



UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

Mário Ruza Neto

**CONCURSO PÚBLICO: CADASTRO DE RESERVA À
LUZ DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**

**Juiz de Fora
2011**

MÁRIO RUZA NETO

**CONCURSO PÚBLICO: CADASTRO DE RESERVA À
LUZ DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**

Monografia apresentada no curso de graduação à Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito, como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel.

Orientador: Prof. Leonardo Vinícius Cordeiro

Juiz de Fora
2011

MÁRIO RUZA NETO

**CONCURSO PÚBLICO: CADASTRO DE RESERVA À LUZ DO PRINCÍPIO DA
EFICIÊNCIA**

Monografia apresentada no curso de
graduação à Universidade Federal de Juiz de
Fora, Faculdade de Direito, para conclusão do
curso de Direito.

Juiz de Fora, 02 de Dezembro de 2011

Professor e orientador Leonardo Vinicius Cordeiro
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Abdalla Daniel Curi
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Fernando Antônio Fagundes Reis
Universidade Federal de Juiz de Fora

*À Deus todo o Mérito e Glória e a minha família,
em especial a minha mulher, e a todos que
contribuíram para o meu sucesso.*

RESUMO

Objetivo: Analisar a instituição de Concursos públicos para provimento exclusivo de Cadastro de Reserva à luz do princípio da eficiência administrativa. Método: para o desenvolvimento do presente trabalho, foi levantada uma pesquisa bibliográfica sobre o Concurso Público, sua origem e evolução ao longo do tempo, bem como à respeito da modalidade de cadastro de reserva, sua definição, origem e utilização recente nos certames públicos de forma inconstitucional, em especial ao que delimita o princípio da eficiência administrativa. Efetuou-se também uma coleta de diversos julgados dos tribunais brasileiros de forma a conhecer o entendimento da jurisprudência sobre o tema. Resultado: constatou-se que a utilização de concursos para provimento exclusivo de cadastro de reserva, apesar de ser um legítimo instrumento de planejamento do interesse público, tem sido usado por órgãos da administração pública, como forma de fraude ao conquistado direito subjetivo à nomeação violando em demasia o princípio da eficiência ao realizar certames e proceder com poucas ou mesmo nenhuma nomeação; ao descartar profissionais de comprovada boa técnica; ao não prorrogar o edital com aprovados em cadastro de reserva e realizar um novo concurso em seguida; ao permanecer com terceirizados em cargos ou empregos, mesmo com aprovados em cadastro de reserva, além de onerosos gastos, precarização dos servidores públicos e quebra da boa fé e confiança da população na Administração Pública. Conclusão: Diante do exposto, conclui-se que a realização de certames públicos sob nenhum aspecto, deve desprezar os princípios constitucionais dispostos na Constituição Federal, e sim considerá-lo como um instrumento firmado como legítimo e igualitário de disputa aos cargos e empregos públicos e de alcance, pela administração, da eficiência almejada pela máquina pública em respeito à boa fé e à confiança dos cidadãos, sendo a utilização do cadastro de reserva, apenas uma possibilidade em situações limitadas, expostas no presente trabalho.

Palavras-chave: Concurso Público, Cadastro de Reserva, Princípio da Eficiência, Constitucionalidade.

ABSTRACT

Objective: analyze of doing public competitive examination's only with reserve register through administrative efficiency principle. Method: for the development of this work it was accomplished a bibliographical research about the public competitive examination's origin and evolution and about reserve register's origin, definition and its unconstitutional current use, especially about administrative efficiency principle. The collection of diverse judgments in the Brazilian courts was also made to know the positioning of the jurisprudence on the subject. Result: it was evidenced that the accomplishment public competitive examination's only with reserve register although to be a legitimate planning tool to public concern, it has been used by public administration as a fraud of subjective entitlement violating a lot the efficiency principle in doing public competitive examination's without do the nominations; in throw away qualified professionals; in don't extend the competitive examinations and in the same time to do another public competitive examination; in remain with outsourced professionals in instead of approved personal, in addition to spending, worst public servants and the violation of the population confidence in public administration. Conclusion: Therefore, the accomplishment public competitive examination's never can defy the constitutional principles of Federal Constitution an then, considerate the public competitive examinations by a legitimate dispute to public jobs and the administration have to use this thing as a way to made the public efficiency, moreover, the reserve register only can be used in limited situations, exposed in this work.

Key Words: public competitions, reserve register, efficiency principle, constitutionality

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. CONCURSO PÚBLICO.....	9
2.1 CONCEITO E ORIGEM DO CONCURSO PÚBLICO.....	9
2.2 EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL.....	10
2.4 DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO CONCURSO PÚBLICO: O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	13
3. DOS CONCURSOS PARA PROVIMENTO DE CADASTRO DE RESERVA.....	15
3.1 CONCEITO E APLICAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA.....	15
3.2 O DIREITO À NOMEAÇÃO DOS APROVADOS E A SITUAÇÃO DO CADASTRO DE RESERVA.....	16
3.3 INCONSTITUCIONALIDADE DO CADASTRO DE RESERVA: VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	18
3.4 O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS E A VEDAÇÃO LEGAL DO CADASTRO DE RESERVA.....	23
4. CONCLUSÃO.....	31
5. REFERENCIAS BILIOGRÁFICAS.....	33
ANEXOS	
ANEXO A - PROJETO DE LEI DO SENADO Nº , DE 2008.....	36

1. Introdução

Há tempos, a procura por cargos e empregos públicos tem se intensificado. Elevados índices de desemprego, saturação do mercado de trabalho, busca por melhores salários e a tão sonhada estabilidade, fazem com que milhões de brasileiros iniciem a corrida pelas disputadas vagas dos concursos públicos. Resta aos mesmos despendem de horas de estudo, por vezes até mesmo comprometer a renda familiar, a fim de estabelecerem-se entre os melhores profissionais para a máquina pública.

Porém, nem sempre os candidatos logram o êxito merecido, mesmo estando comprovadamente aptos para tal. É o que acontece em alguns certames para provimento exclusivo de Cadastro de Reserva, o qual não delimita em seu Edital, um número de vagas a serem preenchidas.

O objetivo que norteia a realização desse trabalho é analisar as questões referentes aos concursos para provimento de cadastro de reserva a fim de questionar sua realização como forma de burlar os já conquistados direitos democráticos e igualitários de disputa aos cargos e empregos públicos e, através dos entendimentos dos tribunais brasileiros, pautar sua constitucionalidade com base nos princípios administrativos, em especial o princípio da Eficiência Administrativa.

Para tanto, realizou-se uma pesquisa bibliográfica a respeito da história e evolução do Concurso Público no Brasil, do surgimento e recente utilização do cadastro de reserva e uma revisão sobre os recentes julgados para o posicionamento da jurisprudência sobre o tema.

Em um primeiro momento, aborda-se a origem e evolução do Concurso Público na sociedade, bem como sua evolução constitucional até os dias atuais. Cabe ainda no mesmo capítulo uma breve revisão a respeito dos princípios constitucionais aplicáveis aos concursos públicos, com enfoque para o princípio da eficiência, suas definições e aplicação.

O segundo capítulo do trabalho objetiva discutir a fundo as questões envolvendo os concursos para provimento exclusivo de cadastro de reserva. Analisa-se seu contexto de criação, as situações de sua aplicação legítima e sua atual utilização nos certames públicos e busca-se, através das decisões dos tribunais brasileiros, conhecer os entendimentos da jurisprudência a cerca da sua constitucionalidade, principalmente no que

concerne o princípio da eficiência, e a dialética envolvendo interesses da Administração Pública e os direitos constitucionais dos candidatos.

2. Concurso Público

2.1 Conceito e origem do Concurso Público

Segundo Diogenes Gasparini, o concurso público é “um procedimento posto à administração pública direta e indireta, autárquica e fundacional pública de qualquer nível de governo, para a seleção do futuro melhor servidor, necessário à execução de serviços sob sua responsabilidade¹”.

José dos Santos Carvalho Filho, ainda complementa que o mesmo tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos, verificando capacidade intelectual, física e psíquica e afirma este ser o meio mais idôneo de recrutamento de servidores públicos².

Até o modelo atual conhecido, várias foram as formas de seleção de servidores públicos na História. O sorteio era bastante utilizado na antiguidade clássica, no qual, servidores eram sorteados sob a crença de uma influencia divina. Na França, era comum a compra e venda de cargos públicos, tornando-os objetos comerciáveis. Havia também, o sistema de transmissão de herança; o arrendamento, o qual criava um sistema de locação de serviços; a eleição, dando ao povo a possibilidade de escolher direta ou indiretamente os servidores do Estado; e a livre nomeação pela autoridade da Administração, sendo inclusive este muito utilizado no Brasil Império³.

A instituição da seleção por meio de concurso público desenvolveu-se na França, após inúmeras lutas travadas com aqueles favorecidos pela aplicação de outros sistemas⁴.

Na Atualidade, o Concurso Público, enquanto procedimento administrativo tornou-se indispensável para estabelecer condições igualitárias ao acesso aos cargos e empregos públicos⁵.

p.166

¹ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2002,

² FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 16º Ed, 2006, p.525

³ MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime Jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 3-5

⁴ Ibid., p.5

2.2. Evolução Constitucional do Concurso público

No Brasil Império, as funções públicas eram exercidas por aqueles escolhidos pelo Imperador, não havendo, portanto, alguma seleção. A escolha do Imperador era o “processo seletivo” aplicado na época, pois neste período histórico, a vontade pessoal do Imperador era soberana e aceita como se fosse a vontade do Estado⁶, apesar de a Constituição de 1824 assegurar que qualquer cidadão poderia ocupar um cargo público de acordo com seus talentos, segundo o art 179, XIV: “Todo o cidadão pode ser admitido aos Cargos Públicos Civis, Politicos, ou Militares, sem outra diferença, que não seja dos seus talentos, e virtudes⁷”.

A constituição de 1891 reitera o direito a cargos públicos a todos os cidadãos, desde que haja a capacitação prevista no Art. 73 desta. Além de proibir cargos acumulados, conforme o trecho: “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 remuneradas⁸”.

Após a revolução constitucionalista de 1932, foi promulgada a constituição de 1934. Neste momento histórico, o concurso público passou a ser um princípio constitucional, devendo ser aplicado somente nas situações em que a lei o dispusesse de forma expressa e somente para os cargos considerados de carreira⁹. Além disso, trouxe um dos maiores atrativos do concurso público: a estabilidade, a qual o trabalhador teria direito após dois anos da nomeação ocorrida em virtude de concurso público de provas e somente após dez anos de serviço¹⁰.

⁵ MOTTA, Fabrício. Concurso Público: direito à nomeação e a existência de “cadastro de reserva”, **Revista eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Nº 24, outubro/novembro/dezembro de 2010

⁶ MAIA; QUEIROZ, op. cit., p. 7.

⁷BRASIL. Constituição (1824). **Constituição política do Império do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso em 20/07/2011.

⁸ BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 20/07/2011.

⁹ MAIA; QUEIROZ, op. cit., p. 8.

¹⁰ MAIA; QUEIROZ, op. cit., p. 8.

Novas mudanças vieram com a Constituição de 1967/69, relativas ao concurso de provas ou de provas e títulos, na qual em seu Artigo 95 § 1º, vedou concursos com provas exclusivas de títulos¹¹, prática utilizada nas constituições anteriores.

A constituição de 1988 veio determinar ser a aprovação em concurso público condicional à investidura de cargos ou empregos públicos, conforme disposto no Artigo 37:

Art. 37 CRFB (...) 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 exoneração¹².

Enfim, as modificações ao longo do tempo fizeram do concurso público um procedimento constitucional de demonstração democrática e igualitária ao preenchimento de cargos públicos, com o certame de que todos podem participar nas mesmas condições, com a escolha dos melhores candidatos¹³.

2.3 Dos Princípios aplicáveis ao Concurso Público: o Princípio da Eficiência

Segundo Diogenes Gasparini, a Constituição Federal, no art. 37, preceitua que a Administração Pública, tanto a direta como a indireta, de qualquer um dos poderes da união, dos Estados membros, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá entre outros, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, utilizados de forma a nortear a atividade administrativa, e assim, fundamentar o Direito Administrativo¹⁴.

¹¹BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm. Acesso em 20/07/2011

¹²BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 20/07/2011

¹³FILHO, op.cit., p.526

¹⁴GASPARINI, op.cit., p. 7

O presente trabalho vai dar enfoque ao princípio da eficiência, o que não exclui de relevância e importância dos outros princípios, mas apenas por ser este objeto de estudo do mesmo.

A partir da emenda constitucional nº19/98, foi acrescentado ao caput do art. 37, o princípio da eficiência. Diógenes Gasparini relata que o mesmo impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento¹⁵.

Segundo Alexandre Santos Aragão:

A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos¹⁶.

O núcleo do princípio, segundo Fernanda Marinela, é a procura da produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional¹⁷. Em relação ao mesmo, cita Celso Antonio Bandeira de Melo:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais suma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da 'boa administração'¹⁸.

Para a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

¹⁵ *Ibidi.*, p.19

¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos. Princípio da Eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, Nov/dez 2005, jan 2006. Disponível em <http://www.diretotoestado.com.br>. Acesso em 20/07/2011

¹⁷ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**, Salvador: Editora Jus Podivm, 2005, p. 41

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. ed. 12, São Paulo : Malheiros, 1999, p. 92.

o princípio apresenta-se sob dois aspectos, podendo tanto ser considerado em relação à forma de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atuações e atribuições, para lograr os melhores resultados, como também em relação ao modo racional de se organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, e também com o intuito de alcance de resultados na prestação do serviço público¹⁹.

Helly Lopes Meirelles, por seu turno, percebia a importância do princípio:

Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. 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 [...] A eficiência funcional é, pois, considerada em sentido amplo, abrangendo não só a produtividade do exercente do cargo ou da função como a perfeição do trabalho e sua adequação técnica aos fins visados pela Administração, para o quê se avaliam os resultados, confrontam-se os desempenhos e se aperfeiçoa o pessoal através de seleção e treinamento. Assim, a verificação da eficiência atinge os aspectos quantitativo e qualitativo do serviço, para aquilatar do seu rendimento efetivo, do seu custo operacional e da sua real utilidade para os administrados e para a Administração. Tal controle desenvolve-se, portanto, na tríplice linha administrativa, econômica e técnica²⁰.

No que concerne ao Concurso público, o princípio da eficiência é entendido como a seleção dos mais aptos para ocupar as posições em disputa e proporcionar assim uma atuação estatal otimizada²¹.

Dessa forma, desde a observação da necessidade de abertura de um concurso em um determinado setor, aos procedimentos logísticos de aplicação de provas, locais, inscrições, elaboração das mesmas, correção e divulgação, é aplicável o princípio da eficiência. Isto, não somente para garantir questões burocráticas, mas também a garantia de que outros princípios não sejam violados no procedimento, quais sejam, os princípios da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da boa fé dos candidatos.

É fundamental, portanto, que o concurso público, enquanto processo administrativo, em respeito ao princípio da eficiência, deva ser planejado e organizado para

¹⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

²⁰ MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23 ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 93.

²¹ MOTTA, Fabrício. Concurso Público: direito à nomeação e a existência de “cadastro de reserva”, **Revista eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Nº 24, outubro/novembro/dezembro de 2010

que a reposição do quadro de funcionários seja adequada qualitativamente e quantitativamente, de acordo com a complexidade das atividades, dos objetivos e das metas institucionais da Administração Pública²².

Segundo Fabrício Mota, alguns pontos são de importante verificação como providências preliminares, para os órgãos e entidades que planejam realizar um concurso, quais sejam: o número de cargos e empregos vagos; o número de servidores contratados por prazo determinado e terceirizados que compõem postos legalmente ocupados por servidores concursados; o número de agentes públicos que encontram-se em vias de aposentadoria; a existência de concurso anterior com prazo de validade ainda não expirado e com candidatos aprovados ainda não nomeados; um prazo de validade que não imponha a realização de novo concurso e conseqüente criação de novos gastos; obediência aos requisitos fiscais para a futura nomeação dos aprovados; o perfil necessário aos candidatos adequados às atribuições dos cargos e empregos; a conveniência de realização direta ou terceirização do concurso; a normatização das atribuições da comissão de concurso, bem como da banca examinadora e um cronograma para as nomeações e contratações²³.

Diante do exposto nota-se a relevância do princípio da eficiência, enquanto obrigação da Administração Pública em todos os seus atos, em especial ao concurso público. Isto, pois os muitos candidatos que almejam um cargo público e despendem tempo e esforço para conquistá-lo, ao menos esperam uma atuação Estatal otimizada e cumpridora de seus deveres legais.

²² MOTTA, op.cit. p.12

²³ MOTTA, Fabrício. Concurso Público: direito à nomeação e a existência de “cadastro de reserva”, **Revista eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Nº 24, outubro/novembro/dezembro de 2010

3. Dos Concursos para provimento de Cadastro de Reserva

3.1 Conceito e aplicação

Em concursos modernos, tem se tornado prática, os editais admitirem o cadastro de reserva, constituído pela relação dos aprovados em um número superior ao número de vagas disponibilizado pelo edital, cujo objetivo é reunir habilitados para determinada função pública segundo expectativa aferida, conforme necessidade pública²⁴.

Fabrizio Mota comenta tratar-se de um legítimo instrumento de planejamento para o interesse público, desde que sejam respeitados os princípios constitucionais com a menor restrição possível aos direitos individuais dos cidadãos²⁵, conforme o trecho:

Com efeito, em determinados cargos ou empregos públicos a rotatividade costuma ser intensa, sobretudo em razão da remuneração pouco atrativa. Durante o prazo de validade do concurso, a instabilidade natural do quadro de pessoal de cada órgão ou entidade pode recomendar a aprovação de número excedente de candidatos, para possibilitar em momento posterior, a célere recomposição da força de trabalho²⁶.

Porém, a realidade é que em muitos editais, o Cadastro de Reserva aplica-se à margem da eficiência esperada dos certames públicos, como nos editais com provimento exclusivo de cadastro de reserva. Ora, a necessidade de vagas parece ser um pressuposto para a abertura de concursos públicos, não havendo explicação lógica a seleção de vagas que sequer existem, exceto em casos excepcionalíssimos, envolvendo processo de criação de cargos em andamento e cargos vagos na vigência de concurso anterior cujos aprovados já foram nomeados²⁷.

Cabe ao presente estudo, portanto, questionar o cadastro de reserva enquanto procedimento dos certames públicos, se o mesmo viola a Carta Magna que disciplina os

²⁴ MOTTA, op.cit. p.14

²⁵ LYRA JUNIOR, Richard Paes. **Cadastro reserva em certames públicos: mera discricionariedade ou vinculação administrativa?**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 90, 01/07/2011 Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9863. Acesso em 25/07/2011

²⁶ MOTTA, op.cit. p.14

²⁷ Ibi, p.15

princípios administrativos que norteiam a atuação do Estado, como o princípio da eficiência, bem como analisar os recentes julgados do STF e STJ envolvendo irregularidades no cadastro de reserva e prorrogação do prazo de vigência de concursos públicos.

3.2 O direito à nomeação dos aprovados e a situação dos candidatos em Cadastro de Reserva

O entendimento da jurisprudência em relação aos aprovados em concurso público vem passando por uma evolução ao longo do tempo.

Em meados da década de 90, a jurisprudência somente reconhecia a mera expectativa de direito ao aprovado, ou seja, mesmo que estivesse o candidato dentro do número de vagas proposto, não poderia exigí-la, a não ser que houvesse um desrespeito à ordem classificatória²⁸.

“CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO – CONCURSO PÚBLICO - DIREITO A NOMEAÇÃO - SÚMULA 15 - STF - A aprovação em concurso não gera direito a nomeação, constituindo mera expectativa de direito. Esse direito somente surgirá se for nomeado candidato não aprovado no concurso ou se houver o preenchimento de vaga sem observância de classificação do candidato aprovado. Súmula 15-STF”(STF - MS 21.870 - DF - T.P. - rel. Min. Carlos Velloso – DJU 19/12/1994)²⁹.

Mais recentemente, observa-se uma mudança à tradicional jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal, declara que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas tem direito subjetivo à nomeação:

DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO DE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE VAGAS PARA CARGO PÚBLICO COM LISTA DE APROVADOS EM CONCURSO VIGENTE: DIREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA DE DIREITO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO EM PROVER CARGOS VAGOS: NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. ARTIGOS 37, INCISOS II E IV,

²⁸ ROSA, Dênerson Dias. Aprovação em concurso público (segunda parte) – hipóteses reconhecidas de direito subjetivo à nomeação. **Revista Jus Vigilantibus**, 19 de Agosto de 2008. Disponível em : <http://jusvi.com/artigos/35474>. Acesso em 21/07/2011

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança nº 21870-3/DF**. Relator Min. Carlos Velloso, 6 de outubro de 1994. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747291/mandado-de-seguranca-ms-21870-df-stf>. Acesso em: 21/07/2011

DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO³⁰.
(STF, 1ª Turma: RE 227480/RJ, rel. p/ o acórdão Min. Cármen Lúcia, 16.09.2008)

Nesse sentido também a 6ª turma do STJ afirmou o direito subjetivo à nomeação ao candidato dentro do número de vagas conforme disposto:

Servidor público. Concurso para o cargo de oficial de justiça do Estado de São Paulo. Candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital. Direito líquido e certo à nomeação.

1. O concurso representa uma promessa do Estado, mas promessa que o obriga -o Estado se obriga ao aproveitamento de acordo com o número de vagas.
2. O candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, como na hipótese, possui não simples expectativa, e sim direito mesmo e completo, a saber, direito à nomeação.
3. Precedentes: RMS-15.034, RMS-15.420, RMS-15.945 e RMS-20.718.
4. Recurso ordinário provido.

(RMS 19.478/SP, Relator Ministro Nilson Naves, julgado em 06.05.2008)³¹

Dessa forma, aos candidatos aprovados dentro do número de vagas é garantido o direito subjetivo à nomeação. Porém, a dúvida se estabelece em relação aos candidatos aprovados em cadastro de reserva, ou seja, aos aprovados fora do número de vagas previsto.

Por motivos que serão apresentados posteriormente no presente trabalho, recentes julgados do STF têm decidido em favor de candidatos aprovados em cadastro de reserva, garantindo-lhes o direito subjetivo à nomeação caso seja comprovado que há postos disponíveis, conforme ilustra julgado abaixo:

EMENTA Concurso público. Criação, por lei federal, de novos cargos durante o prazo de validade do certame. Posterior regulamentação editada pelo Tribunal Superior Eleitoral a determinar o aproveitamento, para o preenchimento daqueles cargos, de aprovados em concurso que estivesse em vigor à data da publicação da Lei.

1. A Administração, é certo, não está obrigada a prorrogar o prazo de validade dos concursos públicos; porém, se novos cargos vêm a ser criados, durante tal prazo de validade, mostra-se de todo recomendável que se proceda a essa prorrogação.
2. Na hipótese de haver novas vagas, prestes a serem preenchidas, e razoável número de aprovados em concurso ainda em vigor quando da edição da Lei que criou essas novas vagas, não são justificativas bastantes para o indeferimento da prorrogação da validade de certame público razões de política administrativa interna do Tribunal Regional Eleitoral que realizou o concurso.
3. Recurso extraordinário provido³².

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº227480/RJ**. Relator Min. Carmen Lúcia, 16 de setembro de 2008. Disponível <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14718421/recurso-extraordinario-re-227480-rj-stf>. Acesso em: 21/07/11

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 19478/SP**. Relator Min Nilson Naves, 6 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7036772/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-19478-sp-2005-0012499-9-stj>. Acesso em: 21/07/2011

Enfim, a paradigmática decisão, abre discussões a respeito da constitucionalidade do cadastro de reserva e sua implicação nos deveres da Administração pública e nos direitos individuais dos cidadãos.

3.3 A inconstitucionalidade do Cadastro de Reserva: violação ao princípio da eficiência

Segundo Luciano Henrique da Silva Oliveira, abrir certames sem número de vagas definido afigura-se extremamente nocivo para a instituição do concurso público. Isso, pois claramente denota uma estratégia de interesse Estatal em detrimento dos direitos individuais dos cidadãos, já que muitos se candidatam e se submetem às exigências de um Edital e ficam somente com a esperança de possivelmente serem nomeados durante o prazo de validade do mesmo. Ademais, o número de vagas de um Edital é essencial para a escolha de se inscrever ou não em um concurso público³³. A respeito disso, Francisco Lobello de Oliveira disserta:

Para que os candidatos possam definir se têm interesse em concorrer às vagas oferecidas, o edital deve conter o(s) cargo(s) ou emprego(s) oferecido(s), o número total de vagas já existentes bem como o número de vagas reservadas aos deficientes físicos, a remuneração inicial, o local ou os locais em que o serviço deverá ser prestado, as atribuições do cargo ou emprego, e outros dados que possam ser relevantes para a decisão do candidato³⁴.

Na verdade a positivação e posterior ascensão dos concursos para provimento de cadastro de reserva veio com um decreto do Presidente da Republica em 2009 a fim de

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso extraordinário nº 581113/SC**. Relator Min. Dias Toffoli, 5 de abril de 2011, Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19734069/recurso-extraordinario-re-581113-sc-stf>. Acesso em: 23/07/11

³³ OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. **A inconstitucionalidade do cadastro de reserva nos concursos públicos**, Revista Jus Naviganti, maio de 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/14925/a-inconstitucionalidade-do-cadastro-de-reserva-nos-concursos-publicos>. Acesso em 26/07/2011

³⁴ ROCHA, Franciso Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos Concursos Públicos**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 56

positivar a possibilidade de adoção do cadastro de reserva nos concursos públicos do Poder Executivo Federal:

Art. 12. Excepcionalmente o Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão poderá autorizar a realização de concurso público para formação de cadastro reserva para provimento futuro, de acordo com a necessidade, de cargos efetivos destinados a atividades de natureza administrativa, ou de apoio técnico ou operacional dos planos de cargos e carreiras do Poder Executivo federal³⁵.

No entanto apesar de definir possível para os cargos de natureza administrativa, de apoio técnico ou operacional dos cargos do poder executivo Federal, após a edição do decreto, vários foram os concursos que não disponibilizaram o número de vagas, principalmente no poder Judiciário³⁶, denotando a possibilidade do uso do Cadastro de Reserva como forma de fraude aos já conquistados direitos igualitários e democráticos de disputa de cargos públicos por meio da instituição do concurso público. Resta, portanto, entender o porquê da recente utilização desse dispositivo nos certames públicos.

Diante dos já expostos entendimentos do STF e STJ a respeito do direito subjetivo à nomeação dos aprovados dentro do número de vagas disponibilizado no Edital, a Administração Pública, temerosa com as eventuais complicações financeiras e orçamentárias de tal decisão, resolveu lançar mão de concursos com vagas predeterminadas cumuladas com a formação de Cadastro de Reserva³⁷. Dessa forma, não seria preciso convocar todos os aprovados, procedendo com nomeações em caso de necessidade Estatal.

Sob essa óptica, vários concursos têm utilizado esse modelo e os resultados são poucas ou mesmo nenhuma nomeação durante a vigência do concurso. Ora, se a necessidade de abertura de um certame predispõe a existência de vagas em aberto, ou seja, a necessidade de contratação de servidores, a não nomeação de pessoal afigura-se violação do princípio da eficiência, fundamental e esperado dos atos públicos.

Em outras linhas, como cita Richard Paes Lira Junior, o princípio da eficiência também é violado quando a Administração ao não nomear os candidatos aprovados,

³⁵ BRASIL, Decreto N°. 6944 de 21 de Agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6944.htm. Acesso em 09/11/2011.

³⁶ OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. **A inconstitucionalidade do cadastro de reserva nos concursos públicos**, Revista Jus Naviganti, maio de 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/14925/a-inconstitucionalidade-do-cadastro-de-reserva-nos-concursos-publicos>. Acesso em 26/07/2011

³⁷ LYRA JUNIOR, Richard Paes. **Cadastro reserva em certames públicos: mera discricionariedade ou vinculação administrativa?**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 90, 01/07/2011 Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9863. Acesso em 26/07/2011

simplesmente descarta profissionais de comprovada boa técnica e aptos a atender às expectativas almejadas pela máquina pública³⁸.

Sob outro ângulo, a garantia do direito subjetivo à nomeação dos aprovados dentro do número de vagas, havia extinguido a possibilidade de ocorrência de fraudes que podem voltar a acontecer nos certames de formação de cadastro de reserva, qual seja uma autoridade administrativa decidir não nomear os aprovados de um concurso, deixando finalizar o prazo de validade do mesmo para em seguida abrir novo concurso, garantindo a seus protegidos, antes reprovados, nova chance de se habilitarem para o cargo desejado³⁹.

Ora, como já definido o princípio da eficiência administrativa, é cabida à mesma executar suas atribuições com perfeição e rendimento, a fim de maximizar os resultados a toda e qualquer intervenção da alçada pública. Nesse sentido, disserta Marcelo Alexandrino:

A idéia de eficiência aproxima-se de economicidade. Visa-se a atingir objetivos traduzidos por boa prestação de serviços, do modo mais simples, mais rápido e mais econômico, melhorando a relação custo/ benefício do trabalho da administração. O administrador deve sempre procurar a solução que mais bem atenda ao interesse público, o qual deve tutelar⁴⁰.

Contudo, abrir novo concurso logo em seguida do encerramento de outro com o mesmo quadro de vagas, afronta o princípio da eficiência em seu âmbito de economicidade, já que a edição de um novo certame implica em uma série de gastos e procedimentos que poderiam ser evitados se procedesse a prorrogação do concurso anterior⁴¹.

Outro cenário de fraude à instituição do concurso público se processa quando os aprovados e, comprovadamente aptos às exigências de determinado cargo, deixam de ser nomeados e em seus postos são contratados e mantidos funcionários terceirizados. De fato está presente no artigo 37 inciso IX da CF, a previsão que um ente público pode contratar por tempo determinado em casos de excepcional interesse público: “(...) IX - a lei estabelecerá os

³⁸ *Ibidi*

³⁹ OLIVEIRA, op.cit

⁴⁰ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**.

Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p.123

⁴¹ LYRA JUNIOR, op.cit

casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público⁴²”.

No entanto, como explicar que logo após ou durante o prazo de validade de um concurso permaneçam existindo servidores contratados temporariamente em cargos que comprovadamente existem candidatos aprovados, à espera de nomeação em cadastro de reserva. Por óbvio, eis uma situação de necessidade pública, a qual admite a contratação do cadastro de reserva. Ainda, sob o ponto de vista lógico, é muito mais eficiente para a esfera pública, ter em seu quadro de servidores, indivíduos capacitados e treinados ao invés de contratados temporários. Também, configura-se inconstitucionalidade por ferir o artigo 37 inciso II, que obriga a aprovação prévia em concurso público para a investidura de cargo ou emprego público.

Vale ressaltar também que a utilização do provimento de Cadastro de Reserva pode inclusive levar à Administração à utilização do concurso público como forma obliqua de arrecadação, por meio do valor recolhido com as inscrições, já que inexiste a obrigação de nomeação. Como lembra Florivaldo Dutra de Araujo: “Aos candidatos, além da perda patrimonial, ficará o prejuízo moral de submeter-se à *via crucis* do concurso e, mesmo classificados às vagas, verem todo o esforço feito em vão⁴³”.

Por fim, a frustrada convocação do candidato leva a evidente quebra da boa fé objetiva, a qual norteia todo certame. Como lembra Richard Paes Lira Junior, tal situação faz com que o candidato que há tempos esperava a oportunidade de ingressar no serviço público, passe por uma situação de absoluto desconforto emocional violando o princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁴. É o que se infere no julgado abaixo:

A compreensão da lide perpassa pela análise do conteúdo ético do certame, de modo que, ao se inscreverem de boa fé no concurso público, todos os candidatos arcam com os custos do processo de seleção, e se dedicam à preparação, com expectativa de que, uma vez aprovados, preenchidos os requisitos legais e, havendo necessidade do serviço, a contratação corresponde a um direito inafastável⁴⁵.

⁴² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 27/07/2011

⁴³ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Concurso público e direito à nomeação : nem tanto ao mar, nem tanto à terra. **Revista do TCE de Minas Gerais**. v. 28, Ed. Especial p. 86-1000, 2010. Disponível em : <http://www.tc.df.gov.br/web/biblioteca-cyro-dos-anjos/artigos>. Acesso em 28/07/2011

⁴⁴ LYRA JUNIOR, op.cit

⁴⁵ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 19ª REGIÃO. 8ª VARA DO TRABALHO DE MACEIÓ/AL. PROCESSO: 0001605-55.2010.5.19.0008. j. em 27 de maio de 2011.

Outrossim, quebra também o princípio da confiança na Administração pública. Almiro do Couto e Silva disserta que o mesmo vem do princípio da segurança jurídica, sob duas frentes, uma objetiva, dos limites à retroatividade dos atos Estatais e outra subjetiva, tocante à confiança das pessoas na atuação Estatal⁴⁶. Em relação à mesma:

a)impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou b) atribui-lhe conseqüências patrimoniais para essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral, de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos⁴⁷.

Desta maneira, deve a Administração primar na realização de seus certames ao respeito à confiança que lhe é destinada pelo cidadão, vinculando-se estritamente às regras que compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante ao já dito, os adeptos à positivação do cadastro de reserva na esfera pública alegam ironicamente ser o mesmo fator de eficiência no serviço público, no qual, possibilita à Administração elaborar previamente uma lista de indivíduos habilitados a assumir cargos ou empregos públicos, de modo que quando surgirem vagas, já existem candidatos a assumi-las⁴⁸.

Porém, são argumentos de clara incoerência de um ente público, uma vez que o cadastro de reserva fere princípios fundamentais da Administração pública e que não podem ser ultrapassados por um suposto aumento da eficiência. O mesmo pode ser facilmente conseguido por meio de um planejamento periódico da realização de concursos públicos⁴⁹. Aliás é sobre este aspecto que se constitui a eficiência desejada da Administração pública.

Ademais, é extremamente inválida a realização de todo o processo que envolve um certame, sem que haja previamente vagas em aberto. Consoante, cita Diogenes Gasparini:

o concurso somente pode ser aberto se existir cargo vago, pois só a necessidade do preenchimento do cargo justifica esse certame. Se não existir cargo vago e se se

⁴⁶ MOTTA, op.cit. p.16

⁴⁷ MOTTA, op.cit. p.16

⁴⁸ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art.54 da Lei de processo administrativo da União. **Revista Brasileira de Direito Público** Ano 1, n.6, jul/set 2004. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p.11

⁴⁹ OLIVEIRA, op.cit

deseja ampliar o quadro em razão da necessidade de serviço, deve-se criar os cargos e só depois instaurar o concurso⁵⁰.

Portanto, torna-se relevante considerar a inconstitucionalidade do cadastro de reserva enquanto estratégia de fraude aos direitos individuais dos cidadãos e especialmente uma violação do dever de eficiência: onerosos gastos, concursos ineficazes, precarização dos servidores públicos e quebra da boa fé e da confiança dos cidadãos na Administração pública.

3.4 O entendimento dos Tribunais e a vedação legal do Cadastro de Reserva

Como já abordado no presente trabalho, é cada vez maior a busca por cargos e empregos públicos, diante do atual cenário do mercado de trabalho, em busca de estabilidade e dos altos salários de algumas carreiras. Nesse âmbito, os recentes concursos para provimento de cadastro de reserva, têm atraído uma gama de candidatos que além da dedicação à disputa da vaga, por vezes sofrem com o constante desrespeito dos entes públicos às normas constitucionais⁵¹. Dessa forma cabe analisar o poder discricionário da Administração pública e de que maneira os atos abusivos são controlados.

Quanto à discricionariedade da atuação Estatal em concursos públicos, comenta Emerson Garcia: “a princípio, é ato discricionário a aferição de necessidade ou não, de realização de concurso público para a admissão de novos servidores⁵²”

Assim, entende-se que os fatores ligados à abertura, andamento e nomeação de servidores nos concursos públicos são atos discricionários cabidos à Administração pública. A esse respeito, é entendimento dos Tribunais:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTROS PÚBLICOS. QUESTÕES DE PROVA. ANULAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. INVIABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA BANCA EXAMINADORA.

1. O reexame dos critérios usados pela Banca Examinadora na formulação de questões, correção e atribuição de notas em provas de concursos públicos é vedado,

⁵⁰ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 12.^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 178.

⁵¹ LYRA JUNIOR, op.cit

⁵² GARCIA, E.; ALVES, R. P. **Improbidade administrativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Jures, 2006. p. 365

como regra, ao Poder Judiciário, que deve se limitar ao exame da legalidade e da observância das regras contidas no respectivo edital. Precedentes do STJ.

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no RMS 20158 RS 2005/0097411-4, STJ, REL. Herman Benjamin. Julgado em 19/05/2009).⁵³

No entanto, segundo Fabrício Mota, tudo que disser respeito aos aspectos de legalidade de um concurso público, em seu sentido amplo, comporta apreciação pelo Judiciário, desde que provocado por quem tenha legítimo interesse de ação, quer seja, um candidato prejudicado, um cidadão em respeito à moralidade administrativa violada, ou o Ministério público quando puder atuar⁵⁴. Em outras palavras, leciona Hely Lopes Meireles:

Nem mesmo os atos discricionários refogem do controle judicial, porque, quanto à competência, constituem matéria de legalidade, tão sujeita ao confronto da Justiça como qualquer outro elemento do ato vinculado. [...] Daí por que o Judiciário terá que examinar o ato argüido de discricionário, primeiro, para verificar se realmente o é; segundo, para apurar se a discricião não desbordou para o arbítrio⁵⁵.

Consoante ao exposto, os candidatos prejudicados com os Editais para provimento de cadastro de reserva, têm recorrido ao Poder Judiciário em respostas aos desmandos da Administração a fim de retomar os direitos fundamentais dispostos nos princípios que devem nortear um concurso público.

Quanto ao direito subjetivo à nomeação, já foi relatado no mesmo trabalho que aos candidatos aprovados dentro do número de vagas proposto no Edital, é garantido o direito de nomeação dentro do prazo de validade do certame. O mesmo não pode ser aplicado em relação ao cadastro de reserva já que nem há um número de vagas disponibilizado, cabendo a seus aprovados a mera expectativa de serem nomeados caso seja de necessidade do ente público.

Entretanto não há entendimento lógico em um órgão prover um concurso público, aprovar candidatos habilitados que ficam à espera em cadastro de reserva e não proceder com nomeações em uma situação de comprovada necessidade de contratação de servidores. Tal fato foi o acontecido em concurso do TRE de Santa Catarina, já mencionado no presente trabalho, que ao invés de nomear os aprovados em cadastro de reserva, preferiu

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança. Relator: Min Hernam Benjamin em 19 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6061624/agravo-regimental-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agrg-no-rms-20158-rs-2005-0097411-4-stj>. Acesso em 30/06/11

⁵⁴ MOTTA, F. (Org.). **Concurso público e constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 173 nota 4

⁵⁵ MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.688

renovar a requisição de servidores de outros órgãos. O STF considerou o mesmo inconstitucional e determinou a procedência das nomeações alegando que a vinculação da Administração à lei, é a base da cidadania e da própria dignidade do homem e que a mesma deve se pautar na legalidade, economicidade e eficiência, tal como pode ser visto no informativo de abril de 2011:

Cadastro de reserva e direito à nomeação

Por reputar haver direito subjetivo à nomeação, a 1ª Turma proveu recurso extraordinário para conceder a segurança impetrada pelos recorrentes, determinando ao Tribunal Regional Eleitoral catarinense que proceda as suas nomeações, nos cargos para os quais regularmente aprovados, dentro do número de vagas existentes até o encerramento do prazo de validade do concurso. Na espécie, fora publicado edital para concurso público destinado ao provimento de cargos do quadro permanente de pessoal, bem assim à formação de cadastro de reserva para preenchimento de vagas que surgissem até o seu prazo final de validade. Em 20.2.2004, fora editada a Lei 10.842/2004, que criara novas vagas, autorizadas para provimento nos anos de 2004, 2005 e 2006, de maneira escalonada. O prazo de validade do certame escoara em 6.4.2004, sem prorrogação. Afastou-se a discricionariedade aludida pelo tribunal regional, que aguardara expirar o prazo de validade do concurso sem nomeação de candidatos, sob o fundamento de que se estaria em ano eleitoral e os servidores requisitados possuiriam experiência em eleições anteriores. Reconheceu-se haver a necessidade de convocação dos aprovados no momento em que a lei fora sancionada. Observou-se que não se estaria a deferir a dilação da validade do certame. Mencionou-se que entendimento similar fora adotado em caso relativo ao Estado do Rio de Janeiro. O Min. Luiz Fux ressaltou que a vinculação da Administração Pública à lei seria a base da própria cidadania. O Min. Marco Aurélio apontou, ainda, que seria da própria dignidade do homem. O Min. Ricardo Lewandowski acentuou que a Administração sujeitar-se-ia não apenas ao princípio da legalidade, mas também ao da economicidade e da eficiência. A Min. Cármen Lúcia ponderou que esse direito dos candidatos não seria absoluto, surgiria quando demonstrada a necessidade pela Administração Pública, o que, na situação dos autos, ocorrera com a requisição de servidores para prestar serviços naquele Tribunal.

RE 581113/SC, rel. Min. Dias Toffoli, 5.4.2011. (RE-581113)
(Informativo 622, 1ª Turma)⁵⁶

Trata-se de uma decisão paradigmática pelo STF, sinais de que os princípios constitucionais começam a permear o espectro do concurso público, lembra Richard Paes Lyra Junior⁵⁷

A respeito do assunto em tela, comenta Fabrício Mota:

O que não se pode admitir é que a previsão do cadastro de reserva seja utilizada simplesmente como meio de obscurecer o direito à nomeação dos aprovados em concurso público. Por se tratar de um direito fundamental, como visto, deve ser repudiada qualquer interpretação que possibilite retroceder o grau de eficácia já alcançado. Em outras palavras, não se pode admitir a busca injustificada de meio de se burlar o grau de concretização do direito fundamental que a jurisprudência, ao longo dos tempos, construiu com precisão⁵⁸.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 622, abril de 2011

⁵⁷ LYRA JUNIOR, op. Cit.

⁵⁸ MOTTA, op. cit, p. 16

Consoante é o entendimento a respeito da não prorrogação do prazo de validade de um concurso que, após a realização de todas as suas etapas despendendo gastos e tempo, simplesmente descarta aprovados comprovadamente hábeis para trabalhar na máquina pública para realizar em seguida, outro certame, o que viola em suma o princípio da eficiência já descrito.

Sobre o prazo de validade dos concursos públicos, a CF garante em seu Art. 37, inciso III “(...) o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período⁵⁹”.

Isso significa, segundo Diógenes Gasparini, que fixado o prazo teto de validade, o Edital pode estabelecer qualquer prazo até o máximo de dois anos, não outro que a entidade titular do cargo, emprego ou função entender ser o correto⁶⁰. Também prevê a prorrogação, uma única vez, do prazo original de validade do concurso. A prorrogação só pode ser por prazo absolutamente igual ao originalmente estabelecido.

Dessa forma, trata-se de uma faculdade outorgada à Administração Pública responsável pelo concurso⁶¹ que pode, sob critérios de necessidade e de eficiência, prorrogar o certame e prosseguir com as nomeações do cadastro de reserva.

Assim confirma o recente julgado da Justiça Federal do Sergipe, proferindo a prorrogação do prazo de validade do certame da Autarquia de âmbito Federal, o INSS, após julgar ilegalidade do ato administrativo, o qual alterou o prazo de validade do concurso, o que foi considerado inconstitucional, pela inobservância dos princípios da proporcionalidade, da moralidade e, em suma, ao princípio da eficiência⁶². A seguir, transcreve-se os julgamentos da decisão:

“Na lição da doutrina, a proporcionalidade exprime uma correlação de eficácia do ato em relação à realidade sobre a qual vai atuar, selecionando as medidas adequadas à satisfação do interesse público específico colimado pela norma de regência do caso concreto. De seu lado, a razoabilidade opera uma harmonização da seleção prévia derivada da proporcionalidade, permitindo balancear a aplicação da medida selecionada, de modo que a satisfação do interesse público ocorra concretamente com a menor restrição possível aos direitos individuais dos cidadãos. Nesse contexto, é consabido o esforço e dispêndio para a definição das necessidades

⁵⁹ . Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 01/08/2011

⁶⁰ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva,2002, p.168

⁶¹ Ibidi

⁶² LYRA JUNIOR, op. cit

de pessoal e a respectiva alocação de recursos na lei orçamentária para prover os cargos públicos. Ora, vencidas todas as etapas - de natureza política, orçamentária e administrativa -, realizado o concurso e selecionados os melhores candidatos, não se mostra aceitável, em termos de boa gestão administrativa - informada pela proporcionalidade e pela razoabilidade -, a alteração das regras editalícias, manobrando-se seu prazo de validade antes fixado, aspecto que poderia levar ao improvimento de vagas com candidatos a tanto habilitados. (...) Sob outro giro, a previsibilidade imanente à segurança jurídica implica um elo de confiança entre Estado e indivíduo e uma salvaguarda para toda a sociedade, pois preserva e exige um mínimo ético de parte a parte. A implicação do postulado da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé, com os atos administrativos (...) O princípio da boa-fé, por sua vez, também abrange o aspecto objetivo, que diz respeito à conduta leal, honesta, e um aspecto subjetivo, que diz respeito à crença do sujeito de que está agindo corretamente. (...) Com efeito, na hipótese versada nesta demanda, não é conferido ao INSS o direito de surpreender a todos com a expedição de um edital retificador após a realização do certame e uma vez conhecidos os candidatos aprovados em definitivo, manipulando o seu prazo de validade.”⁶³

Enfim, a decisão impediu que a discricionariedade descambasse em arbitrariedade ao julgar ilegal a alteração do dispositivo editalício alusivo à vigência do certame após a homologação do concurso⁶⁴. De fato, a alteração impediria aos aprovados em cadastro de reserva, pleitear a investidura do cargo, já que seria esgotado o prazo do concurso.

Isso, além de ferir a eficiência esperada da esfera pública, pois demonstra clara falta de planejamento inicial com a inobservância da real necessidade de servidores, e o descumprimento com os prazos propostos, também viola em demasia o princípio da boa fé e da confiança na Administração Pública.

Sob a mesma óptica está a decisão do STJ publicada em outubro de 2010 envolvendo cadastro de reserva e contratações temporárias. Acontece que houve um concurso para médico oftalmologista da Universidade Federal Fluminense, cujo edital disponibilizava uma vaga. Procederam-se duas nomeações e, mesmo ainda durante o prazo de validade do certame, a entidade abriu contratações temporárias para médico oftalmologista. Então, a terceira colocada do concurso entrou na justiça, alegando que apesar de ter ficado em terceiro lugar, foi preterida pela administração, diante da contratação temporária de outro médico oftalmologista⁶⁵.

Segundo o relator, o ministro Napoleão Maia Filho, inicialmente à candidata havia somente a mera expectativa de direito. Porém, o mesmo ressaltou: “Por outro lado, caso haja omissão ou recusa na nomeação de candidato devidamente aprovado em concurso

⁶³ JFSE, Ação Civil Pública nº 0005370-43.2010.4.05.8500, 2ª Vara Federal, j.17/05/2011

⁶⁴ LYRA JUNIOR, op. cit

⁶⁵ http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102657. Acesso em 04/08/2011

público, cujo prazo ainda não expirou, e se ficar comprovada nos autos a necessidade da administração em preencher vagas existentes, este passa a ter direito subjetivo a ser nomeado⁶⁶. Assim, é transcrita a decisão:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE MÉDICO OFTALMOLOGISTA DA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE. EDITAL QUE OFERECIA UMA VAGA. NOMEAÇÃO DOS DOIS PRIMEIROS COLOCADOS EM FACE DE PRORROGAÇÃO DA VALIDADE DO CERTAME. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE MÉDICO OFTALMOLOGISTA POR MEIO DE PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO DENTRO DO PRAZO DE (LEI 8.745/93) VALIDADE DO CONCURSO ANTERIOR. PRETERIÇÃO DO CANDIDATO ANTERIORMENTE APROVADO EM TERCEIRO LUGAR. SEGURANÇA CONCEDIDA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. É pacífico o entendimento de que a habilitação em concurso não cria, para o aprovado, o imediato direito à nomeação, mas somente a expectativa de direito.
 2. Por outro lado, caso haja omissão ou recusa na nomeação de candidato devidamente aprovado em concurso público, cujo prazo ainda não expirou, e ficar comprovado nos autos a necessidade da Administração em preencher vagas existentes, este passa a ter direito subjetivo a ser nomeado. Precedentes (MS 13.575/DF, Rel. Min. JANE SILVA, DJU 01.10.2008 e RMS 24.151/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 08.10.2007).
 3. *In casu*, a manutenção de contratos temporários para suprir a demanda por Médicos Oftalmologistas, demonstra, à toda evidência, a necessidade premente e atual de pessoal para o desempenho da atividade, surgindo, assim, o direito subjetivo da aprovada no certame à nomeação.
 4. Recurso Especial provido.
- (REsp 1124373, Relator Min Napoleão Nunes Maia Filho em 18/08/2010)⁶⁷

Eis que tais decisões refletem, como lembra Richard Paes Lyra Junior, os valores que devem ser primados por todo e qualquer Estado Democrático de Direito⁶⁸, buscando em concursos públicos, meios de qualificação técnico-profissional de seus servidores, pois este é um instrumento importante ao alcance da eficiência administrativa. Assim completa o mesmo autor:

Desta forma, é possível abstrair que a ideia de discricionariedade na convocação do cadastro reserva e respectiva prorrogação do certame, apesar de regra, deve ser mensurada conforme às peculiaridades do caso concreto, devendo o administrador subsumi-las à efetiva necessidade de preenchimento de servidores e, fundamentalmente, às regras expressas na Carta Magna⁶⁹.

⁶⁶ *Ibidi*

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Petição de Recurso Especial nº 1124373**, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho em 18 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15828180/peticao-de-recurso-especial-esp-1124373-stj>. Acesso em: 04/08/2011

⁶⁸ LYRA JUNIOR, op. cit

⁶⁹ *Ibidi*

Sob esta óptica, a fim de prevenir eventuais ilegalidades em concursos públicos, tramita no senado o PL 369/2008, sob autoria do Senador Expedito Junior em vista de vedar a realização de concursos públicos para provimento exclusivo de cadastro de reserva, tal como é transcrito abaixo:

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O edital de cada concurso público de provas ou de provas e títulos no âmbito da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá deixar de prever a especificação do número de cargos a serem providos.

Parágrafo único. A formação de cadastro de reserva nos concursos de que trata o caput deste artigo somente será permitida para candidatos aprovados em número excedente ao de cargos a serem providos.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação⁷⁰

A justificação apresentada é que tais concursos poder atentar contra os princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, “... ludibriando os candidatos, ao criar-lhes falsas expectativas de nomeação. Nessas situações, o certame finda por beneficiar apenas a chamada indústria dos concursos”, comenta o Senador. Ainda argumenta que ou a Administração carece de novos quadros e assim realiza o concurso, ou não há interesse legítimo de realizar o processo seletivo se não há necessidade de mais servidores⁷¹.

Finalmente, foi apresentada na Assembléia Legislativa do Estado de Goiás, em 28 de abril de 2010, uma Emenda Constitucional, sob autoria do Deputado Luis César Bueno, propondo o fim dos concursos para provimento de cadastro de reserva no Estado de Goiás, conforme transcrição *in verbis* da seção legislativa do mesmo dia:

(...)

Tem a palavra, pela ordem de inscrição, o nobre Deputado Luis Cesar Bueno.

O SR. DEPUTADO LUIS CESAR BUENO:- Boa-tarde, Senhor Presidente; Boa-tarde, Senhoras e Senhores Deputados.

Senhor Presidente, pedi a palavra para apresentar um projeto de emenda à Constituição do Estado, que altera as alíneas "a" e "b" do inciso II do Art. 92 da Constituição do Estado de Goiás, que dispõe sobre a realização de concursos públicos para provimento de cargos no âmbito da administração pública direta e indireta do Estado.

Senhor Presidente, é comum hoje a chamada contratação de reserva dentro da administração pública, e tornou-se um verdadeiro comércio. Faz-se um grande

⁷⁰ <http://www.senado.gov.br/noticias/cas-aprova-projeto-que-veda-realizacao-de-concurso-para-cadastro-de-reserva.aspx>. Acesso em: 04/08/11

⁷¹ <http://www.senado.gov.br/noticias/cas-aprova-projeto-que-veda-realizacao-de-concurso-para-cadastro-de-reserva.aspx>. Acesso em: 04/08/2011

esquema de marketing em cima daquele concurso, milhares de concursandos prestam concurso, e no fim de três, quatro anos, nenhum concursando aprovado assume a vaga em função da chamada reserva técnica, uma verdadeira imoralidade, um verdadeiro comércio tem transformado os concursos públicos.

Então, o nosso projeto de lei, devidamente formalizado e entregue a Vossa Excelência, altera o Art. 92 da Constituição do Estado, que dispõe sobre a realização de concurso público na administração pública direta e indireta. Pedimos urgência e preferência⁷²

⁷² http://www.assembleia.go.gov.br/index.php?p=pg_sessoes_legislativas&data=1272423600. Acesso em: 04/08/2011

4. Conclusão

Ao longo do presente trabalho buscou-se entender a problemática envolvendo a questão dos Concursos Públicos para provimento exclusivo de cadastro de reserva, sua constitucionalidade à luz do princípio da eficiência administrativa e a dialética envolvendo as limitações do interesse público frente aos direitos individuais dos cidadãos. Sendo assim, baseado nas decisões jurisprudenciais, tem-se as seguintes considerações acerca do tema.

O Concurso público passou por uma evolução ao longo do tempo e firmou-se como procedimento administrativo indispensável para estabelecer condições igualitárias aos cargos e empregos públicos, previsto em lei.

Dentre os princípios aplicáveis ao Concurso Público, destaca-se o princípio da eficiência, o qual impõe à administração direta e indireta a realização de suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento. Trata-se de um princípio aplicável a todas as fases de um concurso público, além de garantir que outros princípios não sejam violados.

Em relação aos concursos para provimento exclusivo de cadastro de reserva, apesar de ser um instrumento legítimo de planejamento do interesse público, sua aplicação no cenário atual tem demonstrado um grau de eficiência questionado e demonstra clara intenção de burlar o direito subjetivo à nomeação, conquistado pelos aprovados dentro do número de vagas.

Ao realizar certames sem número de vagas estabelecidos e não prosseguir com nomeações, ou mesmo não prorrogar um concurso e logo em seguida abrir um novo certame para um mesmo cargo são notáveis exemplos de violação ao princípio da eficiência, já que a máquina pública despense de onerosos gastos para a realização dos mesmos e sequer nomeia os aprovados. Ademais, a falta de planejamento e organização em realizar certames nessa esfera, também viola a eficiência administrativa esperada.

A problemática também se estende para os aprovados em cadastro de reserva que permanecem sem nomeação mesmo estando seus respectivos cargos ocupados por funcionários terceirizados. Tais concursos podem se tornar uma forma oblíqua de arrecadação, já que inexistente a necessidade de nomeação.

Por fim, a frustração dos milhares de candidatos que se submetem a tais concursos leva à quebra da boa fé objetiva e da confiança dos cidadãos na administração pública.

Enfim, a constitucionalidade do cadastro de reserva é questionada, no âmbito do princípio da eficiência, com os claros exemplos de gastos de dinheiro público sem finalidade, com a constante precarização dos servidores públicos e com a perda da confiança da população na máquina pública. Sob este cenário, os tribunais têm entendido que a mera expectativa de direito dos aprovados em cadastro de reserva, se torna direito subjetivo à nomeação quando se comprova a real necessidade Estatal. E, para combater mais fraudes à instituição do concurso público, tramita no senado um Projeto de Lei e uma Emenda Constitucional no Estado de Goiás a fim de vedar a abertura de concursos para provimento exclusivo de cadastro de reserva.

O entendimento final do presente trabalho é que os direitos individuais dos cidadãos devem prevalecer e cabe à máquina pública pautar-se, em todas as suas atribuições aos princípios administrativos e, em especial, no concurso público, ao princípio da eficiência, através de, entre outros, planejamento adequado, previsão de cargos, de gastos e cronogramas.

REFERÊNCIAS

ALAGOAS. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 19ª REGIÃO. 8ª VARA DO TRABALHO DE MACEIÓ/AL. PROCESSO: 0001605-55.2010.5.19.0008. j. em 27 de maio de 2011.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p.123

ARAGÃO, Alexandre Santos. Princípio da Eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, Nov/dez 2005, jan 2006. Disponível em <http://www.diretotoestado.com.br>. Acesso em 20/07/2011

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Concurso público e direito à nomeação : nem tanto ao mar, nem tanto à terra. **Revista do TCE de Minas Gerais**. v. 28, Ed. Especial p. 86-1000, 2010. Disponível em : <http://www.tc.df.gov.br/web/biblioteca-cyro-dos-anjos/artigos>. Acesso em 28/07/2011

BRASIL, Decreto Nº. 6944 de 21 de Agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6944.htm. Acesso em 09/11/2011.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição política do Império do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso em 20/07/2011.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 20/07/2011.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm. Acesso em 20/07/2011

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 20/07/2011

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 27/07/2011

BRASIL. Justiça Federal do Sergipe, Ação **Civil Pública nº 0005370-43.2010.4.05.8500, 2ª Vara Federal**, em 17/05/2011

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 622, abril de 2011

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Petição de Recurso Especial nº 1124373**, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho em 18 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15828180/peticao-de-recurso-especial-resp-1124373-stj>. Acesso em: 04/08/2011

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 19478/SP**. Relator Min Nilson Naves, 6 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7036772/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-19478-sp-2005-0012499-9-stj>. Acesso em: 21/07/2011

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso extraordinário nº 581113/SC**. Relator Min. Dias Toffoli, 5 de abril de 2011, Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19734069/recurso-extraordinario-re-581113-sc-stf>. Acesso em: 23/07/11

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança nº 21870-3/DF**. Relator Min. Carlos Veloso, 6 de outubro de 1994. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747291/mandado-de-seguranca-ms-21870-df-stf>. Acesso em: 21/07/2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 227480/RJ**. Relator Min. Carmen Lúcia, 16 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14718421/recurso-extraordinario-re-227480-rj-stf>. Acesso em: 21/07/11

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art.54 da Lei de processo administrativo da União. **Revista Brasileira de Direito Público** Ano 1, n.6, jul/set 2004. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lunen Juris, 16º Ed, 2006, p.525

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 12.ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2002

http://www.assembleia.go.gov.br/index.php?p=pg_sessoes_legislativas&data=1272423600. Acesso em: 04/08/2011

<http://www.senado.gov.br/noticias/cas-aprova-projeto-que-veda-realizacao-de-concurso-para-cadastro-de-reserva.aspx>. Acesso em: 04/08/11

<http://www.senado.gov.br/noticias/cas-aprova-projeto-que-veda-realizacao-de-concurso-para-cadastro-de-reserva.aspx>. Acesso em: 04/08/2011

http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102657. Acesso em 04/08/2011

LYRA JUNIOR, Richard Paes. **Cadastro reserva em certames públicos: mera discricionariedade ou vinculação administrativa?**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 90, 01/07/2011 **Disponível em** http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9863. Acesso em 26/07/2011

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

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**, Salvador: Editora Jus Podivm, 2005

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23 ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. ed. 12, São Paulo : Malheiros, 1999

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

MOTTA, Fabrício. Concurso Público: direito à nomeação e a existência de “cadastro de reserva”, **Revista eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Nº 24, outubro/novembro/dezembro de 2010

OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. **A inconstitucionalidade do cadastro de reserva nos concursos públicos**, *Revista Jus Naviganti*, maio de 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/14925/a-inconstitucionalidade-do-cadastro-de-reserva-nos-concursos-publicos>. Acesso em 26/07/2011

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002

ROCHA, Franciso Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos Concursos Públicos**. São Paulo: Dialética, 2006,

ROSA, Dênerson Dias. Aprovação em concurso público (segunda parte) – hipóteses reconhecidas de direito subjetivo à nomeação. **Revista Jus Vigilantibus**, 19 de Agosto de 2008. Disponível em : <http://jusvi.com/artigos/35474>. Acesso em 21/07/2011

ANEXO A PROJETO DE LEI DO SENADO Nº , DE 2008

PODER LEGISLATIVO

SENADO FEDERAL

Gabinete do Senador EXPEDITO J?NIOR

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº , DE 2008

Veda a realização de concurso público exclusivo para a formação de cadastro de reserva.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O edital de cada concurso público de provas ou de provas e títulos no âmbito da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá deixar de prever a especificação do número de cargos a serem providos.

Parágrafo único. A formação de cadastro de reserva nos concursos de que trata o caput deste artigo somente será permitida para candidatos aprovados em número excedente ao de cargos a serem providos.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Têm proliferado na Administração Pública os concursos públicos específicos para formação de “cadastros de reserva”. O edital regulador de tais concursos não indica o número de cargos a serem providos. Nessas circunstâncias, é possível a realização de concursos mesmo quando não haja qualquer cargo vago.

Pensamos que tais concursos podem constituir, muitas vezes, um verdadeiro atentado aos princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, ludibriando os candidatos, ao criar-lhes falsas expectativas de nomeação. Nessas situações, o certame finda por beneficiar apenas a chamada “indústria dos concursos”.

Não faz o menor sentido, a nosso ver, a realização de concursos apenas para a formação de tais cadastros. Ou a Administração carece de novos quadros, e por isso promove o concurso, ou, não estando necessitada de mais servidores, falta-lhe interesse legítimo para deflagrar o processo seletivo.

Recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 227.480, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, evoluindo em relação a entendimento anterior da Corte, concluiu que, se o Estado anuncia em edital de concurso público a existência de vagas, ele se obriga ao provimento dos cargos, se houver candidato aprovado.

A decisão presta homenagem aos princípios da moralidade e da impessoalidade, que devem presidir a conduta dos agentes públicos. Com efeito, se for dado à Administração deixar de nomear os aprovados em concursos dentro do número de vagas estipulado pelo edital, tal faculdade poderá ser utilizada pelo mau administrador, quando alguém de sua predileção não tenha logrado aprovação, ou mesmo para perseguir aprovado que eventualmente seja desafeto seu. Ademais, como ressaltou o Ministro Marco Aurélio, “a Administração Pública não pode brincar com o cidadão, convocando-o para um certame e depois, simplesmente, deixando esgotar o prazo de validade do concurso sem proceder às nomeações” (voto na ADI nº 2.931).

Ora, as mesmas razões que presidiram a decisão da Corte Suprema no RE nº 227.480 são válidas quanto aos concursos para a formação de cadastro de reserva. Podemos até supor que, a partir da recente decisão do STF, aumente o número de concursos com tais características, exatamente para se fugir ao dever de nomear reconhecido pelo Tribunal.

Assim como o Estado não pode brincar com a boa-fé dos candidatos, deixando de nomear os aprovados dentro de número de vagas, também não pode deflagrar concursos nos quais sequer há a estimativa de vagas a serem preenchidas. Tal conduta não causa prejuízos apenas aos candidatos, mas também ao próprio Poder Público, pois é razoável imaginar que muitas pessoas capazes deixem de prestar concursos com tais características, exatamente por não terem segurança alguma de que, mesmo sendo aprovadas nas primeiras colocações, venham a ser convocadas.

Importa ressaltar que a proposição não trata exclusivamente de disciplinar os concursos públicos no âmbito da União. Trata-se de uma lei nacional em que ela – a União – como personificadora dos interesses nacionais, estabelece regras para todos os entes federados, inclusive a própria União.

A esse respeito, o Senado Federal já firmou entendimento conforme precedente no Parecer nº 1.266/2002, do eminente ex-Senador Bello Parga, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça, segundo o qual, em seu item 19, decidiu-se que a proposição, tendo caráter de lei nacional (incidência sobre a União, Estados e Municípios), como norma geral que vincula todos os entes federados – inclusive ela própria, a União – não recai sobre ela vício de iniciativa.

Solicitamos, pois, o apoio de nossos pares, para a aprovação do presente Projeto de Lei que, em nosso entendimento, muito contribuirá para a concretização dos elevados princípios regedores da Administração Pública.

Sala das Sessões, Senador EXPEDITO JÚNIOR