possível atingir o “agente capaz” que possui contra si uma sentença penal condenatória transitado em julgado, ou seja, chancelada pelo Estado. Trata-se aqui de agente capaz, pois os atos infracionais cometidos por crianças e adolescentes, em sede de representação, e sancionados através de medidas de proteção e sócio-educativas não poderão servir para configurar antecedentes criminais, mesmo que a decisão tenha sido transitada em julgado.

Nelson Leite Filho (289, p.489) discorre que o indivíduo será considerado primário após passar 05 (cinco) anos sem praticar um novo crime, após o cumprimento da condenação anterior ou da extinção da pena, pois assim dispõe o art. 64, I do CP³⁵.

Se compreende por reincidência a ato de cometer novamente um crime, podendo ser o mesmo (específica) ou outro crime (genérica). A não aplicação da reincidência faz com que o indivíduo se beneficie da primariedade, a qual traz vários dispositivos no Código Penal, como por exemplo a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por privativa de direito e do cumprimento de apenas 1/3 da pena para obter o livramento condicional.

Já a reincidência poderá causar vários efeitos negativos como por exemplo aumentar o prazo de cumprimento da pena para que possa ter o benefício do livramento condicional, pressupõe uma periculosidade da pessoa, impede a concessão do *sursis* (suspensão condicional de execução da pena), além de não ser possível reconhecer de circunstancia atenuante.

5.2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA X INVESTIGAÇÃO SOCIAL DA VIDA PREGRESSA

Adentra-se aqui em um dos núcleos do presente estudo, versando sobre premissas que merecem abordagem minuciosa devido as suas importâncias. *Ab ovo*, cabe ressaltar que tanto a presunção da inocência quanto a sindicância da vida pregressa para o ingresso em cargos públicos possuem respaldo jurídico pelo nosso ordenamento (Constitucional), percebe-se isso através dos artigos 37, caput (moralidade administrativa), e 5º, LVII (presunção da inocência), ambos da CRFB/1988³⁶.

³⁵ Art. 64 - Para efeito de reincidência: I- não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

³⁶Art. 37/CF 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**[...]; 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: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Nestor Távora (2015, p.51) afirma que este princípio foi inserido expressamente na CRFB/1988, porém já se utilizava dele anteriormente por uma interpretação sistêmica de forma implícita. Comunica que a CRFB/1988 abordou o princípio da presunção de inocência de forma mais extensiva que a Convenção Americana de Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil: Decreto 678/1992), oportunidade em que se proclamou que todo indivíduo acusado de cometer uma infração tem o direito que se presuma a sua inocência, no tempo em que não seja comprovada legalmente a sua culpa. Traz também como consequência deste princípio a regra geral da “liberdade” antes de transitado em julgado a sentença condenatória, o encarceramento deve ser utilizado em situações extremamente excepcionais. Para Nestor Távora duas regras fundamentais são provenientes do princípio da presunção de inocência, as quais são: a regra probatória, que corresponde ao fato da parte que acusa carregar a responsabilidade de demonstrar a culpa do acusado; e a regra de tratamento, a qual proíbe a imposição de qualquer juízo condenatório ou de culpabilidade antes da sentença transitado em julgado.

Então, Alberto Nogueira Júnior (2007, p.1) aborda que por um lado tem-se a exigência de um indivíduo ter uma boa conduta social, o que está interligado com sua postura funcional e personificação da administração pública através da sua pessoa, de forma a identificar que ele conduz a sua vida pessoal (privada) de maneira equivalente a postura que se deve apresentar na função pública, com moralidade.

Por uma outra visão, também prevista constitucionalmente, tem-se o princípio da presunção da inocência e é entre ambas as premissas que existe um espaço nebuloso a ser estudado, pois percebe-se uma antinomia quanto a aplicabilidade desses institutos em casos concretos, principalmente no que diz respeito ao ingresso em cargos públicos, que aqui foca-se na carreira de Policial Federal. Há aqui um risco, por exemplo, quanto a eliminação de um candidato que futuramente seja considerado inocente, ou de permitir o ingresso ao cargo público de um concursando que não possua as condições mínimas para o exercício das suas funções, carecendo de idoneidade moral, o que é imprescindível no âmbito da Administração Pública.

O estudo aprofundado do que foi proposto perpassa pela explanação da real justificativa atrelada a etapa tida como “sindicância da vida pregressa”. A qual, reduzindo em pormenores, visto que se trata de tópica de grande abrangência, nada mais é do que um critério que a administração pública utiliza objetivando aperfeiçoar

o processo seletivo, da maneira em que o candidato investigado transmita confiança não só para Administração Pública como para a sociedade de que quando no exercício de suas funções tomará atitudes condizentes com sua vida privada, ou seja, se trata de uma conclusão prévia que poderá ser confirmada em momento futuro ou não, na etapa de estágio probatório.

Por isso, entende-se então que a investigação social poderá ser a mais ampla possível, imposta de forma unilateral e inquisitorial, sem que haja qualquer participação do concursando (candidato) no momento de sua realização e que também não será limitada as ações criminais, cíveis ou de qualquer outro tipo, ou seja, aqui abre-se um espaço discricionário para que a administração escolha qual a melhor maneira de apurar se determinado candidato é digno de confiança ou não para proteger a sociedade atuar na área da Segurança Pública, no caso do Policial Federal.

Paulo Busato (2009, p.222) entende que não se deve trazer qualquer tipo de consideração a respeito dos antecedentes quando o indivíduo (réu) não tenha sido condenado com trânsito em julgado, devendo-se respeitar o acolhimento constitucional a presunção da inocência, derivada do princípio da culpabilidade.

Assim, quanto a presunção da inocência, o que se torna pertinente para o tema aqui abordado é a proibição de restrições antecipadas a direitos dos cidadãos, considerados aqui no âmbito de candidatos do concurso público, devido ao fato do mesmo responder a qualquer ação judicial ou estar envolvido em inquérito policial. Pode-se assim demonstrar a aplicabilidade desse princípio, com o entendimento jurisprudencial infracitado:

DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. PRELIMINAR. CONTINUIDADE DO CERTAME. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. NÃO OCORRÊNCIA. ATO ADMINISTRATIVO. CONTROLE DE LEGALIDADE. POSSIBILIDADE. SINDICÂNCIA DE VIDA PREGRESSA E INVESTIGAÇÃO SOCIAL. INQUÉRITO POLICIAL E TERMO CIRCUNSTANCIADO. AUSÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO. ELIMINAÇÃO DO CANDIDATO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. PRECEDENTES. SENTENÇA REFORMADA [...].4. A exclusão de candidato de certame unicamente em razão de responder a inquérito policial viola o princípio constitucional da não culpabilidade, previsto pelo art. 5º, inc. LVII da CF. Precedentes do c. STF, e. STJ e deste e. TJDF. 5.RECURSO CONHECIDO. APELAÇÃO PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. (Acórdão n.844350, 20140110422008APC, Relator: ALFEU MACHADO, Revisor: FÁTIMA RAFAEL, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 28/01/2015, Publicado no DJE: 09/02/2015. Pág.: 255).

Percebe-se então que diante dessa contradição de posicionamentos respaldados pela própria Constituição Federal, que Alberto Nogueira Júnior (2007, p.2) entende que é perfeitamente possível que o Poder Judiciário, no exercício de suas funções, exerça o controle da razoabilidade dos motivos expostos que a administração pública utilizou para excluir determinados candidatos do certame público.

No entendimento de Paulo Busato (2009, p.216) nenhuma penalização poderá ser originada de afirmações inseguras a respeito de culpa, pois o sistema jurídico-penal brasileiro consolida o princípio da inocência, visto que para punir alguém é necessário que seja demonstrada a sua culpabilidade e enquanto isso não acontecer não há que se falar em castigo. Assim também compartilha da percepção de que não poderá influenciar negativamente na pena do indivíduo, qualquer registro criminal (em caráter de antecedentes), que não seja proveniente de sentença transitada em julgado.

Afirma que a reabilitação tem natureza declaratória, oportunidade em que é declarado (reconhecido) que o indivíduo se encontra reabilitado e apto para o convívio social (Busato, 2009, p.220).

5.2.1 A possibilidade de exclusão do candidato baseada em processo penal/inquérito policial em andamento.

Ab initio, observa-se a necessidade de superar o devido assunto abordado através de etapas, pois o que aqui se traz como “maus antecedentes” perpassa por várias vertentes que podem, de certa forma, se encaixar ou não neste instituto.

Então, faz-se bastante pertinente perpassar pela questão que envolve os inquéritos policiais/processos penais em andamento, oportunidade em que ainda não se tem a constatação de culpa por parte do candidato que concorre ao cargo público, muito menos a condenação penal transitado em julgado.

Partindo deste ponto, pode-se aduzir, de início, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça adotam, atualmente, posicionamentos comuns, no sentido de que inquéritos policiais e processos penais em andamento não são suficientes para desacreditar a postura moral e idoneidade do candidato que concorre ao concurso público, demonstra-se abaixo:

INFORMATIVO Nº 828 – STF

Presunção de inocência e eliminação de concurso público (Transcrições) (v. Informativo 825) RE 560900/DF* RELATOR: Ministro Roberto Barroso 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 [...]** 2. A lei pode instituir requisitos mais rigorosos para determinados cargos, em razão da relevância das atribuições envolvidas, como é o caso, por exemplo, das carreiras da magistratura, das funções essenciais à justiça e da segurança pública (CRFB/1988, art. 144), sendo vedada, em qualquer caso, a valoração negativa de simples processo em andamento, salvo situações excepcionalíssimas e de indiscutível gravidade. 3. As duas proposições acima correspondem às teses do presente julgado, para fins de repercussão geral. **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. [...] A exclusão do impetrante na seleção para o Curso de Formação de Cabos pela mera denúncia oferecida pelo Ministério Público extrapola o razoável, tornando-se uma decisão tendenciosa, **pois, enquanto não condenado por sentença transitada em julgado, há de se presumir a inocência do acusado, conforme regra constitucionalmente preconizada. Assim, tem-se como inaceitável a presunção prevista no Decreto Distrital nº 7.456/83, bem como no edital do certame, de que determinado candidato não possui aptidão por estar sendo processado criminalmente.** Recurso improvido. Unânime. [...] 6. Admitido o feito na origem, sem que tenham sido oferecidas contrarrazões (fls. 148), os autos subiram ao STF. 7. A repercussão geral do tema versado nos autos foi reconhecida pelo Plenário Virtual. Voto: I. A hipótese 1. Conforme já relatado, e nos termos da manifestação do relator originário, Min. Joaquim Barbosa, ao submeter o tema ao Plenário Virtual, **a controvérsia a ser decidida consiste na “definição acerca da validade da restrição posta aos candidatos à aprovação em concurso para provimento de cargo ou função pública, fundada na existência de denúncia criminal”.** [...] 3. **Como já anunciado no relatório, o caso envolve uma ponderação de diferentes bens jurídicos com assento constitucional, não podendo ser solucionado a partir de um tradicional raciocínio silogístico.** [...] 4. A primeira etapa do raciocínio, portanto, é a identificação das normas jurídicas pertinentes. **De um lado, destaca-se o princípio da presunção de inocência, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CRFB/1988, art. 5º, LVII). Embora se trate de um princípio afeto à seara penal, a jurisprudência corrente desta Corte o expandiu para outros domínios, tais como o direito administrativo, que rege a controvérsia ora em exame [...]** 3. A jurisprudência da Corte firmou o entendimento de que viola o princípio da presunção de inocência a exclusão de certame público de candidato que responda a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória.” (ARE 753.331-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli – destaques acrescentados). “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. MAUS ANTECEDENTES. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRECEDENTES. [...] 7. Reforçando o peso do princípio da presunção de inocência, encontram-se os princípios da liberdade profissional (CRFB/1988, art. 5º, XIII) e o da ampla acessibilidade aos cargos públicos (CRFB/1988, art. 37, I), este último corolário dos princípios republicano, da isonomia e da impessoalidade, a impedir que o ingresso no serviço público – e a progressão funcional – sejam obstados com base em perseguições ou discriminações ilegítimas,

respeitados os requisitos validamente estabelecidos em lei, como preveem as próprias normas constitucionais. [...] **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. 35. **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.** [...] V. Conclusão 41. Diante do exposto, conheço do recurso extraordinário, nego-lhe provimento e proponho a fixação das seguintes teses: (1) como regra geral, a simples existência de inquéritos ou processos penais em curso não autoriza a eliminação de candidatos em concursos públicos, o que pressupõe: (i) condenação por órgão colegiado ou definitiva; e (ii) relação de incompatibilidade entre a natureza do crime em questão e as atribuições do cargo concretamente pretendido, a ser demonstrada de forma motivada por decisão da autoridade competente; (2) a lei pode instituir requisitos mais rigorosos para determinados cargos, em razão da relevância das atribuições envolvidas, como é o caso, por exemplo, das carreiras da magistratura, das funções essenciais à justiça e da segurança pública (CRFB/1988, art. 144), sendo vedada, em qualquer caso, a valoração negativa de simples processo em andamento, salvo situações excepcionalíssimas e de indiscutível gravidade. 42. A fim de preservar a segurança e a estabilidade das relações jurídicas, por se tratar de mudança de jurisprudência, proponho que a orientação ora firmada não se aplique a certames já realizados e que não tenham sido objeto de impugnação até a data do presente julgamento. 43. Publicada no DOU, Seção 1, Edição nº 103, p. 2, em 1º.6.2016. Secretaria de Documentação – SDO Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados – CJCD

Como depreende-se do informativo nº 828 do STF, pode-se aduzir que a Suprema Corte brasileira, atualmente, entende ser desproporcional o ato administrativo que elimina o candidato por este responder a inquérito policial / processo penal em andamento. Demonstra-se para o STF, uma clara violação ao princípio da presunção da inocência consolidado pela CRFB/1988. Outrossim, destaca que a eliminação de candidatos utilizando cláusulas ou conceitos gerais, como é o caso da “idoneidade moral”, através de uma análise subjetiva da administração pública, viola os princípios Republicano, da impessoalidade e da ampla acessibilidade aos cargos públicos.

Por outro lado, percebe-se através da análise do aludido informativo que a administração pública defende uma livre discricionariedade em busca de seus interesses. Prega que o princípio da presunção da inocência tem o objetivo de aplicar a limitação temporal dos efeitos da condenação penal, mas não de amansar a

avaliação administrativa a respeito de fatos desabonadores da conduta do candidato. Ademais, diz que a matéria em apresso deve ser regida pelos princípios da supremacia do interesse público, moralidade e probidade, que ocasiona na necessidade de eliminação dos candidatos que violem parâmetros razoavelmente estabelecidos. Acrescenta que a eliminação de candidatos não está vinculada somente a existência de inquérito policial ou processo penal, mas também a hipóteses previstas no regulamento como desvio de comportamento e idoneidade moral.

A Administração também fundamenta a sua defesa com embasamento nos argumentos utilizados pelo STF o declarar a constitucionalidade da Lei 135/2010 (Lei da Ficha limpa). Como votou o ministro Ayres Brito à época, dizendo entender pela constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010 e sinalizou que a Constituição brasileira deve ser mais rígida quanto ao combate da imoralidade e improbidade. O ministro ainda declarou que a Lei da Ficha Limpa tem o objetivo de “mudar uma cultura perniciosa, deletéria, de maltrato, de malversação da coisa pública, para implantar no país o que se poderia chamar de qualidade de vida política, pela melhor seleção, pela melhor escolha dos candidatos, candidatos respeitáveis”.

Por último, a caráter complementar, cabe ressaltar que este entendimento ora ou outra encontra divergência. À medida em que já existiram e ainda persistem, ainda que em menor quantidade, decisões que entendem pela possibilidade de eliminação do candidato independente de sentença transitado em julgado, o que se distancia assim de um entendimento remansoso a ponto de proporcionar um nível razoável de segurança jurídica ao administrado. Tal ambiente divergente gera a reflexão de que o princípio da presunção da inocência é invocado dependendo do caso concreto em questão, tendo grande influência o cargo em que se está concorrendo, como percebe-se abaixo:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. CANDIDATO NÃO RECOMENDADO PARA O CARGO. LEGALIDADE DO ATO DE SUA EXCLUSÃO DO CERTAME. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA. [...] 5. **O princípio da presunção de inocência tem aplicação no âmbito criminal, não interferindo nas investigações sociais realizadas nos concursos públicos, onde o que se busca é aferir, do ponto de vista objetivo, se o candidato possui idoneidade moral inatacável e procedimento irrepreensível, abrangendo sua conduta social e moral como um todo;** [...]7. Inexistente a alegada ofensa ao princípio da legalidade, já que a investigação social estava prevista no edital; ao princípio do devido processo legal, pois foi conferida oportunidade de defesa ao apelante; e ao princípio da razoabilidade, uma vez que as restrições feitas à conduta do apelante foram

perfeitamente razoáveis, considerando-se a importância do cargo; 8. Apelação improvida. (TRF-5 - AC: 424418 CE 0000219-08.2005.4.05.8101, Relator: Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Data de Julgamento: 16/10/2008, Terceira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 28/11/2008 - Página: 326 - Nº: 232 - Ano: 2008) (negritei)

5.2.2 Da função ressocializadora da pena

No momento em que a prisão se tornou a primordial resposta penológica, principalmente a partir do século XIX, confiou-se na possibilidade de que esta pudesse lograr êxito na reforma do delinquente. Esse entendimento otimista perdurou por muitos anos, no sentido de que a prisão fosse o melhor instrumento para atingir todas as suas finalidades da pena e que seria possível assim recuperar o delinquente. Contudo, pontua que este pensamento otimista sucumbiu e que nos dias atuais predomina uma visão descrente, já sem muita expectativa do resultado que a prisão tradicional possa alcançar, aduzindo inclusive, diante de tantas críticas, que a prisão está em crise (BITENCOURT, 2007, p.83).

Esse colapso atinge também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que a grande maioria das críticas feitas a esse instituto diz respeito a impossibilidade do apenado obter algum efeito positivo (BITENCOURT, 2007, p.84).

Prossegue Cezar Roberto Bitencourt (2007, p.84) que o encarceramento demonstra incapacidade para exercer uma influência educativa sobre o condenado, existindo assim uma carência de eficácia inibitória diante do delinquente. Tais críticas são provenientes do fato de retirar o condenado do seu meio de vida, afastando-o dos seus familiares, além, é claro, das marcas que a passagem pela prisão deixa. Como consequência disso o referido autor aduz que é necessário descobrir outras penas compatíveis com os dias atuais, que logrem êxito ao exercerem as suas funções, pois hoje, indiscutivelmente, são ineficientes. A partir disso propõe-se que a pena privativa de liberdade seja aperfeiçoada e quando necessário e recomendável, seja substituída.

Ademais, recomenda que ocorra uma restrição de aplicabilidade das penas privativas de liberdade apenas para condenações de longa duração e que sejam voltadas para aqueles delinquentes que são considerados perigosos e de improvável recuperação, dirigindo-se assim em busca de novos caminhos para a pena privativa de liberdade (Bitencourt, 2007, p.84).

Katie Arguello (2007, p.135) versa a respeito do que ela denomina de “Fábricas de exclusão”, afirmando que os sistemas punitivos empregados pelo Estado se tornaram uma alternativa de separar da sociedade os indivíduos inadmissíveis no mercado de trabalho, consequência de uma aplicabilidade intensa do Estado penal em detrimento do Estado social. Traz-se como exemplo o ocorrido nos Estados Unidos, em que nos últimos anos foi quaduplicada a população carcerária, isso se deu não pela majoração dos crimes violentos, mas sim pela abrangência do aprisionamento para delitos de menor potencial ofensivo, com o intuito de normalizar o trabalho precário.

Por conseguinte, Katie Arguello (2007, p.141) aborda que a ideia de um direito penal eficiente se origina a partir de um decréscimo das garantias fundamentais e processuais, ao ponto em que a supressão destas prenuncia a transformação de um Estado democrático de direito para o Estado penal.

Bitencourt demonstra (2007, p.85) que esse grande questionamento acerca da pena privativa de liberdade não ocorre somente no Brasil, mas também em outros países. Afirma-se repetidamente que “o problema da prisão é a própria prisão”, que desmoraliza, brutaliza e denigre o apenado. Por isso a importância da aplicabilidade dos chamados “substitutivos penais”, pois estas constituem formas mais eficazes e humanizadoras de controle social.

Outrossim, Cezar Roberto Bitencourt (2007, p.86) descortina, de forma concisa, alguns argumentos que justificam a ineficácia da pena privativa de liberdade, dentre eles o ambiente carcerário artificial, antinatural e a difícil missão de tornar sociais aqueles que são taxados de antissociais, e que estão afastados da comunidade livre se juntando com outros antissociais. Compartilha então da ideia de que é muito difícil ressocializar uma pessoa que cumpriu uma pena, pois a sociedade pouco irá se importar com o motivo pelo qual o indivíduo esteve preso, mas somente o fato do mesmo ter passado por uma penitenciária ou não.

Além do mais, aborda que a alta taxa de reincidência tem sido um fator comprovador da ineficiência da pena privativa de liberdade, totalmente contrário à ideia de que durante o cumprimento da pena os internos são submetidos a um tratamento ressocializador, apontando inclusive que as estatísticas dos mais variados países são desanimadoras, independentemente de suas concepções políticas, econômicas ou sociais/culturais (BITENCOURT, 2007, p.88).

Através do pensamento de Anabela Miranda (2000, p.68) pode-se afirmar que a reinserção social não é defensável pelo Estado, por que desse jeito se mantem os grupos marginalizados pela sociedade. Alerta que adotando uma visão jurídico-constitucional não existe uma justificativa plausível para que se deixe de dar oportunidade ao aprisionado de se preparar a viver em sociedade, lhe fornecendo uma oportunidade de desempenhar as suas capacidades. Além disso, a supramencionada autora (2000, p.85) argumenta que a escolha por uma política criminal de reinserção social tem como base os fundamentos éticos do Estado de direito social, que possui como objetivo possibilitar condições de livre crescimento da personalidade ética do cidadão e de defesa aos seus direitos fundamentais.

Merece ressaltar a tratativa de Cezar Roberto Bitencourt (2007, p.107) no que diz respeito ao objetivo ressocializador “mínimo”. Para o autor a ressocialização é um instituto complexo que não apresenta respostas definitivas, não podendo assim ser tratado de forma simplista. Destaca que se a ressocialização for tratada de maneira simples os resultados serão consequentemente insatisfatórios.

Importa aqui ressaltar o aspecto da prevenção terciária abordado pela criminologia moderna, que consiste em evitar que o indivíduo cometa a reincidência. Entra-se então em um aspecto fundamental que envolve as diretrizes deste objeto de estudo, ou seja, o fato da ressocialização não ser de responsabilidade única das disciplinas penais. Não se pode colocar todo o peso da ressocialização do indivíduo nas costas das disciplinas penais para alcançar a completa ressocialização do condenado e ignorar os outros meios de programas que o Estado e a sociedade devem fornecer para o indivíduo, como por exemplo família, escola, igreja, trabalho e etc.

A readaptação social vai além daquilo que as disciplinas penais abordam e ultrapassa o aspecto penitenciário. Ou seja, aqui pode-se abordar a função do Estado em contribuir para que o indivíduo consiga se reinserir na sociedade e este aspecto adentra em uma linha tênue sobre a sindicância da vida pregressa e possíveis eliminações de certames públicos.

Desenvolvendo tal temática que Cezar Roberto Bitencourt (2007, p.107) reitera que, modernamente, a ressocialização acontece como uma faculdade dada ao agente social para que, de maneira natural, ajude a si próprio a no futuro não cometer novos delitos, consolidando aquilo que se chama de “tratamento ressocializador mínimo”.

O supracitado autor aduz ainda, que seria impossível exterminar a delinquência, mas isso não faz com que se extinga o compromisso da sociedade para com o indivíduo o qual deseja se ressocializar (BITENCOURT, 2007, p.108).

Anabela Miranda (2000, p.86), adequando-se ao conceito de reinserção social que é exigido e utilizando como fundamento o processo de “correção” do indivíduo, alerta que a assistência oferecida, o tratamento que se propõe, só é possível colher resultados quando se tem a colaboração/vontade do indivíduo que a recebe, ou seja, o envolvimento com a ação educadora faz com que os impulsos ressocializadores sejam bem-sucedidos.

Outrossim, Anabela Miranda (2000, p.98) destaca que espírito da “ressocialização” se transformou através da doutrina alemã, cuja a sua aplicabilidade vai além do sistema penitenciário. A amplitude que seu conceito alcança acaba por dificultar a aplicabilidade, ao ponto em que se demonstra necessária uma seleção conceitual e a partir disso conseguir aprimorar críticas sobre tal instituto.

Trazendo o que por hora fora dito, de maneira conclusiva, pode-se dizer que a exclusão do candidato do certame público, proveniente da fase da sindicância da vida pregressa tendo como justificativa sentença penal condenatória anterior caminha em sentido contrário até mesmo ao chamado “tratamento ressocializador mínimo”, pois neste caso o agente social ajudou a si próprio para reinserção no meio social, mas encontrou-se barrado pelo Estado na tentativa de voltar de maneira digna ao mercado de trabalho.

Anabela Miranda (2000, p.106) revela que todo programa de ressocialização terá como objetivo principal a inserção do indivíduo em uma sociedade de maneira a viver em harmonia, principalmente no que diz respeito as atividades sociais essenciais, como por exemplo: família, escola, trabalho, possibilitando assim que o agente social supere o afastamento social que faz parte. O crime então surgiria como uma escassez de socialização e o agente ativo do delito aparece como um indivíduo que falhou diante das normas básicas da sociedade. O proposito então, seria de ajudar no que diz respeito ao processo de aprendizagem deficitário ou ineficiente fazendo com que o agente social se torne consciente e capaz de não cometer mais desvios perante as normas sociais.

Na percepção de Anabela Miranda (2000, p.112) a ressocialização ou reinserção social não pode ser tratada como uma imposição de conteúdo moral como uma simples “meta” no agente que praticou determinado delito, mas sim em “facultar caminhos” que o agente consiga lograr o seu desenvolvimento humano através deles, pois aqui se pretende uma interiorização das normas por parte do indivíduo.

Como parecer conclusivo, discorre que um dos grandes problemas que culminam na falta de efetividade da ressocialização é a responsabilidade excessiva por parte do Estado e a participação quase que nula da sociedade nesse processo. Ora, está intrínseco na ideia de ressocialização uma reconciliação do agente que cometeu a infração com a sociedade e isso deve acontecer através de um esforço de ambas as partes, fazendo com que a logística adotada institucionalmente não venha a falhar (Anabela Miranda, 2000, p.145).

Vale salientar ainda, que caminhando na mesma direção da função ressocializadora da pena, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou o programa “começar de novo”. Este programa visa sensibilizar os órgãos públicos e a sociedade civil para que forneçam postos de trabalho e cursos de capacitação profissional para presos e egressos do sistema carcerário, objetivando promover a cidadania e diminuir a reincidência de delitos. Através desse programa o Conselho Nacional de Justiça criou o “Portal de oportunidades”, que consiste em uma página de internet responsável por reunir possibilidades de trabalho e cursos de capacitação oferecidos para presos e egressos do sistema carcerário.

Além disso, merece ênfase o instituto da reabilitação previsto no art. 94 do Código Penal³⁷.

Na percepção de Paulo Busato (2009, p.218-219) a reabilitação tem o objetivo de garantir o sigilo sobre os registros de antecedentes criminais do apenado. O autor proclama também que o instituto da reabilitação não cuida simplesmente de remover os registros criminais do indivíduo, pois o art. 202 da Lei de execuções penais³⁸

³⁷ Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado: I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido; II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado; III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

³⁸ Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à

prelucida de forma expressa que ocorrerá o sigilo de registros do indivíduo imediatamente após o cumprimento da pena. Questiona-se então, por que o apenado teria que aguardar 02 (dois) anos para obter o mesmo benefício. Paulo Busato aduz que não se pode falar em sucessão legislativa ou em especificidade do instituto, pois ambos os dispositivos legais são específicos e da mesma época, diga-se, entraram em vigor na mesma data. Ou seja, o autor conclui que a reabilitação não se limita apenas a pretensão da extinção dos registros criminais do indivíduo. No intuito de desvendar a proposta da reabilitação, Busato faz referência ao item 83 da exposição de motivos do Código Penal³⁹ e aduz que a reabilitação do cidadão significa que ele se encontra em totais condições de retornar ao convívio em sociedade, sem que haja nenhuma restrição aos exercícios de seus direitos. Aborda então, que o objetivo principal do instituto é recompor a dignidade pessoal do cidadão e reintegrá-lo à comunidade, recuperando assim um prestígio moral.

Ademais, Guilherme Nucci (2015, p.21) inclui entre os princípios do Direito Penal o da “Humanidade”. Na visão do autor este princípio significa que o sistema penal deve orientar-se pelo humanitarismo e garantir o bem comum da coletividade, incluindo também aqueles que foram condenados. Destacando que estes não poderão ser marginalizados/excluídos da sociedade, somente por que transgrediram a norma penal, tratados de forma desumana e como se fossem coisas ou animais. Como consequência disso existe previsão constitucional no sentido de proibição de penas de caráter perpetuo, banimento, dentre outras.

condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

³⁹ 83. Segundo o Projeto, a reabilitação não tem, apenas, o efeito de assegurar o sigilo dos registros sobre o processo e a condenação do reabilitado, mas consiste, também, em declaração judicial de que o condenado cumpriu a pena imposta ou esta foi extinta, e de que, durante dois anos após o cumprimento ou extinção da pena, teve bom comportamento e ressarciu dano causado, ou não o fez porque não podia fazê-lo. Tal declaração judicial reabilita o condenado, significando que ele está em plenas condições de voltar ao convívio da sociedade, sem nenhuma restrição ao exercício de seus direitos.

CONCLUSÃO

Veja-se que diante de tudo que fora abordado na presente monografia, deve-se salientar o quão complexo é conceber alternativas para solução de conflitos que envolvem a sindicância da vida pregressa para o ingresso no cargo público, o qual trabalha-se aqui com o Departamento de Polícia Federal. *Ab initio*, é pertinente aduzir que todo o trabalho foi conduzido tendo em apreço as mais variadas vertentes de entendimento, apontando doutrina pátria e até aquelas provenientes do exterior, sendo ambas de extrema importância para a compreensão de aspectos principiológicos, técnicos, jurídicos e sociais/culturais que envolvem a investigação social.

Perpassou-se pela observação detalhada de editais de concursos públicos que preveem uma fase eliminatória conceituada como sindicância da vida pregressa/investigação social para o cargo de policial federal. Uma passagem elementar e extremamente perceptível é o fato da Administração pública utilizar parâmetros subjetivos e atuar de forma discricionária quanto a análise da vida pregressa do candidato, mesmo ao prever determinadas hipóteses enquadradas como uma “má conduta social”, trata-se apenas de um rol exemplificativo, ou seja, aberto para a inclusão de outras situações as quais a administração pública considere pertinentes.

Apesar dessa avaliação ter caráter discricionário, não é razoável trata-la como um “cheque em branco” para ser preenchida ao gosto da administração.

Neste momento, já se faz necessário observar que esta fase do certame público a qual o candidato é submetido, é notadamente polêmica quanto a sua juridicidade, veja-se que é possível contraria-la através de princípios que são fundadores do nosso ordenamento jurídico, ocorre então uma desmoralização da segurança jurídica, ou seja, o administrado não possui nenhuma segurança e se encontra, como se não bastasse, mais vulnerável ainda em sua relação com a Administração Pública, sem possuir a mínima noção do que poderá acontecer.

Ademais, percebe-se que esta fase do certame público é desenvolvida com a relativização de princípios fundamentais, como por exemplo a presunção de inocência, oportunidade em que existe uma presunção de culpabilidade do

concurando. É possível aduzir isso a partir de decisões administrativas que, na fase de sindicância da vida pregressa, eliminam o candidato ao cargo de policial federal por este responder a inquérito policial em andamento, sem ter sequer uma sentença condenatória penal transitado em julgado em seu desfavor. Atenta-se aqui que o candidato ao cargo de policial federal também sofre a ameaça de ser eliminado do certame público pela simples análise de fatos sociais que a administração pública considere relevantes e não aceitáveis para o exercício da função.

Ora, não se pode deixar de expor que, mesmo com a previsão em edital da possibilidade de exclusão do candidato quando verificada a ocorrência de algumas hipóteses, não importando se tratar de previsão implícita ou taxativa, qualquer regra inserida no edital deve estar em conformidade com a Constituição Federal.

Não cabe ao certame público criar regras desligadas da juridicidade, com existência verificada em si mesmo, pois o Estado Democrático de Direito é voltado para a sociedade e não para a Administração Pública. Os direitos fundamentais servem justamente como mecanismos de limitação da atividade administrativa, como forma de proporcionar ao agente social (administrado) um mínimo de segurança e evitar determinadas arbitrariedades, atitudes desproporcionais.

É importante explicitar que a percepção conclusiva deste trabalho não é a favor da elaboração de certame público que não se atenha a meios eficientes de selecionar os melhores candidatos possíveis para exercer um cargo tão importante, em uma instituição de imensurável respeito como é o Departamento de Polícia Federal. Qualquer instituição, seja ela pública ou privada, tem o direito de tentar amenizar os seus riscos e contratar as pessoas que considerem com habilidades suficientes para o exercício dos mais variados cargos.

Não se nega aqui que a fase de investigação da vida pregressa é muito interessante para administração pública e também para toda a sociedade, quando se possui a intenção de preferir pessoas probas, capacitadas e idôneas. Porém, ele não poderia, de forma alguma, ultrapassar os limites impostos pelo poder constituinte originário, o qual norteia as atividades administrativas e é a razão de existência do Estado Democrático de Direito.

O controle judicial do ato administrativo surge como uma alternativa de restaurar a violação aos direitos fundamentais e estabelecer um mínimo de segurança jurídica aos cidadãos.

Como Daniel Sarmiento aborda, não há que se falar em dois ordenamentos jurídicos diferentes, sendo um público (em que a administração está presente) e outro aplicado nas relações privadas entre os cidadãos. A ordem jurídica é una e tem em seu núcleo a Constituição Federal, o indivíduo é o “valor-fonte” do ordenamento jurídico e não o Estado.

Outrossim, os indivíduos que foram julgados culpados, observado o devido processo legal, com sentença penal condenatória transitado em julgado e que já cumpriram suas penas, carregam consigo, uma visão preconceituosa da sociedade pelo resto de suas vidas, deixando de ser sociáveis e vistos como pessoas incapazes de exercerem suas atividades normalmente.

Como se não bastasse essa exclusão/discriminação proveniente da sociedade e atrelada a questões sociais/culturais, a Administração Pública também vem se posicionando no sentido de pertinência do ato de eliminação do certame público de indivíduos que foram condenados e já cumpriram suas penas.

É possível afirmar, em um humilde posicionamento conclusivo deste trabalho, que tal atitude vai contra a dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal, além de se enxergar, *mutatis mutandis*, como uma forma de perpetuação da pena (expressamente proibida no art. 5º, XLVII, b), da Constituição Federal/1988) e posição totalmente antagônica ao caráter ressocializador da pena, cada vez mais desrespeitado e distante das decisões administrativas.

Percebe-se, pois, que a melhor solução para harmonização entre a fase do certame correspondente a sindicância da vida pregressa e o ordenamento jurídico seria a criação de critérios objetivos, com vinculação a um rol taxativo que expusesse todas as possibilidades em que o candidato poderá ser eliminado do certame.

Nesse sentido, seria necessária uma compatibilização desses critérios de exclusão com a ordem jurídica constitucional, respeitando os direitos e garantias fundamentais do cidadão, ao ponto em que a pessoa que já cumpriu a sua pena e buscou a sua reabilitação não poderia ser excluída do certame.

Noutro ponto, seria mais razoável aguardar e preservar os interesses privados dos candidatos em continuarem no certame público, mesmo aqueles que estão sendo submetidos a inquéritos policiais ou processos penais. Explica-se que a soma dos interesses privados corresponde ao dito “interesse público”, que se consolida ao assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos e cria uma segurança para toda a sociedade.

Respeitar-se-ia assim o contraditório, a ampla defesa, a presunção da inocência, dentre outros sustentáculos constitucionais. Pois, não tem como prever se o inquérito policial irá se transformar em um processo penal e se o processo penal poderá resultar na condenação do candidato através de sentença com trânsito em julgado.

Ora, a Constituição Federal não consente uma aplicação parcial do princípio da presunção de inocência, ao contrário, ela assegura que que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A eliminação do concurso além de culpar, *mutatis mutandis*, aparece, em si, como uma pena aplicada pela administração pública que extrapola o seu âmbito.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. *In*: SARMENTO, Daniel (coord.). **Interesses Públicos versus Interesses privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª triagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ARGUELLO, Katie. Do Estado Social ao Estado Penal: Invertendo o discurso da ordem. *In*: Walter Barbosa Bittar (coord.). **A Criminologia no Século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo. *In*: SARMENTO, Daniel (coord.). **Interesses Públicos versus Interesses privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª triagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Criminologia crítica e o mito da função ressocializadora da pena. *In*: Walter Barbosa Bittar (coord.). **A Criminologia no Século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 19. Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BORGES, Maria Cecília Mendes. Editais de concursos públicos e seus elementos padrões diante dos princípios constitucionais. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Minas Gerais, v. 70, n. 1, p. 28-53, jan-mar. 2009.

BRASIL. **BBC Notícias**. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-37030120>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

_____. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em 23 out. 2016.

_____. **Código Civil**: Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016.

_____. **Código de Processo Penal.** Decreto-Lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 ago. 2016.

_____. **Código Penal:** Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de setembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm> Acesso em: 22 set. 2016.

_____. **Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. **Constituição da República Federal do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 02 abr. 2016.

_____. **Convenção Americana de Direitos Humanos:** Pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 14 out. 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 2.320 de 26 de janeiro de 1987.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2320.htm>. Acesso em: 01 set. 2016.

_____. **Edital concurso Polícia Federal.** Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/servicos-pf/concursos/edital/agente-de-policia-federal-2014/editais-e-comunicados-apf-2014>>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____. **Exposição de motivos do Código Penal: Parte Geral.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 01 out. 2016.

_____. **Lei complementar n 135/2010:** Lei da Ficha Limpa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm>. Acesso em: 11 ago. 2016.

_____. **Lei de execuções penais:** Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 02 out. 2016.

_____. **Lei nº 8.987/1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 02 abr. 2016.

_____. **Lei nº 9.784/1999.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. **Lei n. 10.446/2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10446.htm>. Acesso em: 13 out. 2016.

_____. **Portal da Polícia Federal**. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br>>. Acesso em: 01 set. 2016.

_____. **Portal Papiloscopia**. Disponível em: <<http://www.papiloscopia.com.br/>>. Acesso em: 05 set. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Súmulas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 30 de maio 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. STJ - HABEAS CORPUS Nº 59.070 - DF (2006/0103639-0). Relator: Min. Gilson Dipp. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em: 01 out. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. AI 842925 SP. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 23 ago. 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20622901/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-842925-sp-stf>> Acesso em: 02 abr. 2016.

_____. **Sistema de Gestão e Ética do Poder Executivo Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6029.htm> Acesso em: 06 out. 2016.

_____. **Tribunal Regional Federal da 5ª região**. AC: 424418 CE 0000219-08.2005.4.05.8101, Relator: Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Data de Julgamento: 16/10/2008 Terceira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 28/11/2008 - Página: 326 - Nº: 232 - Ano: 2008). Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

_____. **Tribunal Regional Federal – 1ª Região**. ApReeNec 0029032-55.2009.4.01.3400/DF, rel. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocado), em 07/05/2014. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual>>. Acesso em: 17 set. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. Acórdão n.844350, 20140110422008APC, Relator: ALFEU MACHADO, Revisor: FÁTIMA RAFAEL, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 28/01/2015, Publicado no DJE: 09/02/2015. Pág.: 255. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 21 maio 2016.

BRUNO, Reinaldo Moreira; DEL OLMO, Manolo. **Servidor Público: Doutrina e Jurisprudência**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2006.

BUSATO, Paulo César. *In*: Marcus Alan de Melo (coord.). **Ciências Criminais: Articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República**. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2009.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2009.

CATANENSE, Elisabeth. **Os limites do Poder Discricionário da Administração Pública**. Disponível em:

<http://www.acopesp.org.br/artigos/Dra.%20Elisabeth%20Catanese/LIMITES%20DO%20PODER%20DISCRICION%C3%81RIO%20DA%20ADMINISTRA%C3%87%C3%83O%20P%C3%9ABLICA__BE_GI_CA_ok.pdf> Acesso em: 22 maio 2016.

CHARAMBA JUNIOR, Elias. A fase de investigação social nos concursos público: moralidade administrativa x proibições casuísticas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 152, set 2016. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17863&revista_caderno=22>. Acesso em: 10 out 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed. atual. e ampl. Salvador: Editora Saraiva, 2014.

DIAS, Fábio Coelho. **O sistema penal e o processo de ressocialização brasileiro**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8456>. Acesso em: 10 out 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. _____. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Polícia Federal: ampliação da competência.

Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4370, 19 jun. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40180>>. Acesso em: 13 out. 2016.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17ª ed. atual. por Fabrício Motta. Salvador: Editora Saraiva, 2012.

HEIDEGGER, Martin. **Nietzsche**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEITE FILHO, Nelson. Antecedentes Criminais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revistas dos Tribunais Ltda.: ago. 2000, vol. 778.

MADALENA, Luís Henrique. **Discricionariedade Administrativa e Hermenêutica**. Salvador: JusPodivm, 2016.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Direito de defesa em sindicância. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 211: jan./mar 1988. Rio de Janeiro: Ed. Renovar/FGV.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

DIAS, Fábio Coelho. **O sistema penal e o processo de ressocialização brasileiro**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8456>. Acesso em: 10 out 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MORAES, Fabio Trevisan. Polícias federais: o problema da má gestão dos recursos . **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3155, 20 fev. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21121>>. Acesso em: 13 out. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 11 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FERNANDES, Francisco Luiz; FERNANDES, Thallita Maria Moreeuw. **Princípio da Juridicidade**. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/mnt/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13405&revista_caderno=9> Acesso em: 21 maio 2016

NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. **Eliminação de candidato em concurso público**. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1575, 24 out. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10563>> Acesso em: 21 maio 2016.

PESTANA, Marcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RIBEIRO, Marcos Leônico Sousa. Delegado de Polícia – O primeiro garantidor de direitos do cidadão. **Revista Jurídica Consulex**. a. 16, v. 373. 1º ago. 2012. Brasília: Ed. Consulex.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito**. São Paulo: IBCCrim, 2000.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Interesses Públicos versus Interesses privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª triagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Interesses Públicos versus Interesses privados: Desconstruindo o**

Princípio de Supremacia do Interesse Público. 2ª triagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória.** 8ª ed. ver. amp. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2013.

SOARES NETO, José Andrade. A crise dos paradigmas da administração pública: Uma perspectiva sob a ótica do neoconstitucionalismo. *In*: OLIVEIRA, Paulo Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (Coord.). **Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros – Perspectivas Atuais do Direito Público em Tempos de Crise.** Vol. 1. Salvador: Jus Podivm, 2015.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal.** 10 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2015.

TORON, Alberto Zacharias. A Constituição de 1988 e o conceito de bons antecedentes para apelar em liberdade. **Revista de Processo.** vol. 73, mar. 1994. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais Ltda., 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código: a função social do contrato. **Revista dos Tribunais.** São Paulo: Rev. dos Tribunais, vol. 94, n. 831, jan. 2005.

WEBER, M. **Metodologia das Ciências Sociais.** São Paulo: Cortez, 1995. Tradução de Augustin Wernet.