

O PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO

THE SIMPLIFIED SELECTION PROCESS UNDER THE OPTICS OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF THE PUBLIC TENDER

Jorge Heleno Costa*

RESUMO

Este trabalho tem por escopo analisar o instituto do processo seletivo simplificado enquanto exceção ao princípio constitucional do concurso público. Partindo-se do pressuposto que ambos detêm a mesma finalidade, que é selecionar os candidatos mais capacitados para laborarem no âmbito do Poder Público, o objetivo é investigar os principais pontos que os aproximam. Para tanto, será feito um estudo bibliográfico e jurisprudencial, mesmo que sumário, das premissas conceituais e teóricas acerca dos dois institutos, passando-se à catalogação e descrição dos princípios que regem a Administração Pública como um todo, para então se verificar a hipótese da viabilidade de conformação do processo seletivo simplificado às balizas constitucionais que norteiam o concurso público.

Palavras-chave: Processo Seletivo Simplificado, Concurso Público, Administração Pública, Princípios Constitucionais.

ABSTRACT

This work is to analyze the scope of the Institute while simplified selection process exception to constitutional principle of the public tender. On the assumption that both hold the same purpose, that is to select candidates more trained to work within the framework of public power, the goal is to investigate the main points that the approach. It is made a bibliographic study and case law, even if contents of conceptual and theoretical assumptions about the two institutes, moving to cataloging and description of the principles governing public administration as a whole, to then verify the hypothesis of the feasibility of forming of simplified selection process on constitutional beacons that guide the tender.

Keywords: Simplified Selection Process, Tender, Public Administration, Constitutional Principles.

1. INTRODUÇÃO

Em busca da tênue prerrogativa da estabilidade, muitos candidatos acabam ingressando na seara pública sem ao menos conhecê-la efetivamente, e o pior: por via duvidosa. Obviamente que os caminhos para se chegar aos cargos públicos não dependem de quem os procuram, mas, precisamente, é responsabilidade dos gestores públicos se atentarem

* Pós-Graduando em Direito Público pelo IEC da PUC Minas. Especialista em Direito Municipal pela Universidade Anhanguera. Assistente Jurídico do Município de São Tiago/MG. Advogado.

para dar ênfase à regra constitucional de se valer do instituto do concurso para tanto, cuidando para utilizar das exceções em seus restritos e devidos casos.

É extraída desse contexto, portanto, a temática de investigação deste trabalho. De tal sorte, importa saber, e esta é a problemática que orientou a presente pesquisa, se é possível o processo seletivo simplificado, enquanto uma das formas tidas como exceção da exigibilidade do concurso público, ser conformado às balizas constitucionais desse.

Partindo desse pressuposto problemático, objetiva-se perpassar por conceitos basilares, como concurso público, princípios, processo seletivo simplificado, dentre outros, bem como por questionamentos reflexivos acerca dos mesmos, convergindo-os para serem contemplados na prática. Desse modo, as premissas que norteiam o concurso público serão avaliadas e defendidas como meios eficazes e, sobretudo, constitucionais de se realizar um processo seletivo simplificado sob o manto da probidade.

A análise doutrinária e jurisprudencial demonstra a hipótese de que, se os mecanismos postos à disposição dos administradores públicos forem devidamente utilizados de forma a proporcionar lisura ao procedimento excepcional, o mesmo, necessariamente, se assemelhará à essência principiológica do concurso público.

Para que tal hipótese possa ser demonstrada, o trabalho parte da investigação da obra de Gustavo Alexandre Magalhães, o qual fundamenta diversos contextos pertinentes à temática contemplada, especificamente a respeito do processo seletivo simplificado. Ainda, o mesmo autor fornece referenciais acerca da comparação daquele instituto em face do concurso público. Doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Mello, José dos Santos Carvalho Filho, Odete Medauar, entre outros, emprestam teorias acerca dos mesmos institutos, porém com nuances diferenciadas. Destaca-se, também, o Tribunal de Contas de Minas Gerais, o qual além de fornecer bases teóricas, é órgão que fomenta e regula a discussão acerca dos modos de contratação por parte da Administração, sendo que sua voz ecoa em todo o Brasil.

A pesquisa perpetrada se delineará através do fichamento de fontes doutrinárias, bem como da coleta direta de fontes legislativas específicas e jurisprudenciais. Em face da origem destes dados, portanto, a pesquisa se classifica, quanto ao seu delineamento, em bibliográfica e documental.

Os esforços compilados neste trabalho se justificam pela importância que o tema encerra na contemporaneidade da Administração Pública brasileira, vez que se percebe que tal disciplina ainda é manejada de forma equivocada, bem como ante a escassez de estudos científicos nessa seara. Assim, espera-se que este trabalho possa contribuir para com a comunidade acadêmico-científica, mas também para com os próprios gestores públicos, a fim

de que possam envidar esforços para que, efetivamente, alinhem seus planos de contratação aos ditames legais.

Esse trabalho foi dividido em quatro tópicos. No primeiro o objetivo é perpassar pelo contexto histórico e conceitual do concurso público no cenário brasileiro.

No segundo tópico, trabalha-se a base principiológica, tanto da Administração, acerca dos princípios elencados no artigo 37, da Constituição da República e outros esparsos, bem como daqueles que são aplicáveis, diretamente, ao instituto do concurso público.

Estabelecer os parâmetros enquanto regra, bem como demonstrar quais são as exceções de utilização do concurso público é a proposta do terceiro tópico.

No último tópico, a partir da convergência das premissas angariadas ao longo do trabalho é que se procurará verificar o que é, de fato, o processo seletivo simplificado, seus requisitos e, ainda, se o mesmo pode ser utilizado à luz dos contornos legais do concurso público.

2. CONCURSO PÚBLICO: ESCORÇO HISTÓRICO E CONCEITO

Probidade, transparência e lisura: esses são os preceitos que a sociedade espera da Administração Pública quando se fala em seleção e contratação de pessoal para integrar os quadros de servidores. Assim, tematizar a questão da contratação sempre é tema recorrente na seara público-administrativa.

Notadamente, contratar não é um ato exclusivo da Administração, devendo, por vezes, ser comparado com a iniciativa privada a fim de que alguns pontos, comuns ou não, possam servir de subsídio para uma análise mais aprofundada.

De início, observa-se hialinamente que a iniciativa privada tem implementado, ao longo dos tempos, novas técnicas de contratação, haja vista a necessidade de se garimpar mão de obra qualificada. Entretanto, tais técnicas não se revestem de caráter obrigatório, restando como ferramentas que podem ser utilizadas quando e como ao administrador privado lhe convier.

Na via reversa da iniciativa privada está a Administração Pública, a qual não dispõe do caráter volitivo afeto àquela, devendo, portanto, observar o princípio da legalidade¹. Sendo assim, o administrador público não detém discricionariedade, via de regra, para selecionar os servidores, cabendo-lhe poucos casos em que essa prerrogativa lhe será afeta.

¹ Remete-se à leitura do Capítulo 2.

Nesse norte, denota-se que o ato de contratar na esfera pública é uma missão um tanto quanto árdua, sobretudo porque, ao se cogitar o caráter público da função, obviamente que os critérios de acesso aos cargos devem ser erigidos sob a mesma base, atendendo assim aos reclames da isonomia.

Em razão de chagas que se arrastavam há anos, recentemente o Brasil deteve sua atenção para a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, a qual culminou na edição da Súmula Vinculante nº 13, sendo seu objeto a discussão acerca do tão propalado nepotismo. Embora não se enquadre nas balizas do presente trabalho, haja vista que a citada patologia administrativista se dá por meio de nomeação, é certo que tal problemática se amolda nas discussões sobre a postura esperada e exigida dos administradores públicos.

Ante tais considerações, faz-se necessária uma pontuação histórica acerca dos mecanismos de contratação na esfera pública, contextualizados globalmente e, posteriormente, focando-se na realidade brasileira.

2.1. Escorço histórico

No contexto histórico brasileiro percebe-se que o instituto jurídico do concurso público é figura recente, sobretudo porque ainda carece de revestimentos normativos para bem adequá-lo à realidade. Entretanto, uma digressão às suas origens é necessária para melhor fundamentação.

Segundo elucida Urbano de Carvalho (2010, p. 111 e 112), várias são as formas que o Estado se valeu para selecionar e contratar as pessoas que iriam prestar serviços em seus quadros, podendo destacar o sorteio, a sucessão hereditária, o arrendamento, a compra e venda e a nomeação absoluta e relativa.

A primeira forma, nomeada como sorteio, adveio sob o pálio da proteção divina, e dado o direcionamento para o preenchimento de cargos de natureza política, foi utilizada restritamente. Cabe destacar que o sorteio

Apresentava-se sob duas espécies: o *sorteio simples*, que se aplicava indistintamente às pessoas que antes passavam por um processo seletivo, e o *sorteio condicionado*, aplicado a pessoas que reuniam determinadas condições, apreciáveis dentre os que poderiam ser escolhidos para o preenchimento de cargos públicos. (URBANO DE CARVALHO, 2010, p. 111).

O citado modelo fora utilizado, sobretudo, no período da Antiguidade Clássica, especialmente pelos gregos de Esparta e de Atenas.

Já no período da Idade Média, outra foi a forma de contratação, já que o Mercantilismo ditava as regras daquele momento histórico. Sendo assim, surgiu na França, a partir de Carlos VII, o sistema de compra e venda, tendo se alastrado pela Europa, precisamente por países como Alemanha, Espanha e Itália.

Como destaca Urbano de Carvalho (2010, p. 111), tal modelo se apresentava inserto de várias deformidades administrativas, uma vez que os cargos públicos se tornaram meramente moedas de troca. Portanto, abnegou-se da prestação de serviço com qualidade para, efetivamente, erigir uma fonte de receita estatal. Acrescenta-se ao sistema de compra e venda o problema da transmissão hereditária, eis que ao ser transmitido o cargo, por certo que o novo detentor do mesmo poderia carecer de atributos do varão antecessor.

Ainda com relação ao sistema de compra e venda de cargos públicos, a citada autora adverte que “a delegação das atividades a terceiros, sem qualquer controle público, afastava o mínimo de segurança no tocante à realização eficiente das funções”. (URBANO DE CARVALHO, 2010, p. 111)

Outro método medieval utilizado para contratar agentes que prestariam serviços junto ao Estado é o denominado arrendamento, o qual também tem raízes na esfera mercantilista. Assim,

No caso do arrendamento, os particulares não adquiriam o cargo como no sistema de compra e venda, nem o tinham definitivamente incorporado em seu patrimônio por força de sucessão hereditária. Nesse outro sistema, *alugava-se* o cargo por prazo determinado, mediante uma contrapartida pecuniária. Também aqui identifica-se que o cargo público converte-se em mercadoria, com todos os inconvenientes inerentes a esse modelo. (URBANO DE CARVALHO, 2010, p. 112).

Já no Brasil, Urbano de Carvalho (2010, p. 112) destaca a possibilidade de haver designação por uma autoridade governamental por duas vias: nomeação absoluta e nomeação condicionada. Adverte a doutrinadora que no caso da primeira há grave risco de “[...] arbítrio, clientelismo e favoritismos indevidos [...]”. Quanto à segunda, não menos questionada, observam-se alguns requisitos exigidos formalmente através de comandos legais, submetendo-se, ainda, a referida nomeação “[...] ao crivo de outra autoridade ou poder [...]”.

Também no Brasil existe a eleição direta pelos cidadãos, utilizada como forma de escolha de algumas pessoas que exercerão função de governo, bem como eleição indireta, a qual se presta a selecionar pessoas para exercerem atividades administrativas, “[...] como no caso da eleição de reitor de uma universidade [...]”, por exemplo.

2.2. Evolução Legislativa

Adentrando o mérito legislativo do concurso público no Ordenamento Jurídico Brasileiro, mais precisamente em como sobrevieram as mutações normativas ao longo dos tempos, Magalhães (2005, p. 98) assevera que a primeira Constituição Brasileira, denominada de Imperial, de 1824, não trouxe previsão expressa acerca do referido instituto, prevalecendo, portanto, “[...] a antiga prática de ingresso na função pública mediante livre escolha pelas autoridades públicas”.

Já a Constituição de 1891 inovou em relação a anterior ao aludir acerca da acessibilidade ao serviço público, dispondo que “os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas”².

Entretanto, foi na Constituição de 1934 que surge pela primeira vez, de forma expressa, o instituto do concurso público como forma de ingresso na carreira estatal. Esse é o disposto no § 2º, do seu artigo 170: “a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos”³.

A partir de 1935 o serviço público brasileiro começa a sofrer influências estrangeiras, tendo sua forma de organização profundamente modificada. São essas as considerações perpetradas por Magalhães (2005. p. 98), ao afirmar que

O serviço público brasileiro, a partir de 1935, foi influenciado pelos EUA e Inglaterra, cujos sistemas estabeleciam que a ciência da administração e a técnica administrativa deveriam preceder à organização administrativa.

Em 1936 foi editada a Lei n. 284, originando significativa transformação no serviço público brasileiro. Esta lei foi responsável pela criação de uma “Comissão de Eficiência” em cada Ministério, como também pela criação do “Conselho Federal do Serviço Público Civil” que, entre outras atribuições, era responsável pela realização de concursos públicos (art. 8º).

As duas próximas Constituições Brasileiras, a de 1937 e a de 1946, não inovaram na matéria em questão, apenas mantendo, nos artigos 156, alínea “b”, e 186, respectivamente, o que já fora determinado pela Carta de 1934.

² Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 17 mar. 2012.

³ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em 17 mar. 2012.

O final da década de 1960 foi palco de embates consideráveis acerca do instituto do concurso público. Magalhães (2005, p. 99), fazendo remissão a Adilson de Abreu Dallari, enfatiza que somente com a promulgação da Constituição de 1967⁴ é que o concurso público se tornou, efetivamente, um requisito universal, muito embora já houvesse previsão nas Cartas Constitucionais anteriores.

No entanto, a Emenda Constitucional 01/69⁵ culminou por tratar o instituto do concurso *in statu quo ante*, ou seja, tornando-se obrigatório apenas para a primeira investidura no serviço público.

Com o advento da vigente Constituição Republicana o concurso público readquiriu força para se tornar requisito universal para ingresso em cargos e empregos públicos. Acerca dessa retomada Magalhães (2005, p. 100) observa que “[...] o Constituinte de 1988 insurgiu-se contra os abusos e fraudes ocorridos no passado da Administração Pública brasileira”.

Por esse percurso histórico é possível perceber que o concurso público veio se consolidando ao longo do século passado como a forma mais isonômica de se ingressar nos quadros de servidores da Administração Pública. Sendo assim, antes de se perquirir sobre a regra e possíveis exceções de sua aplicação, oportuna é a passagem pela via da conceituação do instituto em comento.

2.3. Conceito

Perpassados os marcos históricos e de evolução legislativa acerca do concurso público, torna-se imprescindível conceituá-lo. E esta tarefa de conceituação, na seara do Direito, não pode ser feita à deriva, haja vista os preceitos hermenêutico-jurídicos.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em edição própria e especial versando sobre “Concursos Públicos na jurisprudência do Tribunal de Contas” (TCE/MG, 2010, p. 151), assim se manifesta, definindo que

Trata-se o concurso público de procedimento que se desenvolve mediante uma série encadeada de atos administrativos, inaugurados quando a Administração verifica a necessidade de admissão de servidores para ocupar cargos efetivos e empregos públicos, de acordo com a demanda que se lhe apresenta.

⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 17 mar. 2012.

⁵ A respeito da Emenda Constitucional 01/69 cf. MAGALHÃES, 2005, p. 99. nota de rodapé nº 191.

Trilhando o mesmo norte e passando à análise e ao comento de alguns doutrinadores, podemos destacar as palavras de Justen Filho (2011, p. 852), o qual, com propriedade, assevera que

O concurso público é um procedimento conduzido por autoridade específica, especializada e imparcial, subordinado a um ato administrativo prévio, norteado pelos princípios da objetividade, da isonomia, da impessoalidade, da legalidade, da publicidade e do controle público, destinado a selecionar os indivíduos mais capacitados para serem providos em cargos públicos de provimento efetivo ou em emprego público.

Percebe-se, a partir da conceituação acima apresentada, que o objetivo do concurso público, realmente, é ser uma ferramenta útil e eficiente para “selecionar os indivíduos mais capacitados” a fim de exercerem suas atividades laborativas junto à Administração Pública.

Com entendimento praticamente idêntico ao esposado anteriormente, porém exposto de forma mais minuciosa, Carvalho Filho (2009, p. 596) aduz que

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, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.

Por derradeiro, com menos palavras, porém não com menos intensidade, Magalhães (2005, p. 96) explica que

O princípio do concurso público consiste, assim, na exigência constitucional de prévia aprovação em processo seletivo externo, de acesso amplo, em que os candidatos são avaliados objetivamente segundo critérios de mérito, para que somente após seja permitida a admissão de pessoal em caráter permanente no serviço público.

Ante os conceitos expostos, portanto, percebe-se cristalinamente que o instituto do concurso público é admitido, tanto pela doutrina como pela Corte de Contas Mineira, como a forma contemporânea mais legítima de se ingressar nos quadros públicos de pessoal. Dessa forma, revestido de caracteres isonômicos, o concurso público se apresenta como o modo mais adequado para que seja garantida a ampla acessibilidade⁶ aos cargos, funções e empregos públicos.

⁶ Sobre acessibilidade aos cargos e empregos públicos, cf. Bandeira de Mello (2010, p. 280-282) e Medauar (2011, p. 282-284).

Sob a ótica das premissas apresentadas, até então, é certo que para que o concurso público atinja, efetivamente, a sua finalidade, o mesmo deve ser amparado por princípios que visam garantir esse fim, os quais serão perlustrados no próximo capítulo.

3. PRINCÍPIOS

O artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, elenca os princípios norteadores da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Entretanto, conforme preleciona Meirelles (2005, p. 87), mais sete princípios foram erigidos pela Lei federal nº 9.784, de 29/01/1999, em seu artigo 2º, a saber: razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público.

3.1. Legalidade

Para se falar, inicialmente, sobre a legalidade no âmbito das relações da Administração Pública, é preciso destacar o que diz a Lei nº 9.784/99, em seu art. 2º, parágrafo único, inciso I, isto é, toda a atividade administrativa está plenamente vinculada à Lei e ao Direito. Muito embora esta lei, especificamente, regule o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, aplica-se tal dispositivo a toda Administração Pública.

Dessa forma, o ato praticado pela Administração Pública pode ser considerado inválido se não observado tal princípio, sob pena do administrador ser responsabilizado disciplinar, civil e criminalmente, conforme o caso.

Entre outras palavras, pode-se dizer que, mediante a legalidade, o administrador público não age conforme sua vontade pessoal e nem tampouco com liberdade, contrapondo-se à administração particular. Na Administração Pública, portanto, só é lícito fazer o que a lei autoriza. (MEIRELLES, 2005, p. 88-89)

3.2. Impessoalidade

Dizer que o ato da Administração Pública deve ser impessoal constitui duplo entendimento. Ele assim deve ser tanto em relação ao administrado, quanto a quem o pratica.

Também podendo ser chamado de princípio da finalidade, o objetivo desse é alcançar o interesse público. E para assim se manifestar, é inadmissível que esta finalidade seja

pessoal. A consecução dos atos administrativos deve abranger a todos os administrados, sem distinção.

É presumível, ainda, que os administradores não se vangloriem dos atos praticados pela Administração Pública para promoção pessoal, uma vez que a própria Lei nº 9.784/99, assim se manifesta no artigo 2º, parágrafo único, inciso III⁷. (DI PIETRO, 2002, p. 71)

3.3. Moralidade

A moral, inserida na Administração Pública, não se confunde com a moral comum, pois aquela é um pressuposto de validade de todos os atos praticados pelos administradores públicos. Sendo assim, é oportuno recorrer à lição de Welter (1929), jurista francês, *apud* Meirelles (2005, p. 89), quando explana acerca desta temática, baseando-se em seu pensamento para afirmar que

[...] a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre Bem e Mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa.

Entretanto, não se pode olvidar que a moral não deve ser um elemento intrínseco somente no que diz respeito às atividades público-administrativas, mas sim a todas em que o ser humano for partícipe.

3.4. Publicidade

Meirelles (2005, p. 94) define publicação como sendo “a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos”. Levando-se em consideração, portanto, que pública é a Administração que realiza este ato, o mesmo deve tornar-se público, cabendo sigilo apenas nos casos de segurança nacional e nos que demandem tal implicação, por sua natureza, como nas investigações policiais, por exemplo.

Convém ressaltar que a publicidade não se restringe aos atos em si, mas a conduta interna dos agentes da Administração Pública também deve tornar-se de conhecimento geral, abstendo-se o administrador ou agente, obviamente, assim como no princípio da impessoalidade, de gerir promoção pessoal através da dinâmica publicitária administrativa.

3.5. Eficiência

⁷ Assim está expresso no citado comando: “[...] objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades”.

De notório conhecimento, mesmo além dos limítrofes jurídicos, a acepção do vocábulo eficiência nos remete à ideia de bem fazer algo, compreendendo presteza, perfeição, agilidade, entre outros entendimentos. Eficiência, portanto, é condição *sine qua non* para a consecução de atividades laborais, muito exigida na administração privada. E no âmbito da administração pública, Meirelles (2005, p. 96), reportando-se ao ensinamento de França (2001), assegura que este

é o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Percebe-se, portanto, que não é mais admitido que o labor administrativo seja desempenhado de qualquer forma, pois eficiência é primordial na relação entre administrador e administrado.

3.6. Razoabilidade

Remetendo-se à ideia do que é razoável, esse é, nos dizeres de Meirelles (2005, p. 93), o “princípio da proibição do excesso”. O objetivo é tornar equânime os meios e os fins, visando não ferir os direitos fundamentais e, por sua vez, evitando que haja abuso na conduta, ou mesmo restrições no agir, por parte da Administração Pública.

3.7. Proporcionalidade

Juristas, como Hely Lopes Meirelles (2005) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002), atrelam este princípio ao estudado anteriormente: o da razoabilidade. Muito embora a Lei nº 9.784/99 faça menção a esses princípios de forma separada, Di Pietro (2002, p. 80) entende que a “[...] proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive [...].”

Seguindo esse mesmo raciocínio, porém estudando os princípios separadamente, Carvalho Filho (2009, p. 38) assevera que

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o *excesso de poder*, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.

Observa-se, dessa forma, que a ideia do vocábulo proporcionalidade é a que se traduz em sua acepção jurídica, pois o que deve haver é, realmente, uma mensura nos atos praticados pelos agentes públicos.

3.8. Ampla defesa e Contraditório

Tratando-se de garantia fundamental e, por conseguinte, cláusula pétrea, a ampla defesa e o contraditório estão inseridos na Constituição de 1988, no inciso LV, do art. 5º, e estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. O artigo 2º da Lei nº 9.784/99 também alude expressamente acerca da prevalência desses princípios.

3.9. Segurança jurídica

Fazendo menção a Canotilho (1991), Meirelles (2005, p. 97-98) leciona que “o princípio da segurança jurídica é considerado como umas das vigas mestras da ordem jurídica” e, ainda, que é “[...] um dos subprincípios básicos do próprio conceito do Estado de Direito.”

Maria Sylvia Zanella Di Pietro participou da Comissão de juristas que elaborou o anteprojeto da Lei nº 9.784/99 e, dessa forma, a docente possui cabedal para discorrer que

O princípio (segurança jurídica) se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública. Daí a regra que veda a aplicação retroativa. (DI PIETRO, 2002, p. 85).

Pelo que restou constatado acima, esse princípio visa albergar os administrados, protegendo-os contra uma possível alteração jurídica que lhes atribua manifesto prejuízo.

3.10. Motivação

Toda decisão administrativa deve indicar os seus fundamentos de fato e de direito. Este é um preceito que a Constituição da República trouxe em seu bojo, no art. 93, inciso X.

Já o artigo 2º, da Lei nº 9.784/99, em seu inciso VII, determina que nos processos administrativos deve haver a observância da “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinam a decisão”.

Há de se destacar, ainda, que o artigo 50, da mesma lei, elenca rol de situações em que será exigida a devida motivação para o ato administrativo, não podendo se olvidar de que, segundo Di Petro (2002, p. 83)

[...] as hipóteses em que a motivação é obrigatória, em regra, dizem respeito a atos que, de alguma forma, afetam direitos ou interesses individuais [...]. No entanto, tem-se que considerar a enumeração contida no dispositivo como o mínimo a ser necessariamente observado, o que não exclui a mesma exigência em outras hipóteses em que a motivação é fundamental para fins de controle de legalidade dos atos administrativos.

Em sede de concursos públicos, os pressupostos de fato e de direito que fundamentam a motivação se insurgem em forma de pareceres, informações, laudos, relatórios, entre outros tipos de documentos afetos à matéria. (DI PIETRO, 2002, p. 82-83)

3.11. Supremacia do interesse público

Intimamente ligado ao princípio da impessoalidade (ou finalidade), a lição de Bandeira de Mello (2010, p. 96) é extremamente pertinente ao asseverar que

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.

Obviamente, o que se insurge do entendimento desse princípio é a prevalência do interesse coletivo sobre o particular.

3.12. Princípios Específicos do Concurso Público

Muito embora o inciso II, do artigo 37, da Carta Republicana não preveja princípios específicos a serem aplicados quando da realização de concursos públicos, notório que todos os elencados no tópico antecedente são aplicáveis a essa temática.

Ferraz (2006, p. 31), referindo-se aos princípios elencados no citado artigo da Constituição da República, afirma que

[...] a enumeração não esgota a pletera de princípios regentes dos movimentos da Administração Pública, porquanto outros há, esparsos pelo Texto Constitucional, explícita ou implicitamente, que de igual modo devem balizá-los: economicidade (art. 70, *caput*), motivação (art. 93, X), boa-fé (art. 231, § 6º), isonomia (art. 5, II), razoabilidade (art. 5º, LV).

Já Motta (2010, p. 76), ao dissertar sobre “Direitos fundamentais e concurso público”, destaca três princípios que são atinentes ao instituto em comento, a saber: da democracia; da isonomia e; da eficiência.

Em outro texto, o mesmo autor, referindo-se ao concurso público como um direito fundamental, abarca vários conceitos numa compilação exegética, sustentando-o em dois alicerces:

O primeiro alicerce do direito fundamental repousa no binômio *república-democracia*. O regime republicano-democrático é marcado pela titularidade do poder conferida aos cidadãos, e de tal assertiva decorre o direito de participar ativamente do exercício e do controle das funções estatais. Para esta visão, é preciso afastar a concepção reducionista da democracia meramente representativa e encará-la, como propõe Canotilho, como um princípio complexo, que possui várias dimensões. Importa, mais diretamente, que se encare o reflexo do princípio democrático enquanto princípio de organização, que espraia seus efeitos não somente sobre a organização do Estado, mas também sobre a organização e funcionamento da Administração Pública.

O segundo alicerce do direito fundamental de que se trata é o direito fundamental à *igualdade*, previsto genérica e firmemente no art. 5º de nossa Constituição. Gomes Canotilho anota parâmetros necessários à identificação da isonomia material ou *igualdade justa*: a) a consideração do princípio da igualdade como um direito apenas de natureza negativa é francamente insuficiente; b) não basta invocar uma *proibição geral de arbítrio* no estabelecimento de critérios para as discriminações; c) é imprescindível analisar a natureza, o peso e os fundamentos ou motivos justificadores das soluções diferenciadas. Ao princípio geral da isonomia constante do artigo 5º soma-se, para a Administração, a previsão do artigo 37, que determina a obediência ao *princípio da impessoalidade*. Rechaçando a possibilidade de simples identificação entre isonomia e impessoalidade, algumas manifestações deste último princípio podem ser colacionadas: a) o princípio objetiva não permitir que o administrador se privilegie, pois deste privilégio nasce o prejuízo de toda a sociedade; b) o princípio traduz a orientação finalística de toda e qualquer atividade da Administração, impedindo a mera intenção de privilegiar ou prejudicar qualquer cidadão ou qualquer grupo; c) essa orientação finalística – ou primado da finalidade – faz com que as vontades pessoais sejam irrelevantes na composição na “vontade da Administração”. O princípio isonômico, em apertada síntese, determina um equânime tratamento dos cidadãos, de acordo com sua situação pessoal, não havendo amparo para tratamento injustificadamente privilegiado ou desfavorecido por parte do Estado. A dimensão do princípio que ora se encarece é a *igualdade de oportunidades*, para todos, na disputa por cargos e empregos públicos com vocação permanente.

Em conclusão parcial, é possível afirmar que *o direito fundamental de concorrer, em igualdade de condições, aos cargos efetivos e empregos públicos, é decorrente do regime republicano-democrático e do princípio da igualdade.* (MOTTA, 2010, p. 49-50)

Outro importante princípio que se aplica aos concursos públicos é o da vinculação ao edital. Esse princípio obriga a Administração e o candidato a observarem as normas e condições estabelecidas no ato convocatório. Valendo-se do *Pacta sunt servanda*⁸, um brocardo latino muito utilizado no Direito Civil, pode-se dizer que sua acepção possui o mesmo condão no Direito Administrativo, e em que pese a matéria em comento, nos editais de concursos públicos.

Em mais dois artigos Fabrício Motta desenvolve a ideia do mencionado princípio averbando “[...] que todos os atos que regem o concurso público ligam-se e devem obediência ao edital” (MOTTA, 2005, 143), e continua, afirmando que

Esse princípio nada mais é que faceta dos princípios da legalidade e moralidade, antes referidos, mas que merece tratamento separado em razão de sua importância. Com efeito, o edital é ato normativo editado pela administração pública para disciplinar o processamento do concurso público. Sendo ato normativo editado no exercício de competência legalmente atribuída, o edital encontra-se subordinado à lei e vincula, em observância recíproca, Administração e candidatos, que dele não podem se afastar a não ser nas previsões que conflitem com regras e princípios superiores e que por isso são ilegais ou inconstitucionais. (MOTTA, 2004, p. 47)

Não se pode olvidar do princípio da continuidade do serviço público, pois como leciona Bandeira de Mello (2010, p. 81),

Com efeito, uma vez que a Administração é curadora de determinados interesses que a lei define como públicos e considerando que a defesa, e prosseguimento deles, é, para ela, obrigatória, verdadeiro dever, a continuidade da atividade administrativa é princípio que se impõe e prevalece em quaisquer circunstâncias.

Reportando-se ao início desse capítulo, pode-se afirmar que todos esses princípios são, verdadeiramente, os pontos de partida dos concursos públicos, cujas características, como regra geral e suas exceções, serão analisadas a seguir.

4. CONCURSO PÚBLICO: REGRA GERAL E EXCEÇÕES

Como enfatizado, até então, o concurso público se apresenta como modo através do qual os candidatos que vencerem as barreiras impostas pelo mesmo terão acesso aos cargos e

⁸ Numa tradução livre, conhecida na seara jurídica, entende-se como “os pactos devem ser respeitados”.

funções públicas. Além de tal *munus*, Magalhães (2005. p. 88-90) vem recrudescer o instituto em apreço, elevando-o à categoria de princípio.

Muito embora não seja objeto do presente trabalho a investigação acerca da diferenciação entre regra, norma e princípio é evidente que com o fenômeno da constitucionalização do Direito, como um todo, denota-se, necessariamente, uma compreensão holística sobre o Ordenamento Jurídico.

Portanto, em apertada síntese, pode-se afirmar, segundo o mencionado autor, que

[...] de um mesmo dispositivo pode-se extrair uma regra, um princípio e um postulado, apresentando, respectivamente, dimensão imediatamente comportamental, finalística e metódica.

Neste sentido, podemos inferir do art. 37, inciso II, da Constituição de 1988, uma *regra* – segundo a qual é exigida a aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos como condição intransponível para a admissão de pessoal à função pública – e um *princípio* que visa a efetivar os valores de igualdade entre os seres humanos e boa gestão da coisa pública. Esta dimensão finalística visa a garantir a universalização do acesso aos interessados, de maneira que a coisa pública (*res publica*) seja efetivamente posta de maneira igualitária ao alcance da população. Além disso, a seleção do melhor candidato para servir à coletividade implica maior proveito para a Administração, considerando a relação custo-benefício entre a remuneração paga ao trabalho e o serviço por este prestado.

Partindo-se do pressuposto de enquadramento do instituto do concurso público como princípio, portanto, passa-se à análise de sua concepção como regra geral e, adiante, das formas legais de aceitação de sua exclusão.

4.1. Concurso Público: regra geral

No que tange à obrigatoriedade de utilização do concurso público como forma de ingresso no serviço público, há de se observar, *ab initio*, o próprio comando constitucional insculpido no art. 37, inciso II, o qual determina que

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.

Essa é, portanto, a denominada regra geral de acesso aos quadros de servidores da Administração: via concurso público.

Perlustrando o disposto no mencionado comando constitucional é possível destacar a expressão “depende” como fator determinante do que se entende por regra geral. Em outras palavras, através dessa leitura sublinhada, o concurso público é condição *sine qua non* para que os candidatos tenham acesso aos cargos e funções públicas.

A respeito dessa obrigatoriedade, Tavares (2007, p. 122-123) colaciona excertos de importantes julgados do Supremo Tribunal Federal, destacando, sob várias nuances, o mesmo vigor obrigacional:

[...] O critério do mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos é, no atual sistema constitucional, ressalvados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira. [...] (ADIn 231/RJ, Min. Rel. Moreira Alves, DJ de 13/11/1992, Ementário 1.684-6).

[...] Só se ‘escolhe’ ou se ‘indica’, quando se prefere um entre outros. No poder de ‘aprovar’ está o de ‘desaprovar’ os nomes submetidos aos prazeres da Assembléia; se ela desaprova o nome de quem obtiver o primeiro lugar no concurso para o cargo de auditor, o concurso terá sido posto a margem e a observância da rigorosa ordem de classificação estará trateada. A autorização da Assembléia colide com o concurso, como o concebe a Constituição. (ADIn 116/PR, Min. Rel. Paulo Brossard, DJ de 04/11/1994, Ementário 1.765-1).

Ainda, duas Súmulas do Supremo Tribunal Federal versam sobre a mesma temática, quais sejam: 684 e 685. A primeira, com ementa diminuta, determina que “é inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público”. O referido dispositivo sumulado traz em seu bojo, implicitamente, a regra obrigacional do concurso público e, ainda, a sua ampla aplicação, devendo, portanto, ser acessível a todos, sob pena de flagrante afronta ao princípio da isonomia.

Já a segunda súmula, mais específica para o caso em apreço, adverte que “é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”. No ponto, a Suprema Corte foi enfática ao estabelecer que o concurso público é a regra.

Dessa forma, e a título de arremate, Carvalho Filho (2009, p. 597) assevera que “a prévia aprovação em concurso público é, como regra, condição de ingresso no serviço público”. Seguindo essa mesma linha de raciocínio, continua afirmando que “o alcance da exigência deve ser o mais amplo possível, de modo que pode se considerar que a exigência da aprovação em concurso se configura como a regra geral”.

4.2. Exceções ao Concurso Público

A par da evidência de que o concurso público é a regra para se ter acesso ao serviço público, foi o próprio Constituinte que tratou por enumerar algumas hipóteses em que o mesmo será exceção.

Denominada de “inexigibilidade” por Carvalho Filho (2009, p. 600), as situações de dispensa de aprovação prévia em concurso público são tidas por “excepcionais”, pois “[...] atendem apenas à estratégia política do Constituinte”.

Assim, a própria Constituição da República traz, explicitamente, em seu bojo, tais casos, haja vista que

No que toca aos cargos vitalícios, é inexigível o concurso para a investidura dos integrantes do quinto constitucional dos Tribunais Judiciários, composto de membros do Ministério Público e advogados (art. 94, CF). A investidura dos membros dos Tribunais de Contas sujeita-se à regra idêntica (art. 73, §§ 1º e 2º, CF). O mesmo ocorre com os Ministros do STF (art. 101, parágrafo único, CF) e do STJ (art. 104, parágrafo único, CF).

Para os cargos efetivos, a dispensa favorece aos ex-combatentes que tenham efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial (art. 53, I, do ADCT da CF).

Além dos casos retromencionados, o próprio inciso II, do artigo 37, do Texto Constitucional, em sua parte final, apresenta outra hipótese de exceção ao concurso público: as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Esse atributo, afeto ao Executivo, bem como ao Legislativo e ao Judiciário, quando no exercício das funções administrativas, diz respeito ao poder discricionário que lhes é conferido para, somente nesses casos, garimparem servidores aptos às funções que lhes serão conferidas.

Obviamente que, segundo Carvalho Filho (2009, p. 600), tais cargos merecem dispensa da prescindibilidade de concurso público em razão do atendimento “[...] à específica natureza desses cargos, titularizados por servidores da confiança das autoridades nomeantes”.

Como ventilado alhures, essa possibilidade, especificamente, dá margem a nomeações escusas, gerando insegurança jurídica e, sobretudo, má prestação de serviço ao destinatário final da Administração Pública, que é o próprio administrado.

Nesse sentido, apropriada a advertência de Carvalho Filho (2009, p. 601), eis que

A escolha do administrador alvitando a nomeação de servidor para ocupar cargo ou emprego em comissão (ou de confiança, em geral) não é inteiramente livre; ao

contrário, deve amparar-se em critérios técnicos e administrativos, com análise do nível e da eficiência do nomeado. Lamentavelmente, tal possibilidade tem gerado favorecimentos ilegais a certos apaniguados e verdadeira troca de favores. Ultimamente, porém, o sistema, como já se viu, tem oferecido mecanismos de impedimento para esse estado de coisas (inclusive nepotismo), o que é correto, porquanto a função pública não pode ficar à mercê da violação do princípio da moralidade diante da falta de ética de alguns administradores públicos.

A respeito do nepotismo, inclusive, a Suprema Corte Brasileira sumulou entendimento a respeito dessa matéria, na tentativa de evitá-lo. O Supremo assim se pronunciou, através da Súmula Vinculante nº 13⁹, literalmente:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Não adentrando o mérito acerca da legitimidade do Supremo Tribunal Federal acerca da função legiferante que vem exercendo através da edição das súmulas vinculantes, o fato é que, ao menos, percebe-se que a atuação totalmente discricionária em casos de nomeação para o exercício de cargos de confiança, tem sido alvo de severas críticas e, portanto, de censuras e reprimendas, a bem do interesse público.

Em verdade, as exceções à regra do concurso público merecem atenção especial, eis que, em razão da temática proposta para esse trabalho, Magalhães (2005, p. 167) adverte veementemente que

Como o estudo da contratação temporária apresenta ainda muitos pontos obscuros, é imprescindível que o intérprete aprimore suas noções acerca do tema, sob pena de as ilegalidades tornarem-se práticas corriqueiras travestidas de licitude.

É que muitas vezes as fraudes e ofensas ao princípio do concurso público são cometidos com aparência de legalidade, de maneira que os abusos sorrateiros são aqueles que exigem maiores esforços do jurista, no intuito de restabelecer a integridade do ordenamento jurídico.

A última hipótese de exceção à regra do concurso público, prevista no inciso IX, do artigo 37, da Carta Magna, será objeto de estudo detido no próximo capítulo, constituindo núcleo-alvo dessa pesquisa.

⁹ Súmula Vinculante nº 13. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf>. Acesso em 24 mar. 2012.

5. PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO

5.1. Contratação temporária

Prevista no Texto Constitucional, especificamente no inciso IX, do artigo 37, a contratação temporária é a exceção à regra constitucional do concurso público que merece ser analisada detidamente, uma vez que os critérios que a delimitam são tênues e, possivelmente, podem ser relegados de forma escusa pelos administradores quando da contratação.

O referido preceito constitucional prevê que “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”, sendo que, para tanto, fora editada, em nível federal, a Lei nº 8.745¹⁰, de 09 de dezembro de 1993, e posteriores alterações.

A contratação excepcional sem concurso fora intentada, a princípio, como uma exceção a ser utilizada como salvaguarda ante situações que devidamente a justificassem. Nesse sentido, segundo Bandeira de Mello (2010, p. 285),

Trata-se, aí, de ensejar suprimento de pessoal perante contingências que desgarrem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos). A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo quê não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, “necessidade temporária”), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem que acobertar.

De forma concisa, porém não menos contundente, Magalhães (2005, p. 167) arremata argumentando que

O estudo da contratação temporária, portanto, deve ter sempre por norte a efetivação do princípio constitucional do concurso público. É dever do administrador e do intérprete do direito utilizar a medida excepcional contida no inciso IX do art. 37 nos estreitos limites estabelecidos pelo Constituinte, de maneira a prestigiar sempre a igualdade de acesso aos cargos públicos e o princípio da eficiência na Administração.

¹⁰ Lei nº 8.745, de 09/12/2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8745cons.htm>. Acesso em 17 mar. 2012.

Dado o seu caráter excepcional, portanto, a contratação temporária intenta manejo cauteloso e, sobretudo, pautado nos requisitos condicionantes para que a mesma seja efetivada.

5.2. Requisitos

No que tange, especificamente, à contratação temporária de servidores públicos, a própria Constituição da República tratou por delimitar alguns requisitos: a contratação deve ser por tempo determinado; a necessidade que autoriza a contratação deve ser temporária e; tal necessidade deve atender aos reclames do denominado excepcional interesse público.

Esses requisitos, por sua vez, foram erigidos na tentativa de evitar que esse mecanismo se tornasse mais uma forma de contratações ilegais por parte dos administradores públicos. Tal afirmação está calcada na lição de Carvalho Filho (2009, p. 598), para o qual “[...] o mau hábito cultivado por décadas tem levado a Administração a tentar algumas escaramuças com a finalidade de relegar a segundo plano a exigência do concurso”.

5.2.1. Tempo determinado

Efetivamente, o tempo atrelado à contratação temporária é questão que gira em torno de uma dicotomia: enquanto os dispositivos legais que dispõem acerca da possibilidade de contratar temporariamente demarcam prazos para que a mesma seja exercida, de fato é presumível que quando se trata de uma necessidade transitória, por vezes, seria tarefa praticamente intangível definir exatamente o seu termo.

Entretanto, Magalhães (2005, p. 176) afirma que “a duração do vínculo deve ter relação direta com a transitoriedade das atividades a serem exercidas”. Ante tal afirmação conclui-se que, após o término da condicionante, ou tendo ela se prolongado no tempo, necessária é a realização de certame. (MAGALHÃES, 2005, 175)

5.2.2. Necessidade temporária

Inúmeras são as situações, obviamente, que podem ser consideradas como necessidades temporárias. Porém, Magalhães (2005, p. 169) atenta para o fato de que necessidade transitória

[...] refere-se à exigência de providências com duração predeterminada, abrangendo situações de urgência que demandam providências imediatas, ou ainda atividades de

natureza transitória que são incompatíveis com o provimento em caráter efetivo nos quadros da Administração Pública.

No ponto, importa destacar que a necessidade transitória não se confunde com atividade eventual¹¹, pois trata-se o requisito de questão ligada a uma situação fortuita que demande preenchimento imediato, como é o caso de licença médica de um servidor, por exemplo. (MAGALHÃES, 2005, p. 170)

5.2.3. Excepcional interesse público

Como visto no tópico precedente, há de se existir uma necessidade transitória que autorize a contratação temporária. Todavia, a mesma, *de per se*, não é suficiente para tanto, devendo estar atrelada ao excepcional interesse público. (MAGALHÃES, 2005, P. 180)

Recentemente, em Minas Gerais, fora editada lei semelhante àquela federal, inclusive no número de artigos, a qual, porém, procurou elucidar, mesmo que minimamente, um dos requisitos para a contratação temporária, qual seja: o excepcional interesse público. O parágrafo único, do artigo 1º, da Lei nº 18.185¹², de 04 de junho de 2009, estabelece que

Para fins da contratação a que se refere o *caput*, entende-se como de excepcional interesse público a situação transitória que demande urgência na realização ou na manutenção de serviço público essencial ou aquela em que a transitoriedade e a excepcionalidade do evento não justifiquem a criação de quadro efetivo.

Em consonância com as lições de Magalhães (2005, p. 181), portanto, “pode-se conceituar, pois, o interesse público excepcional, como necessidades extraordinárias cuja satisfação é indispensável para o não perecimento de interesses da coletividade”.

5.3. Processo Seletivo Simplificado

A Lei nº 8.745, de 09/12/1993, em seu artigo 3º, previu que “o recrutamento do pessoal a ser contratado, nos termos desta Lei, será feito mediante processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação, inclusive através do Diário Oficial da União, prescindindo de concurso público”.

¹¹ Quanto à controvérsia do caráter eventual das atividades, cf. ADIn nº 3.068/DF.

¹² Lei nº 18.185, de 04/06/2009. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=18185&comp=&ano=2009&aba=js_textoAtualizado#texto>. Acesso em: 17 mar. 2012.

Entretanto, o referido diploma legal não cuidou de, além de conceituar, ditar quais seriam as fases ou atos a serem praticados no processo seletivo simplificado, tendo apenas previsto alguns casos em que o mesmo poderá até ser suprimido¹³.

Importante questão reside, justamente, na confrontação do referido instituto criado pela lei retromencionada em face do concurso público. Para tanto, deve-se partir do pressuposto de que ambos – processo seletivo simplificado e concurso público – possuem o mesmo objetivo: selecionar para a Administração Pública os candidatos mais preparados.

Nesse sentido, analisando-se o aludido artigo 3º, da Lei nº 8.745/93, pode-se chegar a duas conclusões distintas: se o processo seletivo simplificado for sinônimo de concurso público, por óbvio que houve contradição do legislador quando da edição da lei; contudo, se o primeiro instituto for verdadeiramente diferente do segundo, trata-se de uma figura inconstitucional. (MAGALHÃES, 2005, p. 242-243)

Não bastassem as imprecisões legislativas apresentadas, convém trazer à baila o advento da Emenda Constitucional nº 51, de 14/02/2006, a qual tratou de acrescentar três parágrafos ao artigo 198 da Constituição Federal e estatuiu o denominado “processo seletivo público” para que agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias pudessem ser admitidos. Analisando tal dispositivo, Bandeira de Mello (2010, p. 281), que por sinal a considerou “tecnicamente lastimável”¹⁴, argumenta que

[...] tal processo seletivo terá de apresentar características similares às de um concurso público, podendo apenas simplificá-lo naquilo que não interfira com a necessária publicidade, igualdade dos concorrentes e possibilidade de aferirem a lisura do certame. Será obrigatório, ainda, que as provas ou provas e títulos guardem relação com a natureza e a complexidade do emprego.

Vê-se, portanto, que hodiernamente existem três institutos distintos para contratação de servidores: concurso público, processo seletivo simplificado e processo seletivo público. Obediente ao propósito da presente pesquisa, não será objeto a distinção entre os mesmos, passando-se à verificação do segundo à luz do primeiro.

¹³ Nesses casos não há necessidade de realização do processo seletivo simplificado: Lei nº 8.745, art. 3º, §§ 1º e 2º, respectivamente: “A contratação para atender às necessidades decorrentes de calamidade pública, de emergência ambiental e de emergências em saúde pública prescindirá de processo seletivo”; “A contratação de pessoal, nos casos do professor visitante referido nos incisos IV e V e nos casos das alíneas *a, d, e, g, l e m* do inciso VI e do inciso VIII do caput do art. 2º desta Lei, poderá ser efetivada em vista de notória capacidade técnica ou científica do profissional, mediante análise do curriculum vitae”.

¹⁴ No mesmo sentido, Carvalho Filho (2009, p. 601) considerou a expressão utilizada no texto da Emenda Constitucional nº 51/2006 – processo seletivo público – como “atécnica”, a qual “[...] só serviu para suscitar dúvida no intérprete; na verdade, bastaria que o Constituinte se tivesse referido simplesmente a concurso público – instituto já com definição própria e imune a tais dúvidas”.

5.4. Conformação do Processo Seletivo Simplificado ao Princípio Constitucional do Concurso Público

Com fins em todo o exposto, até então, é crível que o concurso público denota, forçosamente, na aplicação isonômica de critérios para serem selecionados os candidatos mais bem preparados para ocuparem cargos públicos. Essa é a tônica vigente no seio desse mecanismo de seleção, pois

Como o bom funcionamento do Estado é totalmente dependente dos agentes que exercem as competências fixadas em lei, para em nome da Administração atingir as finalidades estabelecidas pelo ordenamento jurídico, deve-se procurar em toda a sociedade as pessoas mais bem preparadas para cumprir tal mister. Por esta razão, o processo de seleção de agentes públicos é de grande importância para que o Estado consiga satisfazer com eficiência as necessidades de toda a comunidade. (MAGALHÃES, 2005, p. 91)

Partindo do pressuposto, portanto, de que a Administração Pública deve ser integrada por servidores aptos e devidamente preparados, notadamente que os mecanismos de seleção devem ser condizentes com tal finalidade. E, além dessa prerrogativa, a constatação de Carvalho Filho (2009, p. 599) é determinante para a conjugação dos valores e princípios a serem empreendidos nos modos de seleção, pois “questão que tem gerado funda polêmica consiste na atual contratação por entes públicos (normalmente Municípios) de servidores sem a prévia aprovação em concurso público”.

A Administração Pública se encontra num patamar de obrigação quanto à submissão de todos os seus atos aos princípios estatuídos no art. 37 da Constituição da República de 1988. (FERNANDES, 2009, p. 631) Dessa forma não se pode olvidar do que preleciona Magalhães (2005, p. 164), ao advertir que

[...] cabe ao direito administrativo zelar não só pelos princípios constitucionais da Administração Pública, mas também pela proteção da parte hipossuficiente na relação de trabalho, garantindo o respeito ao valor social do trabalho (CF, art. 1º, IV) e à valorização do trabalho humano (CF, art. 170).

Dessa forma, a bem dos preceitos constitucionalmente tutelados, parece recomendável à Administração que não se aparte dos princípios aplicáveis aos concursos públicos quando da necessidade premente de se selecionar algum servidor através do processo seletivo simplificado, seja na fase interna, seja na externa.

A propósito, quanto às fases dos procedimentos de seleção de servidores, o Tribunal de Contas de Minas Gerais (2010, p. 152) esclarece que

A fase interna é etapa fundamental para o êxito do certame, já que é nesse momento que a Administração planeja o concurso, norteadas por suas necessidades e possibilidades. É nessa fase que se verificam a existência de vagas, a necessidade de criação de novos cargos, as disponibilidades orçamentárias, a contratação de empresa que executará o concurso ou a decisão pela execução direta, a elaboração do edital, que é o documento fundamental à segurança dos candidatos e da Administração, uma vez que veicula todo o regimento do concurso etc.

A chamada fase externa, por seu turno, é inaugurada quando da publicação do edital, momento a partir do qual se faz o chamamento a todos os interessados em concorrer aos cargos e/ou empregos públicos listados no ato convocatório, mediante inscrição, desde que atendam a requisitos minimamente exigíveis para tanto.

Essa fase também incorpora a etapa efetivamente concorrencial do certame, a qual diz respeito à aplicação dos exames propriamente ditos, mediante provas de diversas naturezas: objetivas, discursivas e dissertativas, orais, de capacidade física, de habilidades específicas e exame psicotécnico, todas elas parametrizadas por princípios e preceitos acordes à Constituição.

Nesse ínterim, quando da utilização do processo seletivo simplificado, a tomada de algumas medidas, que em tese são condicionantes dos concursos públicos, certamente ceifará as tentativas de burla por parte daqueles administradores imbuídos de má fé.

Respeitando-se o princípio da ampla publicidade, o qual, aliás, está previsto expressamente na cabeça do artigo 3º, da Lei nº 8.745/93, se estará abrindo a concorrência, em homenagem ao princípio da impessoalidade.

Evitando-se a prática de exigir documentos desnecessários no ato da inscrição dos candidatos nos processos seletivos simplificados se estará consagrando o princípio da isonomia. A despeito de tal temática, o Superior Tribunal de Justiça, pacificou entendimento através da Súmula nº 266¹⁵, ao estabelecer que “o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público”.

Ademais, por todo o exposto, o que se percebe é que o processo seletivo simplificado assim o é – simplificado – em razão da demanda ser diminuta se confrontada com os moldes de um concurso público, o qual certamente abrangerá muitos cargos e necessitará, por consequência, de estrutura tal que o aporte. Entretanto, o fato de ser simplificado não o dista das balizas constitucionais erigidas para o concurso, eis que o objetivo de ambos os institutos, segundo Magalhães (2005, p. 242), é um só: “[...] selecionar, entre os interessados, os melhores candidatos, por meio de provas ou provas e títulos”.

¹⁵ Súmula nº 266, STJ. Disponível: < http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0266.htm>. Acesso em 24 mar. 2012.

Tal argumento não significa, por óbvio, que devem ser afastadas as técnicas, modos e posturas do administrador público que possam garantir lisura e transparência a todo o procedimento. Pelo contrário, toda e qualquer medida que, efetivamente, contribua para que o processo seja o mais probo possível deve ser imediatamente admitida e empregada.

Para tanto, se insurge como possibilidade altamente plausível a aplicação do princípio da simetria para a edição de lei local a fim de que sejam resguardadas algumas premissas constitucionais em relação ao processo de seleção simplificado, evitando assim que o engajamento de alguns servidores se dê de forma totalmente arbitrária e desprovida de fundamento por parte dos administradores públicos.

A exemplo do que fez o Estado de Minas Gerais, e levando-se em consideração a constatação aduzida alhures por Carvalho Filho, de que principalmente por parte de Municípios há contratação sem a devida observância aos ditames legais do concurso público, é que simetricamente esses poderiam editar regimentos próprios, pontuando suas necessidades, as quais obviamente são particulares, bem como elencando as etapas a serem cumpridas em cada fase.

Destarte, a edição de lei local que regulamente a realização de processo seletivo simplificado culminaria por cumprir uma função essencial à Administração e, conseqüentemente, ao Estado Democrático de Direito como um todo, qual seja, no entendimento de Magalhães (2005, p. 238), que é exercer “controle do Poder Público”. Ademais, os próprios administradores públicos deveriam agir com prudência e cautela, pois as contratações consideradas irregulares estão “[...] sob pena de nulidade do vínculo e punição dos agentes responsáveis, nos termos do art. 37, § 2º, CF/88”. (MAGALHÃES, 2005. p. 168)

Eis, portanto, o porquê de utilizar e zelar pelos princípios que norteiam as atividades da Administração Pública. Enquanto se tratar a “coisa pública” sem a devida atenção que lhe deve ser atribuída, não se atingirá o ápice almejado pela democracia. Nesse sentido, Abbagnano (2000, p. 813) explora o conceito de público na seara filosófica expondo o pensamento de Kant, para o qual é “[...] aquilo de que todos podem participar igualmente”. Transportando-o para a Ciência Jurídico-Administrativa, quiçá se possa, verdadeiramente, usufruir do que é público valendo-se dessa máxima.

6. CONCLUSÃO

Um Estado, para ser efetivamente compreendido como Democrático de Direito, necessita, sobretudo, de efetivar os seus alicerces, os quais se encontram esculpidos em sua

própria Constituição. Até então essa afirmação não traz à tona nenhuma teoria que seja desconhecida no mundo jurídico. Entretanto, a sua revisitação é extremamente exigida para que, de fato, o texto constitucional tenha vivacidade.

Aliás, Fabrício Vargas Hordones¹⁶ adverte que “um sistema jurídico para ser legítimo deve [...] permitir a participação do povo na formação da vontade do Estado, apenas dessa forma teremos um sistema jurídico autônomo, no qual todos os indivíduos têm a mesma importância, devendo ser tratados isonomicamente”.

Foi com esse espírito, portanto, que a presente pesquisa, mesmo que sumariamente, envidou esforços no sentido de avivar a discussão acerca do instituto do processo seletivo simplificado, o qual não pode ser visto como uma válvula de escape para os entraves operacionais da Administração ou, ainda, como uma “alternativa legal” do eterno apadrinhamento por parte dos administradores.

Daí a importância de se cogitar o processo seletivo simplificado apenas nos casos em que restem presentes, efetivamente, os requisitos condicionantes.

Como visto, o concurso público no Brasil veio adquirindo forma ao longo do século passado e, mesmo sofrendo um abalo legislativo no período ditatorial, readquiriu seu devido status com o advento da Carta Política de 1988.

Com o objetivo hialino de selecionar os candidatos mais preparados para integrarem os quadros de servidores da Administração Pública, os princípios que a essa regem, bem como aqueles que circundam o instituto do concurso público devem sempre ser respeitados, sob pena de afronta ao próprio espírito do Ordenamento Jurídico que é marca indelével de um Estado sob a égide da Democracia.

Inegavelmente, como restou comprovado, o concurso público é a regra para a contratação de servidores. Entretanto, o próprio Constituinte tratou de elencar as hipóteses em que o administrador pode selecionar candidatos sem se valer do referido instituto. E dentre essas hipóteses coube ao presente trabalho ater-se a apenas uma: ao processo seletivo simplificado.

Esse, por sua vez, encontra regramento em nível federal e, para fins de pesquisa, foi comparado à lei mineira que regula a mesma matéria, sobressaltando-se, a partir de então, a possibilidade de ser efetivado o princípio da simetria para que, sobretudo os Municípios, também possam regular o uso do processo seletivo simplificado, haja vista a advertência

¹⁶ HORDONES, Fabrício Vargas. **O “jeitinho” brasileiro como juízo aristotélico de equidade**. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_HordonesFV_1.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2012.

introduzida no trabalho de que são nesses que ocorrem a maioria dos casos de contratação sem a observância da regra do concurso.

O estudo bibliográfico apresentado neste trabalho possibilitou, portanto, confirmar a hipótese inicialmente aventada, ou seja, se os mecanismos postos à disposição dos administradores públicos forem devidamente utilizados de forma a proporcionar lisura ao procedimento excepcional do processo seletivo simplificado, o mesmo, necessariamente, se assemelhará à essência pricipiológica do concurso público.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 17 mar. 2012.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A3o34.htm>. Acesso em 17 mar. 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67 .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em 17 mar. 2012.

BRASIL. Lei nº 8.745, de 09 de dezembro de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8745cons. htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8745cons.htm)>. Acesso em 17 mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 266**. Disponível: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0266.htm>. Acesso em 24 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 13**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf>. Acesso em 17 mar. 2012.

BRAZ, Petrônio. **Tratado de Direito Administrativo**. vol. I. Leme: Mundo Jurídico, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. **Princípio da Isonomia e Concursos Públicos**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, número 6 (abril/maio/junho de 2006, Salvador, Bahia, Brasil). Disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em 28.01.2011 Material da 5ª aula da Disciplina Agentes públicos, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Municipal – Anhanguera- Uniderp | REDE LFG.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentário às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERRAZ, Luciano. **Concurso público de provas e títulos**. Constitucionalização do direito administrativo. Princípios jurídicos como limites à discricionariedade administrativa (parecer). Interesse Público. Sapucaia do Sul: Notadez v.7, n. 35, (jan/fev.2006) p.127-141.

HORDONES, Fabrício Vargas. **O “jeitinho” brasileiro como juízo aristotélico de equidade**. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_HordonesFV_1.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos**. São Paulo: LTr, 2005.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MINAS GERAIS. Lei nº 18.185, de 04/06/2009. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?>

tipo=LEI&num=18185&comp=&ano=2009&aba=js_textoAtualizado#texto>. Acesso em: 17 mar. 2012.

MOTTA, Fabrício. **Concurso público**: direito a nomeação e a existência de "cadastro de reserva". Interesse Público, Belo Horizonte: Fórum, v.12, n.61, (maio 2010), p.47-68.

MOTTA, Fabrício (Coord.). **Concurso público e Constituição**. 1. ed., 2. tir. Belo Horizonte: Fórum.

MOTTA, Fabrício. **Concursos públicos e o princípio da vinculação ao edital**. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro: Renovar n.239 (jan./mar. 2005), p.139-148.

MOTTA, Fabrício. **Princípios constitucionais aplicáveis aos concursos públicos**. Interesse Público, Sapucaia do Sul: Notadez v.5, n.27(set/out.200), p.31-55.

REVISTA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Concursos Públicos**. Edição especial. Ano XXVIII. Belo Horizonte: Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Constitucionalização e 20 Anos da Constituição**: Reflexão Sobre a Exigência de Concurso Público (Entre a Isonomia e a Segurança Jurídica). Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, jul.-agost.-set. 2009. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 26 jan. 2011. Material da 5ª aula da Disciplina Agentes públicos, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Municipal – Anhanguera-Uniderp | REDE LFG.

TAVARES, André Ramos. **Constituição do Brasil integrada com a legislação e a jurisprudência do STF**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.