

# O MP e o controle do cumprimento da regra constitucional do concurso público

*Raul de Mello Franco Jr.*



# **NOÇÕES BÁSICAS**

# Vínculos de trabalho com o Poder Público

- **CARGOS**
- **EMPREGOS**
- **FUNÇÕES**

# REGRA CONSTITUCIONAL PARA O PROVIMENTO DE CARGOS E EMPREGOS

## *CONSTITUIÇÃO FEDERAL*

- Art. 37...
- 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;

# Objetivos da regra constitucional

- ***Geral: concretização dos princípios administrativos constitucionais***
  - **Condições de igualdade para o acesso aos cargos públicos, afastando favorecimentos ou discriminações**
  - **Garantir a fruição de direito fundamental do cidadão: disputar as posições públicas estáveis**
  - **Seleção dos mais qualificados para o exercício das atribuições próprias do cargo, o que contribui para o aperfeiçoamento da ação administrativa.**

# Regras constitucionais complementares

- **Prazo de validade** (art. 37, III)
  - **Estrita observância da ordem de classificação** (art. 37, IV)
  - **Reserva de vagas a pessoas com deficiência** (art. 37, VIII)
  - **Exclusividade do exercício de funções de confiança** (art. 37, V)
  - **Direito ao exercício de percentual de cargos em comissão** (art. 37, V)
- Estabilidade** (art. 41)

# CONSEQUÊNCIAS GERAIS DO DESCUMPRIMENTO

- **CONSTITUIÇÃO FEDERAL**
- **Art. 37...**
- **(...)**
- **§ 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade, nos termos da lei.**

***“Pelo concurso se afastam os ineptos e os apaniguados, que costumam abarrotar as repartições num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder, leiloando empregos públicos.”*** (Hely Lopes Meirelles).



# **CONCURSO PÚBLICO X PROCESSO SELETIVO**

- **O concurso, cercado de grandes formalidades, não se confunde com o processo de seleção pública, mais simplificado e usado para situações especiais como:**
  - a) Contratações temporárias (art. 37, IX, CF)**
  - b) Contratações promovidas pelas entidades privadas detentoras de privilégios estatais (serviços sociais autônomos, O.S., OSCIPs etc.).**

# Alcance da regra geral

- Não basta o concurso para a primeira investidura.
- Transformações de cargos e transferências de servidores a cargos ou categorias funcionais diversas das iniciais exigem novo concurso (provimento derivado).
  - Súmula Vinculante 43: *"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"*.

# **A quem a regra universal do concurso público obriga?**


- **Administração Pública direta de todos os níveis.**
- **Administração pública indireta de todos os níveis** (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas).

# EXCEÇÕES À REGRA DO CONCURSO PÚBLICO

- **Cargos eletivos** (escolha, em regra, pelo voto popular)
- **Cargos em comissão** (direção, chefia e assessoramento)(art. 37, II, parte final)
- **Contratações temporárias** (atender necessidades de excepcional interesse público)(art. 37, IX)

# EFETIVOS X COMISSIONADOS

<b>EFETIVOS</b>	<b>COMISSIONADOS</b>
Dependem de concurso público	Independem de concurso público
Critério básico de escolha: capacidade (mérito)	Critério básico de escolha: confiança (fidúcia)
Podem adquirir estabilidade	São marcados pela precariedade
Desempenham funções técnicas, burocráticas, operacionais	Desempenham funções especiais de comando



**Comportamentos que impactam o cumprimento da regra constitucional e podem se sujeitar ao controle do MP**

# Descumprimento

- 1. Não realização ostensiva ou dissimulada**
- 2. Realização formalmente falha**
- 3. Realização ineficiente**

# Descumprimento

## 1. Não realização dissimulada

- **Criação e provimento de cargos comissionados com atribuições técnicas** (próprias dos cargos concursáveis).
- **Contratações de profissionais ou empresas para a realização de atividades-fim, as quais deveriam ser desenvolvidas por servidores públicos** (terceirização).



# **Descumprimento**

## **1. Não realização dissimulada**

- **Situações emergenciais artificializadas para contratações temporárias ou indevido prolongamento dessas contratações.**
- **Cessão ilegal de pessoal (entre órgãos da Administração ou até com entidades paraestatais).**

# **Descumprimento**

## **2. Realização falha**

- **Concurso público fraudulento**
- **Vícios internos ou externos do edital**
- **Déficit de qualificação técnico-científica dos integrantes da banca**
- **Comprometimento ostensivo ou dissimulado da banca examinadora com certos candidatos (parcialidade)**

# **Descumprimento**

## **2. Realização falha**

- Descompasso entre o edital e os atos de execução do concurso**
- Critérios de avaliação calcados em excessiva subjetividade**
- Exigências editalícias provocadoras de desequilíbrio das condições de competição entre os candidatos**
- Inexistência de instrumentos de impugnação, de meios recursais ou deficiência deles**

# **Descumprimento**

## **3. Realização ineficiente**

- **Convocações de aprovados com ofensa à ordem de classificação.**
- **Exigências formais para a posse incompatíveis com o edital ou de difícil cumprimento pelo candidato, no prazo ajustado pelo contratante.**
- **Aprovações sem convocações, seguindo-se ou não a abertura de novo concurso.**

# **Aprovação e direito subjetivo à nomeação**

- **Evolução jurisprudencial – a superação da discricionariedade, a partir de 2009.**
- **Princípio da razoabilidade – presume-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes.**

# Aprovação e direito subjetivo à nomeação

## **Precedentes jurisprudenciais**

### **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**HÁ DESVIO DE PODER com a  
nomeação parcial de candidatos seguida de:**

- a) indeferimento da prorrogação do concurso sem justificativa socialmente aceitável;**
- b) publicação de novo edital para concurso dos mesmos cargos**

*(RE 192.568/PI)*

# Aprovação e direito subjetivo à nomeação

## **Precedentes jurisprudenciais**

### **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

#### **HÁ DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO QUANDO:**

- a) a aprovação ocorrer dentro do número de vagas do edital**
- b) houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação**
- c) surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração.**

**(RE 837311/PI – Rel. Min. Luiz Fux – 09.12.2015)**

# Aprovação e direito subjetivo à nomeação

## Precedentes jurisprudenciais

### SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

#### HÁ DIREITO À NOMEAÇÃO:

- No número de vagas previstas no edital
- Se no prazo do concurso surgirem novas vagas

*(RMS 15180/PR)*



# **Aprovação e direito subjetivo à nomeação**

## **Precedentes jurisprudenciais**

### **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

#### **HÁ DIREITO À NOMEAÇÃO:**

**Se depois da homologação do concurso, as funções próprias dos cargos concursados permanecem sendo desempenhadas por empregados de entidades parceiras (OS, OSCIPs) ou por servidores de outros cargos.**

(AI 848031 AgR/PE - RMS 31.847)

# Aprovação e direito subjetivo à nomeação

## **CADASTRO DE RESERVA**

- *A abertura de concurso para a formação de CADASTRO DE RESERVA não é vedada. Mas caracteriza descumprimento da regra do concurso a não convocação de candidato algum (ofensa aos princípios da boa-fé, motivação e proteção da confiança).*
- *Não havendo número de vagas indicado no edital, presume-se que há, no mínimo, uma.*

(STJ – RMS 26.711)

# Aprovação e direito subjetivo à nomeação

## *Síntese*

- ***Realizado o concurso, a regra é a nomeação de todos os candidatos aprovados, dentro do número de vagas existentes ou que venham a surgir no prazo de validade do concurso. A não convocação é exceção e, como tal, deve ser consistentemente motivada.***

# Controle extrajudicial dos concursos

- **Direito de impugnação e recurso perante a Administração**
- **Representação perante o Tribunal de Contas (art. 74, § 2º, CF)**
- **Representação perante o Ministério Público (defesa de direitos supraindividuais).**

# Controle judicial dos concursos

- **Ações individuais**
- **Ações populares** (havendo indícios de lesão ao erário)
- **Ações civis públicas** (inclusive para anulações ou sancionamento dos atos de improbidade administrativa)
- **Ações penais**

# Limites da atividade judicial

- **STF** - o Poder Judiciário é incompetente para substituir-se à banca examinadora de concurso público no reexame de critérios de correção das provas e de conteúdo das questões formuladas.
- A verificação de erro grosseiro, porém, pode levar ao reconhecimento de ilegalidade.

MS 30859/DF e MS 30860/DF, rel. Min. Luiz Fux, 28.8.2012



**MUITO OBRIGADO**

***raul@mpsp.mp.br***