



**CENTRO UNIVERSITÁRIO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
UNIPAC
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARCOS ANTUNES MEDEIROS MARTINS

**RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE CANDIDATO EM CONCURSO PÚBLICO QUE
RESPONDE A PROCESSO CRIMINAL: OFENSA AO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

**BARBACENA
2019**

RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE CANDIDATO EM CONCURSO PÚBLICO QUE RESPONDE A PROCESSO-CRIME: OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Marcos Antunes Medeiros Martins¹
Geisa Rosignoli²

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a realizar uma análise quanto à restrição de candidato em concurso público que responde a processo criminal, tema que teve reconhecida a sua repercussão geral em 2007, pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, devido a várias demandas propostas junto ao Judiciário versando sobre a mesma matéria. O agora relator do processo paradigma, Ministro Roberto Barroso, no Recurso Extraordinário n. 560.900, que aborda a temática, afirmou em seu voto que para a eliminação ser válida, ela tem que estar em harmonia com os princípios gerais que norteiam os concursos públicos, e principalmente o princípio constitucional da presunção de inocência e que, além dessas observações, necessitaria do trânsito em julgado da decisão condenatória e que a condenação fosse incompatível com o cargo pleiteado. Ademais, a decisão não pode ser fundamentada de forma abstrata, caso contrário, acarretaria sua nulidade.

PALAVRAS-CHAVE: Concurso Público. Presunção de Inocência. Moralidade. Repercussão geral.

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública, no uso das suas prerrogativas descritas em lei necessita mobilizar o contingente humano para realizar a atividade de administrar e gerir a coisa pública, sempre com vistas à supremacia do interesse público em detrimento do particular.

¹Acadêmico do 9º período do Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC Barbacena/MG – E-mail: marcosantunesmarkim@gmail.com

²Professora orientadora. Mestre em Direito Público pela UNESA/RJ. E-mail: geisarosignoli@hotmail.com

Surge então a obrigatoriedade de selecionar o material humano que comporá o conjunto administrativo cumpridor da atividade para qual foi criada.

Tal seleção, obedecendo aos requisitos constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, se dá, normalmente, através de concurso público, com publicação de editais de seleção, exceto quando para atender caráter de urgência e de excepcional interesse público, objetivando a imparcialidade e a ampla concorrência, com iguais oportunidades aos candidatos que desejam ingressar na carreira pública.

A Carta Constitucional de 1988 não faz previsão clara referente à realização dos certames seletivos, podendo estes apresentarem diferentes formas, desde que previstas em Lei, e também de acordo com a natureza e complexidade do cargo a ser exercido. O art. 37, I, da Constituição Federal, estabelece que, para o preenchimento dos cargos, funções e empregos públicos no país, aplica-se o preceito da acessibilidade, garantindo essa possibilidade a todos os brasileiros e estrangeiros que atenderem aos requisitos, de acordo com a previsão legal. Esse conjunto de normas, que define os requisitos e parâmetros para o acesso ao serviço público, deve ser respeitado rigorosamente pelos administradores. Desta forma, gera, assim, no que tange aos parâmetros exigidos, um direito subjetivo para os candidatos a essas vagas. Com isso, fica vedada qualquer possibilidade de discriminação abusiva, o que constitui flagrante e desrespeito ao princípio da isonomia.

Trata-se de uma escolha meritória, que pode ser por meio de exames e provas de títulos, conforme a natureza e a complexidade do cargo, previstos em lei. Assim, deve o administrador levar em consideração o princípio da razoabilidade quanto às exigências do certame, evitando abusos e as condutas ilegítimas.

A falta de uma lei nacional que defina a realização dos concursos públicos, cria certa insegurança jurídica aos participantes, pois em muitas situações deixam por conta da própria administração conduzir determinadas fases da seleção, principalmente no tocante ao quesito “idoneidade moral”, iniciada através de apresentação de certidões negativas, tendo cada vez mais a interferência do judiciário na fixação do que seria ou não constitucional exigir nos concursos públicos. Sendo assim, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de afronta a Carta Magna, vez que, sendo o guardião da constituição, incumbe-lhe

assegurar o veredicto nas questões de clara divergência ao texto constitucional onde haja resistência ao exercício de direitos fundamentais. O problema ocorre quando a Administração falha ao elaborar as normas do certame e se contradiz, ditando regras confusas ou ambíguas que acabam por prejudicar os participantes por uma falha do próprio órgão público, que deve pautar suas ações na mais estrita previsibilidade e acaba por muitas vezes “infringindo as regras do jogo”. Nesse compasso, devem ser selecionados os candidatos que cumpram os requisitos exigidos em edital, que é o documento principal da seleção, pois este é o que vai nortear todo o certame, fazendo lei entre as partes. O agente público deve ser revestido de toda a integridade e probidade para lidar com a coisa pública, representando de maneira direta ou indireta a Administração Pública no interesse da coletividade. O agente público deve trazer consigo a moral necessária a representar o ente público em toda a sua plenitude realizando de maneira concreta o ato de administrar.

Entretanto, surge uma questão interessante durante o ato de seleção de candidatos quando o assunto é a idoneidade moral e conduta compatível com as funções a serem exercidas, que é um dos requisitos corriqueiros constantes nos editais, em que traz como exigência “possuir idoneidade moral e conduta ilibada” que se faz comprovar, muitas vezes, com a apresentação de certidões da Justiça comum relativas a cometimento de infrações de natureza civil, criminal, eleitoral e administrativa (caso em que o candidato já é, ou tenha sido, servidor público).

O fato de constar um procedimento de qualquer natureza na certidão apresentada, mesmo esta sendo negativa, já enseja motivo de contraindicação do candidato que, mesmo lhe sendo oferecido o contraditório e a ampla defesa, este é eliminado do certame pela justificativa de ser presumidamente incompatível com os critérios de seleção exigidos.

O problema que se coloca é saber se é constitucional a eliminação do candidato apenas por constar contra ele um procedimento que não foi totalmente apurado, sem conclusão de culpa? Isso fere o princípio constitucional da presunção de inocência? Tal ato configura abuso de poder discricionário da Administração Pública?

Sem o intuito de esgotar o assunto, mas com a finalidade de realizar uma abordagem crítica sobre esse tema, recorrente em inúmeros tribunais do País, o presente trabalho trará no primeiro capítulo, a abordagem do instituto do concurso

público, declinando a sua origem histórica e a competente natureza jurídica. No capítulo seguinte discorrerá sobre a moralidade pública em contraste com a moralidade comum, apontando quais seriam as qualidades intrínsecas que o candidato, em tese, deve trazer consigo e outras que, por ventura, decretariam sua incompatibilidade.

No terceiro capítulo é abordado o princípio da presunção de inocência, como conquista histórica do Estado Democrático de Direito, em que não poderá ser o indivíduo considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória a qual passa a ser irreversível e imutável, e como recentemente este instituto foi mitigado pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista uma condenação penal em segunda instância proferida por órgão colegiado a qual autoriza o início de execução de pena e se também ofende ao princípio do duplo grau de jurisdição.

2 O CONCURSO PÚBLICO E O INGRESSO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No tocante a origem dos concursos públicos, podemos dizer que teve suas raízes históricas no século XIX. Os cargos e funções públicas, naquela época, se constituíam em meros privilégios individuais e de uma seleta minoria. Antigamente, o poder era concentrado nas mãos de uma só pessoa que representava as três esferas que temos atualmente, o Executivo, Legislativo e Judiciário. O monarca era quem liderava, redigia as leis e as executava, sendo que seus auxiliares eram por ele nomeados, de acordo com o grau de afinidade e fidelidade, exercendo o poder livremente e infinitamente com status de donos do cargo. Não existia carreira administrativa, tão pouco qualquer tipo de fiscalização e controle quanto a seus atos (CRETELLA JÚNIOR, 1998).

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, o qual teve como marco significativo a Revolução Francesa de 1789 que deu origem a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, início do Estado Moderno, as oportunidades foram disponibilizadas de forma igualitária a todos.

Dado a este fato, evidenciou-se a possibilidade do provimento de seleção mediante concurso público, que segundo CRETELLA JÚNIOR (1998) “se desenvolveu, na França, a partir de Napoleão, depois de renhidas lutas contra seus opositores, beneficiados por outros sistemas” (CRETELLA JÚNIOR, 1998, 455-460)

Esses mecanismos, ou formas, para seleção de agentes públicos, ao longo da história, foram os seguintes: sorteio, compra e venda, herança, arrendamento, nomeação, eleição e concurso, que foram definidos resumidamente, da seguinte forma:

1. Sorteio: meio utilizado na Antiguidade clássica, pelas Comunas Italiana da Idade Média e, em especial, pelos gregos de Esparta e de Atenas ficou famoso pelas circunstâncias especiais em que cargos de natureza política eram sorteados. Existia o sorteio puro (que se aplicava a pessoas que passavam pelo crivo de um processo seletivo) e o sorteio condicionado (aplicado a pessoas que reuniam determinadas condições apreciáveis dentre os que poderiam ser escolhidos para os cargos públicos);
2. Compra e venda: consiste na alienação, pelo Estado a particular, a título oneroso, dos empregos públicos. Sistema utilizado na Idade Média, principalmente na França;
3. Herança: também instituído na Idade Média, tratava-se de um sistema de ingresso nos cargos públicos por meio de hereditariedade;
4. Arrendamento: meio pelo qual o Estado cedia cargos públicos aos particulares, por prazo determinado e mediante uma quantia arrecadada aos cofres públicos. Teve origem feudal;
5. Livre nomeação absoluta: forma de designação para o cargo público efetuado por um só indivíduo, sem a interferência de qualquer poder;
6. Livre nomeação relativa: a contrário da livre nomeação absoluta, este sistema perfaz-se em ato administrativo complexo, onde o ato para se tornar perfeito e acabado necessita da manifestação de vontade de um poder sob a aprovação de outro poder;
7. Eleição: consiste a eleição na escolha do funcionário pelo sufrágio, direto ou indireto;
8. Concurso: processo normal de provimento da maioria dos cargos públicos na época moderna. Série complexa de procedimentos para apurar as aptidões pessoais apresentadas por um ou vários candidatos que se empenham na obtenção de uma ou mais vagas e que submetem voluntariamente seus trabalhos e atividades a julgamento de comissão examinadora (AGLANTZAKIS, 2003, online).

Ainda sobre a parte histórica dos concursos públicos, segundo Aglantzakis (2003), a primeira Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, não previu em seus artigos nenhuma disposição acerca de concurso público. A Constituição de 1934 foi a primeira constituição brasileira a dispor sobre a previsão da acessibilidade dos cargos públicos por meio de concurso público, sem distinção de sexo ou estado civil e, apenas cumprindo as determinações que a lei estatuir. As Constituições de 10 de novembro de 1937 e 18 de setembro de 1946 praticamente acolheram a redação da Constituição de 1934. A Constituição de 24 de janeiro de 1967 estabelece, em seu art. 95, parágrafo primeiro, que “a nomeação para cargo público de provas ou de provas e títulos exige aprovação prévia em concurso público”.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, foi a que trouxe mais inovações acerca do tema, até porque foi considerada a Constituição cidadã e a mais democrática das constituições históricas brasileiras.

Essa Constituição passou a exigir o concurso público de provas ou de provas e títulos para o ingresso nos cargos e nos empregos públicos em seu art. 37, Incisos I e II (AGLANTZAKIS, 2003, online)

Na atual conjuntura da sociedade, onde o desemprego assola milhões de trabalhadores surge uma oportunidade de melhorar as condições de vida através do cargo/emprego público. Levados pelas garantias de estabilidade no emprego, melhores vencimentos, saúde digna para si e seus dependentes, com atendimento mais humanitário através de estabelecimento de convênios, enfim, vários são os atrativos disponibilizados à carreira pública, que se faz mediante seleção dos mais capacitados para exercê-la.

Carvalho Filho (2001, p. 472) nos fornece uma definição subjetiva deste instituto, vejamos:

Concurso Público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecidas sempre à ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.

A ocupação dos cargos públicos passa dos simples laços de afinidade para requisitos formais a serem cumpridos como forma de ingresso no serviço público, compreendendo a natureza administrativa do processo.

O concurso público surgiu, no direito brasileiro, aplicável a situações específicas para as quais houvesse exigência legal e para os cargos organizados em carreira, sendo exigível, em relação a estes, tão somente para o provimento no cargo inicial da carreira, visto que para os demais cargos componentes da carreira o provimento dava-se por meio de sucessivas promoções. Em 1937, quando da promulgação da nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil, foi mantido, pelo art. 156, a, abaixo transcrito, o instituto do concurso público em relação a cargos de carreira, o que também ocorreu em relação à Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 1946, por meio de seu art. 186. Foi somente com a promulgação, em 1967, da Constituição do Brasil, artigo 95, abaixo transcrito, que o concurso público passou a ser obrigatório para o provimento de todos os cargos públicos, excetuando-se os cargos em comissão.

Carvalho Filho (2001, p.472) nos fornece uma definição subjetiva deste instituto, vejamos:

Concurso Público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecidas sempre à ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos

Moreira Neto (1994, p.202-203) já define concurso público, conforme o princípio da legalidade:

O concurso, formalmente, considerado, vem a ser procedimento administrativo declarativo de habilitação à investidura, que obedece a um edital ao qual se vinculam todos os atos posteriores. O edital não poderá criar outras condições que não as que se encontram em lei.

Meirelles (1999, p.387)) entende que o concurso público é o meio técnico:

Posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo propiciar igual oportunidade a todos interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou do emprego, consoante determina o art. 37, II, CF.

A Constituição Federal de 1988 traz de maneira clara em seu artigo 37 como deve ser o provimento dos cargos públicos e o comportamento da Administração quanto a seleção de candidatos, vejamos:

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

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

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

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

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

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos

previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (...)

Note que a Administração tem que se ater aos princípios explícitos em lei não possibilitando a proceder de outra maneira, e se tal vir a acontecer, haverá ainda a possibilidade de correção de seus atos pelo judiciário, mediante provocação da parte interessada.

2.1 Princípios do direito administrativo brasileiro.

Os princípios fundamentais que orientam a Administração Pública brasileira estão contidos no texto constitucional de 1988, seja de forma explícita, ou de maneira implícita. Vale ressaltar, que há certa divergência doutrinária quanto a nomenclatura e a quantia dos mesmos, entretanto, é possível destacar alguns deles, conforme será abordado a seguir.

Dentre os princípios explícitos de nossa Constituição Federal que regem o direito administrativo, vale ressaltar os contidos no caput do artigo 37 da Constituição Federal, são eles: publicidade, eficiência, impessoalidade, moralidade e legalidade.

Por outro lado, há princípios em nosso ordenamento jurídico, como por exemplo, a supremacia do interesse público que estão implícitos, mas de grande relevância, porquanto também norteiam a Administração Pública.

2.1.1 Princípio da supremacia do interesse público

Embora a supremacia do interesse público seja um princípio implícito, este decorre das instituições adotadas pelo nosso ordenamento jurídico. Segundo Marcelo Alexandrino, trata-se de um princípio característico de direito público, sendo um dos pilares do regime jurídico-administrativo, trazendo fundamento a todas as prerrogativas da Administração Pública na busca dos fins impostos pelas leis e pela Constituição Federal.

Neste sentido, pode-se concluir que o princípio da supremacia do interesse público é de fundamental importância para se alcançar os mais diversos fins públicos da coletividade, porquanto, prevalecerá o interesse público em detrimento ao interesse particular.

Um exemplo claro da aplicação deste princípio são nos casos de desapropriação de imóveis para que no local ocorram obras públicas em benefício da coletividade. Na ausência da supremacia do interesse público, a Administração Pública se encontraria engessada nos mais diversos âmbitos, como nesta hipótese supramencionada. Vale ressaltar, que a Administração Pública não deve atuar de forma abusiva na aplicação deste princípio, devendo atuar de forma ponderada, conforme será abordado mais adiante.

Entretanto, conforme ensina o doutrinador Vicente Paulo, mesmo sendo a supremacia do interesse público um princípio fundamental para a Administração Pública, o mesmo não se encontra diretamente presente em todas as atuações da Administração Pública. A aplicação prática deste princípio ocorre nas situações em que a própria Administração Pública atua com poder de império, ou atos de império. Isto é, atos impostos coercitivamente pela Administração Pública, restringindo ou condicionando a atuação do ente privado em relação a Administração Pública.

2.1.2 Princípio da indisponibilidade do interesse público

Segundo Vicente Paulo, os bens e interesses públicos são indisponíveis, cabendo a Administração Pública atuar na gestão dos mesmos, em prol da coletividade.

Neste sentido, pelo fato Administração Pública atuar na gestão dos interesses e bens públicos, é vedado que a mesma renuncie aos direitos do poder público ou até mesmo de onerar injustificadamente a sociedade. Vale lembrar que este é outro princípio implícito, mas distintamente do princípio da supremacia do interesse público, a indisponibilidade do interesse público está diretamente presente em todas as atuações da Administração Pública, tratando-se de um dever da mesma.

2.1.3 Princípio da legalidade

A primeira ressalva a se fazer acerca deste princípio concerne na distinção entre o que está na lei e o que é previsto no edital.

O princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, prevê que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Esta legalidade é adotada no direito privado, de acordo com a autonomia da vontade.

Já no direito público, adota-se o princípio da legalidade administrativa, ou seja, a Administração Pública só pode atuar se assim estiver previsto e nos moldes da lei. Aqui não há autonomia da vontade na atuação da administração, pois a mesma subordina-se a determinação legal. A lei é que determina os limites e as condições para a atuação da administração.

Segundo Ronny Charles, (2015) esta subordinação da Administração Pública pode ser observada por dois prismas: vinculação negativa, no qual a legalidade representa uma limitação na atuação do administrador, e a vinculação positiva, segundo o qual a atuação dos agentes públicos depende de autorização legal.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da legalidade representa a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida conforme a lei, sendo a atividade administrativa, por conseguinte, sublegal ou infralegal, devendo restringir-se à expedição de comandos que assegurem a execução da lei.

2.1.4 Princípio da impessoalidade

Vale ressaltar que o princípio da isonomia não se confunde com o princípio da impessoalidade. A isonomia pode decorrer da aplicação da impessoalidade, mas ambos são princípios distintos.

Em síntese, a isonomia se alcança através do tratamento igualitário entre os iguais, e tratamento diferenciado aos desiguais na busca pelo equilíbrio de suas desigualdades.

Já a impessoalidade decorre da ausência de prejuízos ou privilégios na atuação do agente público.

Neste sentido, podemos encontrar entendimento doutrinário acerca do assunto:

[...] A impessoalidade da atuação administrativa impede, portanto, que o ato administrativo seja praticado visando a interesse do agente ou de terceiros, devendo ater-se à vontade da lei, comando geral e abstrato em essência. Dessa forma, impede perseguições ou favorecimentos, discriminações benéficas ou prejudiciais aos administrados. Qualquer ato praticado com

objetivo diverso da satisfação do interesse público será nulo por desvio de finalidade (PAULO; VICENTE, 2015, p. 214).

Outro ponto importante acerca da impessoalidade diz respeito ao atendimento do interesse público. Conforme o entendimento doutrinário de Ronny Charles (2015), a impessoalidade veda ao agente público de se utilizar do cargo para benefícios pessoais ou de terceiros, devendo sempre agir em conformidade com o interesse público. Neste sentido, a Administração Pública não deve possuir “rosto”, via de regra.

Segundo jurisprudência do STF (ADI 307/CE, rel. Min. Eros Grau, 13.2.2008), é vedado pela Constituição Federal que Estados ou Municípios atribuam nome de pessoa viva a avenida, praça, rua, logradouro, ponte, reservatório de água, viaduto, praça de esporte, biblioteca, hospital, maternidade, edifício público, auditórios, cidades e salas de aula. Tal vedação possui como égide o princípio da impessoalidade.

2.1.5 Princípio da moralidade

Este princípio no âmbito do direito administrativo refere-se à moralidade administrativa, isto é, pela observância deste princípio, deve a administração agir em conformidade aos padrões de ética e honestidade. Neste sentido, o agente público além de cumprir a lei, deverá obedecer aos padrões mínimos de ética em suas atividades.

Segundo o doutrinador de Vicente Paulo, deve-se distinguir moralidade comum da moralidade administrativa, porquanto a moralidade administrativa é jurídica, servindo como fundamento para declarar nulo o ato administrativo que não respeite este princípio.

Vale frisar que a improbidade administrativa decorre do descumprimento do princípio da moralidade. Desta forma, tal princípio vem a servir como uma forma de controle do ato administrativo. Um exemplo claro da aplicação do princípio da moralidade é no caso de lacuna na lei, porquanto o administrador não está autorizado neste caso, a agir em desconformidade com a ética e com a moral, mesmo sob o argumento de estar no exercício da discricionariedade (tema este que será abordado em outro tópico).

[...] Para que o administrador pratique uma imoralidade administrativa, basta que empregue seus poderes funcionais com vistas a resultados divorciados

do específico interesse público a que deveria atender. Por isso, além da hipótese de desvio de finalidade, poderá ocorrer imoralidade administrativa nas hipóteses de ausência de finalidade e de ineficiência grosseira da ação do administrador público, em referência à finalidade que se propunha atender (MOREIRA NETO, 2014, p.168).

2.1.6 Princípio da publicidade

Por conta deste princípio, todos os atos da Administração Pública devem ser públicos, ou melhor dizendo, todos eles devem ter algum grau de publicidade e transparência, para que assim a sociedade possa fiscalizar os atos administrativos praticados pelos agentes públicos.

Neste sentido, a doutrina de Diogo de Figueiredo nos ensina que a publicidade constitui elemento essencial da ação do Estado, com aplicação em praticamente todas as suas expressões, sejam atos, contratos, atos complexos e processos de todos os gêneros.

Em decorrência da Constituição Federal de 1988, o princípio da publicidade apresenta dois requisitos basilares: exigência de publicação oficial, como requisito de eficácia do ato administrativo; Exigência de transparência da atuação administrativa.

2.1.7 Princípio da Eficiência

Trata-se de um princípio explícito no artigo 37, caput da CF de 88. Em decorrência deste princípio, deve a Administração Pública exercer suas atividades pautada na organização, celeridade e qualidade, obrigando que a mesma efetue o planejamento de suas metas e analise o melhor custo benefício para o interesse público.

Há diversas maneiras das quais concretizam este princípio, entre elas, se faz por oportuno mencionar três. A primeira diz respeito a organização. Através da Lei 9.784 é possível observar a forma de atuação da administração. A segunda, quanto à qualidade. Há agências reguladoras que fazem controle deste quesito. Por derradeiro, é possível observar a aplicação da celeridade no pregão, modalidade de licitação, uma vez que no pregão, o procedimento licitatório ocorre de maneira célere.

Para o doutrinador Diogo de Figueiredo, a eficiência administrativa pode ser entendida como a melhor realização possível do interesse público, isto é, satisfação

do interesse público com os menores custos para a sociedade. Outro aspecto a ser ressaltado é o disposto no artigo 37, § 3º da CF, pois este prevê prestações que resguardam a eficiência administrativa.

2.1.8 Princípio da razoabilidade e proporcionalidade

Trata-se de um princípio fundamental na atuação da Administração Pública nas mais diversas situações, porquanto é através deste princípio que se pode buscar uma solução quando há o conflito entre a aplicação de princípios e atos administrativos.

Como foi dito no tópico da supremacia do interesse público, há hipóteses em que a administração deve sobrepor o interesse público em relação ao particular, como é o caso da desapropriação supracitada. Entretanto, este ato deve ser ponderado, devendo haver justa indenização a quem será desapropriado.

Outro caso a se mencionar quanto a este princípio refere-se aos atos discricionários, pois o agente público deve sempre agir de maneira razoável e proporcional na persecução do interesse público.

Vale ressaltar o posicionamento doutrinário acerca deste princípio:

Quando esta relação for desequilibrada, parta esse desajuste da própria formulação da lei (desproporcionalidade legislativa), ou de sua aplicação concreta (desproporcionalidade administrativa), a ponto de tornar-se demasiadamente onerosa a carga imposta ao administrado, em confronto com o reduzido ou nenhum proveito para a sociedade, fica caracterizada a agressão a este princípio, que se apresenta, destarte, como uma específica derivação do princípio maior da justiça distributiva e da própria legitimidade (MOREIRA NETO, 2014, p 176).

3 MORALIDADE PÚBLICA *VERSUS* MORALIDADE COMUM

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, fruto de um extenso processo de evolução dos povos, positivado no artigo primeiro da nossa Constituição Federal, os princípios constitucionais ganharam expressiva força a partir de 1988, principalmente quando o assunto é o trato da coisa pública, ou seja, administrar.

Todos os atos administrativos têm que ter previsão legal, ou seja, os agentes administrativos só podem praticar aqueles que a lei autoriza, diferentemente do cidadão comum, que pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe.

A Constituição da República de 1988, ao descrever os princípios legais norteadores da Administração Pública, colocou entre eles o princípio da moralidade trazendo a ideia de transparência no ato de gerir. Nos tempos antigos a gestão era feita obedecendo aos laços de afetividade para o exercício dos cargos. Hoje, temos o consenso de que o poder emana da sociedade e devem detê-lo os integrantes que a compõem. Por isso, a disposição de vagas obedece à imparcialidade com oportunidades iguais, existindo também o efetivo controle da administração através de fiscalização pelo poder público.

A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da moralidade administrativa como vetor da atuação do administrador público, consagrou também a necessidade de proteção à moralidade e responsabilização do administrador público amoral ou imoral:

Difícil de saber por que o princípio da moralidade no direito encontra tantos adversários. A teoria moral não é nenhum problema especial para a teoria legal. As concepções na base natural são analógicas. Por que somente a proteção da legalidade e não da moralidade também? A resposta negativa só pode interessar aos administradores ímprobos. Não à Administração, nem à ordem jurídica. O contrário seria negar aquele mínimo ético mesmo para os atos juridicamente lícitos. Ou negar a exação no cumprimento do dever funcional

Meirelles (2012, p.90) declara que:

O agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o Honesto do Desonesto. E ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético da sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo do injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.

A disposição da Administração para gerir se encontra elencada no texto constitucional que traz princípios explícitos (art. 37, caput) e implícitos (supremacia do interesse público, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, responsabilidade estatal), de maneira que, os atos vinculados são expressos em lei, obedecem a toda normativa prevista para a prática daquele ato. Já os atos discricionários permitem certo juízo de valor que atendem a conveniência e oportunidade.

Portanto, a fonte primária do Direito Administrativo é a lei, e na falta da lei, pode-se aplicar, subsidiariamente, outras leis, em analogia ao caso examinado, ou em ultimo caso, a discricionariedade, no caso de haver omissão ou quando a própria norma prevê competência diversa

4 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

Por analogia ao artigo 5º, XVII da CF em que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória³, princípio vastamente aplicado no direito penal, vem sendo aplicado constantemente no direito administrativo, inclusive em instauração de processo disciplinar. Na função de administrar, até o princípio da legalidade sofre mutação para conter, além da lei, os princípios que passaram a ter, também, força normativa.

A respeito do princípio da presunção de inocência escreveu Mirabete (2003, p.41-42):

Assim, melhor é dizer-se que se trata do 'princípio de não-culpabilidade'. Por isso, a nossa constituição não "presume" a inocência, mas declara que 'ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (art. 5º, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado. Pode-se até dizer, como o faz Carlos J. Rubianes, que existe até uma presunção de culpabilidade ou de responsabilidade quando se instaura a ação penal, que é um ataque à inocência do acusado e, se não a destrói, a põe em incerteza até a prolação da sentença definitiva."

Apesar de o princípio da não culpabilidade ser dotado de grande prestígio no ordenamento jurídico nacional, no dia 05 de outubro de 2016, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por seis votos a cinco, que pode o réu ser preso após decisão de segunda instância, mesmo havendo a possibilidade de recurso. O que se entendeu é que a fase probatória se encerra com a decisão de segunda instância, caso em que já se poderia executar a pena e os tribunais superiores só poderiam rever a decisão em caso de afronta a Constituição ou conflito entre leis federais.

A mudança de jurisprudência se deu em um julgamento histórico do Habeas Corpus número 126.292, em fevereiro de 2016, do estado de São Paulo, e em outubro de 2016 ao indeferir as liminares pleiteadas nas ações declaratórias de constitucionalidade números 43 e 44.

STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP)* não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.

³Art. 5 [...] LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

O Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), autores das ações, pediam a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. Alegaram que o julgamento do Habeas Corpus (HC) 126292, em fevereiro deste ano, no qual o STF entendeu possível a execução provisória da pena, vem gerando grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, porque, mesmo sem força vinculante, tribunais de todo o país “passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP”. (05 de Outubro de 2016)

Entenderam os ministros do Supremo Tribunal Federal que esta decisão não fere o princípio da presunção de inocência, pois, ainda que haja algum erro durante o curso do processo, existem instrumentos possíveis tais como medidas cautelares e habeas corpus para efetivar a correção, e por este fato não há que se comparar com a esfera administrativa, uma vez que, em nosso ordenamento sempre existiu casos de prisão antes do trânsito em julgado tais como a prisão em flagrante, a temporária e a preventiva.

O ministro Teori Zavaski em seu voto afirmou que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos e mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos (BRASIL, 2016).

Essas são razões suficientes para justificar a proposta de orientação, que ora apresento, restaurando o tradicional entendimento desta Suprema Corte, no seguinte sentido:

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência (MIGALHAS, 2016, online)

O ministro Luís Roberto Barroso também acompanhou o relator com a seguinte colocação:

Por todo o exposto, e louvando uma vez mais a decisão do Ministro Teori e a densa simplicidade do seu voto, que a meu ver é irrefutável, eu o estou acompanhando na conclusão e na tese que propôs. Passa-se a entender, assim, que uma vez ocorrida a condenação em segundo grau, está rompida a presunção de não culpabilidade, e portanto, há a possibilidade de se dar cumprimento à decisão condenatória (MIGALHAS, 2016, online).

A garantia da presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade está assentada no art. 5º, LVII, da CF/1988. Essa garantia, originalmente circunscrita ao direito penal e processual penal, é aplicável à esfera disciplinar, bem como a todos os processos sancionadores estatais. A garantia assegura que ninguém há de ser considerado culpado antes do proferimento de decisão aplicadora de penalidade, que tenha sido precedida do devido processo. Ou seja: na esfera disciplinar, não se pode infligir ao servidor reprimenda punitiva sem o esgotamento da via processual administrativa. A presunção de inocência constitui, nos bem lançados termos de decisão do Tribunal Supremo espanhol, o “limite mais rigoroso ao poder sancionador estatal” (RODRÍGUEZ, 1993, p.217).

5 A ABORDAGEM DO TEMA PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A presunção de inocência no âmbito administrativo requerer uma análise diferente daquela do processo penal, pois os prejuízos por uma eliminação em concurso público são, na grande maioria das vezes, irreversíveis, e é isso que está sendo discutido pelo Supremo Tribunal Federal, visto que, embora não se possa relativizar a aplicabilidade do princípio da inocência como o fez no âmbito da esfera penal – questão ainda sub judice – na área administrativa é muito temeroso admitir-se a possibilidade de eliminação do candidato com base em mero processo em curso.

Nosso ordenamento jurídico esclarece que a possibilidade de revisão das decisões judiciais, geradoras do inconformismo das partes, termina na segunda instância. A partir daí, somente será possível a interposição de recursos fundados em ofensa direta à Constituição ou então, em razão de contrariedade à legislação federal, dando origem aos recursos aos Tribunais Superiores.

Havendo multiplicidade de recursos com fundamento na mesma questão de direito, serão selecionados dois ou mais recursos representativos da controvérsia e, enquanto esses recursos são apreciados, os demais ficarão suspensos. Os recursos

selecionados terão prioridade de tramitação e devem ser julgados em até 01(um) ano.

Uma vez julgado o recurso modelo, os tribunais de origem aplicarão a decisão a todos os processos que se encontrarem suspensos.

A emenda constitucional nº 45 de 08 de dezembro de 2004, conhecida como a reforma do judiciário, trouxe uma inovação no que tange a necessidade de se demonstrar a repercussão geral nos recursos especial e extraordinário a serem analisados pelos tribunais superiores, com a finalidade de delimitar a competência dos referidos órgãos no julgamento dos recursos extraordinários nas questões constitucionais de relevância social, política, econômica ou jurídica que transcendam o valor subjetivo da causa, e também para que os recursos meramente protelatórios não sejam mais admitidos, criando-se assim mecanismos legais para uniformizar os julgados, principalmente no que tange as demandas repetitivas.

Por tanto, a repercussão geral mostra-se importante em dois aspectos relevantes: que a temática a ser discutida ultrapasse o interesse subjetivo das partes, isto é, que de alguma maneira possa produzir efeitos para além daquelas demandas primárias, e que os efeitos produzidos possam vincular outras decisões aplicáveis ao mesmo caso concreto.

O efeito vinculante advindo do julgamento da repercussão geral envolve somente a Administração Pública e os demais órgãos do Poder Judiciário que, mesmo dotados de independência de suas ações, necessitam alinhar o posicionamento sobre determinadas matérias de direito, com a finalidade de se evitar demandas desnecessárias.

Seguindo essa linha, a restrição à participação de candidato em concurso público que responde a processo-crime teve sua repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em 2007, em sede do Recurso Extraordinário (RE) nº 560.900/DF⁴, pelo então ministro Joaquim Barbosa, compreendendo o tema 022 que ainda se encontra em análise, com sessão plenária de julgamento marcada para agosto de 2019, e vai solucionar outros 225 processos, inclusive um do autor deste artigo⁵, que se encontram sobrestados aguardando o posicionamento do órgão quanto à matéria que, dessa decisão, poderá ser editada uma súmula vinculante,

⁴STF RE 560900. Relator Min. Roberto Barroso, 2008.

⁵STF ARE 1061387. Relator Min. Gilmar Mendes, 2016.

mediante a aprovação de 2/3(dois terços) dos membros da Corte, que irá pacificar a questão.

Breve síntese sobre o processo que originou o recurso especial em questão.

No caso, um policial militar pretendia ingressar no curso de formação de cabos e teve sua inscrição impedida em razão de responder a processo criminal pelo delito de falso testemunho. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) invalidou a decisão administrativa que excluiu o candidato por considerar ilegítima a exigência constante do edital. No recurso interposto ao Supremo, o Distrito Federal alega que o princípio constitucional da presunção de inocência somente se aplica no âmbito penal, e defende a razoabilidade do critério do edital (MARQUES, 2016, online).

O ministro Joaquim Barbosa, em 2007 manifestou-se da seguinte forma:

**REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO 560.900-6
DISTRITO FEDERAL**

MANIFESTAÇÃO

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RESTRIÇÃO POSTA AOS CANDIDATOS QUE RESPONDEM A PROCESSO CRIMINAL (EXISTÊNCIA DE DENÚNCIA CRIMINAL). ACÓRDÃO RECORRIDO QUE AFASTA A RESTRIÇÃO, COM BASE NA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA. MANIFESTAÇÃO PELA CONFIGURAÇÃO DO REQUISITO DE REPERCUSSÃO GERAL, PARA CONHECIMENTO E JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

O senhor Ministro Joaquim Barbosa (Relator):

Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição) interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça Distrito Federal e Territórios, em que se considerou inconstitucional a restrição posta a participação em concurso público de formação de cabos da Polícia Militar, fundada na circunstância de o candidato ter sido denunciado pela prática do crime previsto no artigo 342 do Código Penal (Falso testemunho ou falsa perícia).

Sustenta-se violação do artigo 5º, LXVII, da Constituição, na medida em que “faz-se necessário que policiais que estejam sendo investigados pelo cometimento de crimes e sérios desvios de conduta não sejam promovidos enquanto permanecerem nessa situação, porquanto que isso afeta o senso de disciplina e hierarquia ínsitas da função policial militar” (Fls. 139).

É inequívoco que a definição acerca da validade da restrição posta aos candidatos à aprovação em concurso para provimento de cargo ou função pública, fundada na existência de denuncia criminal transcende o interesse subjetivo das partes, pois interessa a todos os entes federados e a todas as entidades submetidas à feitura de certames públicos para contratação de pessoal. Trata-se de importante sinalização quanto ao alcance do artigo 5º, LXVII da Constituição, aplicável à regência dos concursos públicos.

Pelo exposto, entendo que, no caso dos autos, está presente o requisito da repercussão geral a que fazem alusão os artigos 102, §3º, da Constituição, 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil e 323 do RISTF (Brasília, 07 de dezembro de 2007).

Seguindo o reconhecimento da repercussão geral do tema no ano de 2007, e após diversas vezes retirado da pauta de julgamento, os ministros reiniciaram a análise do processo paradigma em 2016 em que os ministros Luís Roberto Barroso, relator do processo, e o ministro Edson Fachin, expressaram em seus respectivos votos que a investigação social que verifica o candidato respondendo a processo-crime não autoriza a eliminação de candidato dos certames de concurso público.

Em seu voto, o ministro Barroso sugeriu que fossem fixadas as seguintes teses:

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:

- 1) condenação por órgão colegiado, ou definitiva, e
- 2) relação de incompatibilidade entre a natureza do crime em questão e as atribuições do cargo concretamente pretendido, a ser demonstrada de forma motivada por decisão da autoridade competente.

- A 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, sendo vedada em qualquer caso a valoração negativa de simples processo em andamento, salvo situações excepcionalíssimas e de indiscutível gravidade (MIGALHAS, 2019, online).

No entendimento do Ministro, para se recusar a inscrição em concurso público é necessário, cumulativamente, que haja condenação, proferida por órgão colegiado ou definitiva, e que o crime apresente incompatibilidade com o cargo. O ministro fez analogia com a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010), que prevê a exigibilidade de moralidade dos candidatos para o exercício do mandato e torna inelegíveis os que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado. No que tange a incompatibilidade entre a natureza do crime e as atribuições do cargo pretendido, “nem toda condenação penal deve ter por consequência direta e imediata impedir alguém de se candidatar a um concurso público, até por que nem toda condenação gera perda do cargo público para quem já esteja investido no cargo”, explicou. “Para que a condenação impeça a candidatura a uma vaga em cargo público é preciso que haja um mínimo de conexão entre o delito imputado e a função que se vai exercer” (MARQUES, 2016, online).

O Ministro Fachin manifestou seu voto em consonância com o relator. Ainda sobre o voto do relator, este esclareceu que, por se tratar de nova linha de pensamento jurisprudencial o novo entendimento não deveria amoldar-se aos concursos já realizados e que não foram questionados quanto a efetiva regularidade até a data da decisão, objetivando garantir a segurança jurídica.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o estudo sobre os diversos institutos envolvendo o tema, temos condições de responder a esta pergunta: restringir a participação em concurso público de candidato investigado é constitucional?

Há alguns entendimentos de que é realmente inconstitucional a restrição à participação de candidato em concurso público com base apenas no fato de haver contra ele uma ação penal em curso e que tal restrição fere o princípio constitucional de presunção de inocência e não atinge o princípio da moralidade pública, expresso no art. 37 da Constituição Federal.

Neste compasso, enquanto não houver uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado em desfavor do candidato em concurso público, este não poderá ser excluído do certame com base apenas na instauração de procedimento para apurar a suposta prática de crime. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LVII, nos dá a interpretação de que o indivíduo será considerado, presumidamente, inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ademais, deve-se analisar e estreita ligação entre o procedimento criminal ao qual esteja incurso o candidato e o cargo pretendido, no sentido de que, no caso de uma suposta condenação na esfera penal, esta não venha gerar a incompatibilidade com o cargo a ser exercido, caso em que definitivamente o agente, antes apenas candidato, poderia ser desligado do cargo, mediante o oferecimento de contraditório e ampla defesa e todos os recursos a ela inerentes. Pode-se citar um exemplo de incompatibilidade um candidato pleiteando uma vaga de agente penitenciário e que tenha sido preso em flagrante por tráfico de drogas.

Há também que dar-se ênfase á diferente aplicabilidade do princípio da presunção de inocência no âmbito administrativo e no penal. Enquanto nesse requer-se um ingresso antecipado ao judiciário, logo após a contraíndicação no concurso publico, para fazer sanar o vício, naquele tem-se a possibilidade de

utilização das medidas cautelares e até mesmo o habeas corpus para cessar a irregularidade. Em outras palavras, a Administração Pública não dará outra oportunidade ao candidato que foi eliminado de certame de seleção, mesmo constatando-se posteriormente sua inocência, se este não recorreu ao Judiciário em tempo hábil, ficando caracterizado o real prejuízo. Por isso a importância de se sedimentar o entendimento acerca da realização dos concursos públicos, prevenindo possíveis prejuízos aos que não recorrem ao Judiciário e acabar com as demandas que se originam da restrição.

A solução que seria a mais viável, no caso concreto, seria aplicar, por analogia, o artigo 92, inciso I, do código Penal que trata da modulação dos efeitos da condenação⁶, pois, enquanto o candidato for presumidamente inocente, este não seria excluído do certame com base no princípio da presunção de inocência, porém, sobrevindo condenação, e esta incompatível com o cargo, estando ele em exercício, acarretaria perda do cargo ou função pública, conforme letra da lei.

Cabe salientar que a temática abordada neste trabalho ainda aguarda julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, previsto para agosto do presente ano, em sede do Recurso Extraordinário (RE) nº 560.900/DF, em que a Repercussão Geral foi reconhecida no ano de 2008 e outros 225 processos aguardam suspensos a mesma decisão.

Seguindo a este entendimento, restringir a participação de candidato em concurso público somente pelo fato de estar respondendo a procedimento criminal, sem uma sentença transitada em julgado é ato discricionário da administração pública e ofende o princípio de presunção de inocência e não afeta o princípio da moralidade pública, pois o referido indivíduo ainda não é agente público, não podendo recair sobre ele a rigorosidade da fiscalização de fatos pregressos antes da entrada em exercício e principalmente aqueles que não guardam relação com a carreira a ser exercida e que não geram a incompatibilidade com o cargo.

Nota-se que há nesse caso um preconceito e um prévio juízo de valor negativo somente pelo fato do candidato figurar como réu em processo e nesse liame, qual seria então os preceitos que diferem a moralidade pública da moralidade

¹³Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

comum? Será que aquele indivíduo com fama de mal pagador, ou que esteja com o nome sujo na praça e que busca uma oportunidade pra saldar suas dívidas, seria inapto a exercer uma carreira pública? Não há como julgar que certos desvios de conduta, próprios da natureza humana, são sinais de que o candidato será um mal servidor, ou mesmo não honrará a carreira pública, sendo que este fato trás sérios prejuízos com uma eliminação precoce e pior, gera ainda uma sensação de punição perpétua, vedada em nosso ordenamento jurídico, pois ele será eliminado em outros certames pela mesma causa ou pelo mesmo motivo da ultima contraindicação.

Como a atribuição e a função da Administração Pública está prevista em lei, as limitações dela também hão que ser contidas na Lei. Não pode a Administração exceder em seus atos, mesmo quando possa se fazer um juízo de valor, como acontece no ato discricionário. Qualquer ato que de certa forma cause prejuízo a alguém, independentemente que se prove o dano, mas sim a conduta, deve ser revisto, invalidado ou se revestido de legalidade, convalidado pela administração, sendo passível, entretanto, e no caso de provocação, a correção ser realizada pelo Poder Judiciário.

É notório o conflito aparente entre princípios constitucionais, em que o princípio da moralidade pública deve ser mitigado em face do princípio da presunção de inocência vez que o candidato ainda não é agente público e para evitar o abuso de poder discricionário da Administração Pública.

ABSTRACT

The present work proposes to carry out an analysis regarding the restriction of the candidate in a public contest that responds to criminal prosecution, a matter that had its general repercussion in 2007, by the then Minister of the Supreme Federal Court, Joaquim Barbosa, due to several demands proposals to the Judiciary on the same matter. Now rapporteur of the paradigm process, Minister Roberto Barroso, in the Extraordinary Appeal n.560.900 that tackles the theme, stated in his vote that for elimination to be valid, it must be in harmony with the general principles that guide public tenders, and principally the constitutional principle of the presumption of innocence and that, in addition to these observations, it would require a final and unappealable decision on the conviction and that the conviction was incompatible with the claim. In addition, the decision can not be based in abstract form, otherwise, would invalidate it.

KEYWORDS: Public concurrence.Public morality.Presumption of innocence.General repercussion.

REFERÊNCIAS

AGLANTZAKIS, Luciana Costa. Breves conceitos sobre o instituto do Concurso Público no Direito Brasileiro. **Âmbito Jurídico**, 2003. Disponível: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4092. Acesso em: 22 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº ARE 1061387**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Minas Gerais. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=1061387>. Acesso em: 18 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 560900**. Restrição à participação em concurso público de candidato que responde a processo criminal. Relator Ministro Roberto Barroso. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2551965&numeroProcesso=560900&classeProcesso=RE&numeroTema=22>. Acesso em: 17 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292**. 21 fevereiro de 2016. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília. 2018 Disponível em: <Http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>. Acesso em: 22 maio. 2019.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Razoabilidade e proporcionalidade no direito processual administrativo brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v.12, n. 1550, 29 set. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10471>. Acesso em: 22 ago. 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de direito administrativo**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

INFORMATIVO MIGALHAS. **STF discute se candidato que responde a processo criminal pode ser impedido de participar de concurso**. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI239093,21048>. Acesso em: 21 jun 2019 às 21:02.

INFORMATIVO MIGALHAS. **Julgamento histórico: STF muda jurisprudência e permite prisão a partir da decisão de segunda instância**. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045>. Acesso em: 21 jun 2019 às 21:36.

MARQUES, Cristiana. Suspenso julgamento sobre restrição em concurso público de candidato investigado. **JusBrasil**, 2016. Disponível em: <https://dracrismarques.jusbrasil.com.br/noticias/337513800/suspenso-julgamento-sobre-restricao-em-concurso-publico-de-candidato-investigado>. Acesso em: 22 jun 2019 às 22:07.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14ed. São Paulo: Atlas. 2003.