

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

RAQUEL RAMOS PEDROSA NAERTIER MARINHO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO CONCURSO PARA
CADASTRO DE RESERVA**

**GUARAPARI - ES
2019**

**RAQUEL RAMOS PEDROSA NAERTIER MARINHO
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO CONCURSO PARA
CADASTRO DE RESERVA**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito das
Faculdades Doctum de Guarapari, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. M.e Antônio Ricardo
Zany**

**GUARAPARI - ES
2019**

FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: A INCONSTITUCIONALIDADE DO CONCURSO PARA CADASTRO DE RESERVA, elaborado pelo aluna RAQUEL RAMOS PEDROSA NAERTIER MARINHO foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Guarapari, ___ de _____ 2019.

Prof. Me. Antônio Ricardo Zany
Faculdades Doctum de Guarapari
Orientador

Prof^a. M.a. Kélvia Faria Ferreira
Faculdades Doctum de Guarapari

Prof. Mariana Murtiz de Sá
Faculdades Doctum de Guarapari

A Deus toda honra, glória e louvor
por sua fidelidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por todo cuidado, pois cada vez que eu me dedicava a escrever sentia a sua presença me sustentando, ao meu esposo que compreendeu nos momentos em que eu não pude estar presente e ainda sim com muita paciência ele se colocava a disposição para me ajudar no que fosse necessário, a minha amiga Gianne que foi imprescindível para que eu concluísse meu trabalho sem ela não sei como conseguiria concluir, e por fim, porém não menos importante ao meu querido professor Zany que desde o começo já me encorajava a escrever sobre o assunto e quando eu ficava confusa ele tão serenamente me acalmava.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO CONCURSO PARA CADASTRO DE RESERVA

Raquel R. P. N. Marinho¹

Me. Antônio Ricardo Zany²

RESUMO

O presente artigo busca observar de forma sucinta desde os princípios que norteiam a administração pública, demonstrando quais são suas finalidades precípuos, bem como a sua aplicabilidade prática principalmente no que se refere ao concurso público, buscará também demonstrar como se dá o ingresso no serviço público por meio de concurso demonstrando qual a fundamentação legal para este tipo de ingresso e o qual relação se tem da lei com a prática em si, enfatizando principalmente o cadastro de reserva visto que esta tem sido uma modalidade recorrente utilizada pela administração, o artigo tem como público alvo todos os que prestam concurso com a expectativa de uma estabilidade definida, mas na verdade encontram embaraços por parte da administração pública pois, se de um lado a estabilidade pode ser uma solução efetiva, em contrapartida se faz necessário que haja transparência por parte da administração pública concernente a contratação, pois se assim não for há possibilidade de se gerar uma mera expectativa no candidato, desta forma através de literatura consistente tais como, doutrina, artigo científico, jurisprudência e a própria legislação em si, buscou demonstrar a inconsistência do concurso exclusivamente para cadastro de reserva a luz dos princípios da administração pública.

Palavras-chave: Administração Pública. Concurso público. Cadastro de reserva.

¹ Graduanda em direito. E-mail: raquelpedrosajt@gmail.com

² Mestre em Ciências Navais pela Escola de Guerra Naval. E-mail: comandantezany@yahoo.com

1 INTRODUÇÃO

Uma estabilidade profissional, um bom emprego, benefícios dentre outras vantagens tem sido um objetivo de vida para muitos cidadãos, em especial os chamados 'concurseiros', este é um público obstinado, determinado e muito dedicado que se abdicam inclusive de coisas valiosas para poder um dia alcançar a tão sonhada posse e com ela os seus bônus, no entanto, com essa crescente a administração pública decidiu de forma discricionária fazer uso do seu poder em quanto administrador e lançar mão de uma modalidade conhecida como cadastro de reserva, está por sua vez gera apenas a expectativa do direito quando, na verdade acaba ferindo diretamente princípios da administração pública e como veremos posteriormente podendo até se demonstrar inconstitucional.

Existem princípios que norteiam a administração pública determinando como a mesma deverá proceder, e dentre os inúmeros princípios para finalidade da análise foram destacados cinco, sendo eles o princípio da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência e desta forma partiremos para uma observação entre qual a finalidade de cada um e a sua aplicabilidade efetiva em contraposição o concurso para cadastro de reserva, ao decorrer deste analisaremos qual o entendimento predominante a respeito do tema e qual a aplicabilidade legal.

2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Para que consigamos atingir a ideia de concurso público e a existência de uma ilegalidade ou não, existem alguns pontos imprescindíveis a serem discorridos ao longo deste artigo, sem o qual não conseguimos entender a finalidade da administração pública ao lançar um certame. O Brasil é dirigido pela constituição que é uma lei superior e como resultado acaba regendo também o direito administrativo desta forma partindo dessa ideia se faz necessário entender quais princípios expressos na constituição federal regem a administração pública para só então após essa análise entendermos acerca das normas do concurso público propriamente dito.

Sendo assim conforme expresso no artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) observa-se que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Desta forma tentaremos discorrer ainda que de forma sucinta acerca de cada elemento principiológico elencado no artigo ora citado.

Destacando aqui que a intenção não é de maneira alguma exaurir ou esgotar todo conhecimento que se tem a respeito do tema, mas sim nos levar a introdução dos princípios que regem a administração pública.

2.1 Princípio da Legalidade

Já de plano se faz necessário destacar que toda a atividade administrativa está submetido ao que diz a lei, não obstante o que diz a autora Bahia (apud Carvalho 2018, p.67) “o princípio da legalidade, portanto, expressa a sujeição ou subordinação das pessoas, órgãos ou entidades às prescrições emanadas do legislativo, executivo e judiciário” ou seja, para a administração pública não há alternativa de fazer algo conforme sua vontade mas sim agir em seus atos conforme o que expressamente diz a lei. Nesse sentido, Bahia (apud Carvalho 2018, p.67) ainda ressalta:

Para o particular, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei, (aqui em sentido amplo ou material referindo-se a qualquer espécie normativa), diante da sua autonomia da vontade. Já quanto ao administrador, deverá ser adotado o princípio da legalidade em sentido estrito pois só é possível fazer o que a lei autoriza ou determina.

Desta forma não resta dúvida quanto a atuação da administração pública frente as suas ações.

2.2 Princípio da Impessoalidade

Partindo da ideia primária de que administração pública busca zelar pelos interesses do coletivo, não há como defender esse interesse se a mesma agir de forma impessoal, ou seja, segundo Carvalho (2018, p.70) afirma que “Desta forma, é possível considerar que, ao estado, é irrelevante conhecer quem será atingido pelo ato, pois, sua atuação é impessoal”, bem como descreve Bandeira (apud Carvalho

2018, p.70): “a administração deve-se tratar a todos sem favoritismos, nem perseguições, simpatias ou animosidade política ou ideológicas”.

Assim desta forma conseguimos entender que a administração pública deve se posicionar de forma neutra e prestar um tratamento igualitário a todos que necessitam de sua prestação.

2.3 Princípio da Publicidade

De antemão é extremamente relevante ressaltar que segundo Carvalho (2018, p.75) o princípio da publicidade não pode ser confundido com publicação dos atos, visto que estas são coisas distintas.

O princípio da publicidade consiste em transparência por parte do poder público, a administração pública não pode atuar de maneira furtiva, muito pelo contrário seus atos têm de ser o mais límpido possível, ou seja, temas que se referem ao coletivo não podem ser tratados de forma oculta ou escondidos, isso também implica dizer que a transparência dos atos públicos deverá ser rigorosamente exercida por seus agentes.

2.4 Princípio da Eficiência

A muito que se falar acerca deste princípio, não que este esteja se sobrepondo aos demais, de maneira alguma esta é a intenção, mas como retrata de maneira contundente o autor Carvalho (2018, p.78) este é segundo a doutrina um “verdadeiro desabafo do poder constituinte derivado”, não obstante, o seu intuito precípua como um princípio constitucional é que a administração pública tenha eficiência nas suas atividades.

Há de se considerar que um fator interessante sobre a eficiência da administração pública foi que este se tornou expresso com o advento da emenda constitucional 19/98, com isso a qualidade, menos gastos e efetiva atuação da administração pública eram e são até hoje a máxima deste princípio.

Desta forma segundo Fernanda Marinela, além de exigir do funcionário uma excelência na qualidade dos serviços prestados em uma série de peculiaridades na

qual quem se sujeita ao serviço público deve passar, a autora ainda destaca um ponto de extrema relevância:

Também representa a implementação do princípio da eficiência as regras quanto a racionalização da máquina administrativa, definidas no artigo 169 da constituição. A administração não pode com despesa de pessoal seja ativo ou inativo exceder os limites previstos em lei complementar... sendo assim quando a administração gasta além dos limites é obrigatória a redução a qual se inicia com o corte de pelo menos 20%(vinte por cento) das despesas com cargos em comissão e funções de confiança (...). (2017, p.82)

Ou seja, ao observar atentamente os atos da administração pública percebemos que estes devem seguir as especificações impostas por lei, desta forma seja uma contratação para cargo de comissão ou até mesmo o lançamento de um determinado certame não poderia de maneira alguma ser feito de forma aleatória, visto que fere diretamente a administração pública.

Nesse sentido, é importante destacar que:

Apesar do consenso entre os doutrinadores de que o princípio da eficiência possui aplicabilidade normativa [23], há de se definir o alcance desta aplicabilidade. Para tanto, utilizar-se-ão as lições apresentadas por Alexandre Aragão [24], o qual, inicialmente, conceitua:
A eficiência não pode ser entendida 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 cidadãos. (STRINGARI, 2009, p.01)

Toda vez que o serviço público é prestado com presteza podemos ver uma boa atuação do princípio da eficiência.

2.5 Princípio da Moralidade

De uma forma sucinta, porém não menos importante cabe ressaltar que este princípio está intimamente ligado a regras de boa-fé, honestidade e boa administração em que tanto o agente, quanto a administração pública devem prestar um serviço moralmente aceitável. De acordo com Fernanda Marinela (2017, p. 82):

O princípio da moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum. Enquanto a última preocupa-se com a distinção entre o bem e o mal, a primeira é composta não só por correção de atitudes, mas também por regras de boa administração pela ideia de função administrativa, interesse do

povo, de bem comum. Moralidade administrativa está ligada ao conceito de bom administrador.

Desta forma conseguimos enxergar que o princípio da moralidade preza juntamente com os demais princípios fazer com que os atos da administração pública busquem sempre fazer com que o administrador público alcance o melhor resultado, sem deixar de lado princípios éticos essenciais para boa administração tendo em vista que tais princípios devem nortear também as condutas dos agentes públicos e não somente a administração.

Enfim, ao passo que conseguimos visualizar de forma singela qual objetivo principal de cada princípio da administração pública podemos então perceber que honestidade, boa-fé, qualidade no serviço prestado, bem como fazer o que a lei determina e ainda tratar a todos de forma igual, de maneira eficiente e menos onerosa são convicções inerentes a uma boa administração pública e desta forma conseguimos caminhar para uma melhor elucidação sobre o concurso público a luz da administração pública.

3 DA ADMISSÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

Como já vimos anteriormente a administração pública segue princípios dentre eles o da legalidade, que implica dizer que a administração seguirá o que a lei determina.

Desta forma podemos mencionar o que diz o artigo 37 da CF/1988 (BRASIL,1988):

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

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

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

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

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será

convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Ou seja, a investidura no cargo público vem por meio de aprovação em concurso público, e este por sua vez seguira as regras estabelecidas na constituição. De uma forma mais simples podemos dizer que esta é uma forma de dar a todos a igualdade no acesso à investidura no cargo bem como determinar as regras que deverão ser obedecidas para tal.

Vele ressaltar que há exceções, porém, essas obedecem suas especificações e não são nem tão pouco devem ser colocadas como regra.

Ainda sobre o ingresso no cargo público cabe salientar dois aspectos destacados no artigo 37 da CF (BRASIL, 1988), que são a aprovação no certame visto que esta é imprescindível para posse bem como o prazo de validade do concurso, que podemos ainda vincular a este a lei 8.112 (BRASIL, 1990) em seu artigo 12, §2 que dispõe:

O concurso público terá validade de até 2 (dois) anos, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período.

§ 2o Não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado.

Desta forma é observado que os certames não podem ser lançados de maneira aleatória buscando somente a vontade do administrador.

4 DO CONCURSO PÚBLICO

Segundo o autor Carvalho (2018, p.803):

O requisito básico para garantia de impessoalidade, moralidade e isonomia no acesso a cargo público é a realização de concurso público, de provas ou de provas e títulos, uma vez que os critérios de seleção são objetivos, não se admitindo quaisquer espécie de favoritismo ou discriminações indevidas.

E ainda neste sentido podemos observar o que cita Carvalho Filho (*apud* Aglantzakis, 2003, p. 01):

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 no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas nos procedimentos, obedecida sempre a ordem de classificação.

Ou seja, segundo ambos autores o concurso público está intimamente ligado a princípios da administração pública, tornando-se por sua vez impossível desvincular um do outro formando uma estreita ligação entre os princípios da administração e o concurso público desta forma não há como desvincular o concurso público desses princípios.

Também podemos destacar o que preleciona José dos Santos Carvalho Filho, demonstrando com brilhantismo a definição do que vem a ser o concurso público bem como demonstrando que há obstáculos a serem vencidos, porém de forma justa dentro do certame.

Ainda sobre as implicações do concurso público ressalta Gasparini (*apud* Lima, 2007, p.178):

Segundo a lição de Diógenes Gasparini a abertura de concurso público só é justificada diante da existência de vagas, conquanto não se pode licitar o preenchimento de uma vaga que não existe.
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 deseja ampliar o quadro em razão da necessidade de serviço, deve-se criar os cargos e só depois instaurar o concurso (...)

O autor deixa claro que a administração pública não poderá lançar um certame de forma aleatória buscando satisfazer o seu bel prazer, visto que isto não justificaria o mesmo, sendo.

Sendo assim o concurso público não é uma decisão aleatória da administração pública, ele é, na verdade, um ato que obedece princípios, visando selecionar o que detém mais preparo para prestar um bom serviço para atender as necessidades da administração pública e em contrapartida demonstrando a necessidade por parte da administração tanto em lançar o certame como na disposição do cargo.

5 DO CADASTRO DE RESERVA

As demandas da administração pública são muitas e nem sempre é possível prever com precisão a quantidade efetiva de vagas necessária para um determinado órgão, isto porque, ao mesmo tempo em que corre um certame, levando em consideração todas as suas etapas, a também, neste intervalo de tempo a vacância de vagas.

Desta forma restou interessante para a administração pública lançar o certame tanto com vagas e cadastro de reserva bem como o certame exclusivo para cadastro de reserva, é o que esclarece com clareza Ruza Neto (2011, p.15):

Fabício 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 cidadãos, 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 trabalho.

Ou seja, existe de fato uma rotatividade que por vezes fica difícil para a administração pública prever com certeza a sua necessidade, ficando assim muitíssimo interessante para a mesma a criação do concurso para cadastro de reserva.

Se num polo temos o candidato preparado, aprovado no certame e com a expectativa de investidura no cargo, em um outro polo dessa espécie de relação temos a necessidade da administração pública em contratar, porém, neste sentido existem apontamentos por parte de alguns autores, dentre estes, o mais recorrente é que esta é uma forma arbitrária de a administração não ser clara nas suas intenções quanto ao concurso ou até mesmo agir a margem do que preceitua a legalidade.

Sabe-se que alguns entes da administração direta e indireta chegam a abrir concursos prevendo o irrisório prazo de seis meses, prorrogável por igual período. Até aí, nada de anormal. A anormalidade passa a ocorrer no momento em que esse prazo transcorre, e os candidatos que compunham o cadastro de reserva anteriormente formado são surpreendidos com a abertura de um novo certame, inclusive com a previsão de vagas. A título de exemplo, a Petrobras – Petróleo Brasileiro S.A. certa vez realizou um concurso com prazo de validade de seis meses, prorrogável por igual período, visando a criação de um cadastro de reserva de 600 (seiscentos) advogados.

Cadastro criado, aquela sociedade de economia mista acabou contratando aproximadamente de 270 aprovados, deixando os demais componentes do cadastro “a ver navios”. O que se seguiu foi a abertura de novos concursos, para a formação de novos cadastros, com igual prazo de validade, significando mais frustração para aqueles não contemplados com a contratação. (GUGLINSKI, 2012, p.01)

Ou seja, o autor demonstra o que podemos chamar uma espécie de má-fé por parte da administração pública.

Há também o candidato aprovado dentro do número de vagas que por vezes não é convocado, neste sentido já há julgados conforme dispõe Superior Tribunal de Justiça (STJ):

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - CONCURSO - APROVAÇÃO DE CANDIDATO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E À POSSE NO CARGO - RECURSO PROVIDO. 1. Em conformidade com jurisprudência pacífica desta Corte, o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação e à posse. 2. A partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital. Precedentes. 3. Recurso ordinário provido. (BRASIL, STJ, 2007)

Ainda neste sentido:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. (...) V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (BRASIL, STF, 2011).

Vimos aqui que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o STJ possui o entendimento que a partir do momento que o candidato for aprovado dentro do número de vagas o mesmo terá direito líquido e certo a nomeação, porém, como vimos anteriormente há por parte da administração pública um certo excesso quanto a prática dos seus atos no que se refere ao certame somente para cadastro de reserva,

deixado o candidato com a impressão de que ela está fazendo mau uso das suas atribuições e ferindo princípios da própria administração.

Não podemos esquecer que há exceções em que a administração poderá contratar com exceção ao concurso público, como por exemplo os cargos em comissão, porém, não sendo esse o caso ou ainda algum outro que a legislação estabelecer e ainda sim levando-se em consideração as suas peculiaridades, não há motivos que justifiquem o concurso exclusivo para cadastro de reserva. Bem como sugere o autor Ruza Neto (2011, p.25):

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 Junior.

A respeito do assunto em tela, comenta Fabrício Mota:

O que não se pode admitir é que a previsão de cadastro de reserva seja utilizada simplesmente como meio de obscurecer o direito a nomeação dos candidatos 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 burlar o grau de concretização do direito fundamental que a jurisprudência, ao longo dos tempos construiu com precisão.

Não resta dúvida de que se de um lado há pérfida atitude por parte da administração pública de outro há argumentos contundentes que corroboram para uma mudança nesta atitude por parte do administrador.

6 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO CADASTRO DE RESERVA

Ao decidir se candidatar a uma vaga o candidato considera uma série de fatores que para ele são relevantes tais como, onde será locado para trabalhar, área de conhecimento para o preparo dos estudos, remuneração, estabilidade e tantos outros fatores que como falamos anteriormente são relevantes para o candidato, com o número de vagas não é diferente, observe que a partir desse quantitativo ele poderá definir inclusive se participa ou não do certame e mais, qual expectativa ele tem em investir, pois a depender do número de vagas o concurso pode ou não ser interessante para ele, a demais o fator mais importante que é se há ou não possibilidade de ser chamado pois se acredita que o número de vagas é o norteador, visto que mesmo obtendo uma boa colocação porém se o número de vagas for pequeno ele saberá se tem uma “chance” de ser convocado para tomar posse.

Outro fator relevante é o conflito entre o que a legislação afirma sobre as regras e o que de fato acontece, pois, da mesma forma que pode soar “ilegal” por parte do candidato omitir informações, para ele, quando a administração não age de forma transparente isso também pode configurar omissão, o que seria totalmente contrário aos princípios legais.

A um fator de muitíssima relevância que cabe ser destacado, é o decreto 6.944 de 2009 que foi um momento de rutura para que os concursos começassem a serem lançados para cadastro de reserva, visto que o decreto era claro quanto a essa possibilidade que na ocasião era exclusiva do poder executiva, no entanto após a abertura dessa possibilidade os demais poderes bem como as empresas públicas inclusive começaram a lançar mão deste artifício fazendo assim com que vários concursos após o decreto, seguissem essa premissa conforme dispõe o artigo 12 do decreto:

Artigo 12: Excepcionalmente o ministro de Estado e Planejamento, orçamento e Gestão poderá autorizar a realização de concurso público para formação de cadastro de 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 Federal

Como observado o decreto acabou por inserir uma cultura dentre os demais poderes, e mesmo não estando mais em vigor ele acabou deixando sua marca escusa na prática, bem como considera o Ruza Neto (2011, p, 20)

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 judiciário, 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

Se de um lado temos um entendimento sedimentado no tocante ao concurso bem como a garantia de nomeação, de outro lado temos uma atitude que por muitos é considerada discricionária por parte da administração pública insistindo em desconsiderar princípios constitucionais e entendimentos que garantem ao candidato uma vaga e ao direito a nomeação.

Não podemos esquecer que a realização de um concurso demanda toda uma movimentação da máquina pública, gerando sem dúvidas ônus financeiro e demanda

de pessoal que poderia estar atuando no que realmente gera eficiência no serviço, lembrando também que os atos da administração pública devem se pautar por uma série de preceitos que em suma são conflitantes com determinados atos por ela tomados, ora só se deve lançar um determinado edital se de fato há vagas a serem preenchidas, caso contrário qual seria o intuito da administração em lançar um determinado certame? Ou até mesmo fica implícito que a administração pública demonstra má prestação do serviço público, pois, se a ônus para realização do certame será que este dinheiro se fosse empregado de uma outra forma não estaria cumprindo o papel principal do princípio da eficiência?

Podemos observar que neste sentido já existem decisões sedimentadas que validam essa ideia, como retrata Oliveira (*apud* Galli 2016, p.01):

O juiz Paulo Henrique Blair de Oliveira, do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, decidiu que o cadastro reserva em concursos públicos é inconstitucional porque fere o princípio da eficiência. No caso específico julgado, ele entendeu que foi movimentada a máquina pública para a abertura do concurso para, ainda durante sua validade, abrir novo processo, também sem transparência quanto ao número de vagas.

“O lançamento reiterado de concursos sem previsão de vagas implica em reiteradas contratações de empresas especializadas para aplicação de provas quando, em verdade, ainda podem haver candidatos aprovados e capacitados para preenchimento dessas vagas e que deveriam ser aproveitados, sem que mais dinheiro público fosse gasto para, talvez, aplicar uma seletividade duvidosa quanto aos candidatos desejados pela instituição que pretende contratá-los”, disse na decisão de 25 de abril.

Também observa-se que essa realidade em um caso concreto:

No caso concreto, um candidato que fez concurso da Caixa Econômica Federal afirma que foi aprovado para o cargo de técnico bancário novo, no certame lançado em fevereiro de 2012, mas não foi convocado. Ele passou na posição 1.808º, sendo que o cadastro reserva seria até a posição 2.900º. O candidato, que é defendido pelo advogado **Max Kolbe**, alega que o banco lançou novo concurso em 2014, mesmo sem contratar os aprovados da seleção anterior. Em sua defesa, a Caixa afirmou a incompetência da Justiça especializada para apreciação do feito, de litisconsórcio necessário dos candidatos em classificação anterior ao reclamante, a impossibilidade jurídica do pedido e, no mérito, pela improcedência da ação trabalhista. O juiz negou os pedidos. Para o juiz, a administração pública, ao convocar concurso público, necessariamente o faz porque há vagas a serem preenchidas, ainda que não sejam divulgadas. “Regem o concurso público os princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A ausência de transparência quanto ao número de vagas existentes e/ou previstas fere o princípio da publicidade.”

Na decisão, o juiz afirma que, como ato administrativo, o concurso público deve atender ao interesse público. A abertura de um certame sem a definição de um número específico de vagas fere o princípio da finalidade, que é o do

preenchimento de vagas e manutenção regular do serviço prestado, diz. GALLI (2016, p.01)

Fica evidenciado que não há por parte da administração a transparência nem tão pouco a eficiência que se espera.

Desta forma por se tratar de uma questão que requer uma seriedade por parte do legislador, o deputado Pompeo de Mattos na tentativa de coibir o uso indiscriminado do poder que a administração pública detém elaborou um projeto de lei com a finalidade de acabar com o concurso exclusivo para cadastro de reserva

PROJETO DE LEI Nº de 2019. (Deputado Pompeo de Mattos) Altera a Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para vedar a realização de concursos públicos de provas ou de provas e títulos que sejam exclusivamente para a formação de cadastros reserva e dá outras providências. O Congresso Nacional decreta: Art. 1º Fica vedada em todas as esferas da administração pública a realização de concursos públicos de provas ou de provas e títulos que tenham a exclusiva finalidade de gerar cadastro reserva. Art. 2º O art. 12 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo terceiro: “Art. 12º
.....
..... § 3º É vedada a realização de concurso público de provas ou de provas e títulos que tenha por finalidade exclusiva a geração de cadastro reserva.
..... Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2019)

Sua justificativa para a criação do projeto é

O Supremo Tribunal Federal pacificou em nosso ordenamento jurídico que, uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas (RE 598.099/MS).

Entretanto, quanto aos editais que preveem formação de cadastro reserva, o entendimento do STF é que não há direito subjetivo à nomeação, conforme o Agravo Regimental MS-AgR 31.790/DF. Tal entendimento levou diversas instâncias da administração pública a optarem pela adoção de concursos em que não se divulgam as vagas efetivamente necessárias aos órgãos demandantes, levando à mera geração de um cadastro que poderá ou não ser acionado para a nomeação de servidores. Além da insegurança gerada nos cidadãos que buscam servir ao seu país, essa situação gera consequências esdrúxulas, como a existência de concursos que, nos dois anos de sua vigência, não nomeiam ninguém. Alguns concursos chegam a perder a validade sem que haja nomeações. Além da frustração de expectativas, esses concursos geram prejuízos financeiros, pois os candidatos, muitos deles desempregados em busca de uma recolocação profissional, pagam taxas de inscrição e custeiam seu deslocamento, entre outros custos necessários. Tendo em vista essa situação, entendemos que esta modalidade de concurso deve ser vedada. Por fim destaco que esse Projeto de Lei foi sugestão do companheiro pedetista Paulo Palombo Pruss, que agradeço pela bela ideia apresentada. Ante o exposto, conto com o apoio dos nobres pares para a aprovação do Projeto de Lei ora apresentado.

Brasília, de fevereiro de 2019. POMPEO DE MATTOS DEPUTADO FEDERAL PDT- RS (BRASIL,2019)

Ou seja, o próprio legislador consegue enxergar que se faz necessário tomar algumas medidas para de alguma forma tentar coibir a discricionariedade da administração pública no uso do poder que a mesma detém.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos fatos abordados no presente artigo, bem como as informações acerca do instituto cadastro de reserva é possível concluir que, o certame exclusivo para cadastro de reserva fere princípio da administração pública bem como passa a ser inconstitucional, visto que ao analisarmos tal instituto a luz dos princípios da administração pública com ênfase principalmente no princípio da eficiência, conseguimos enxergar que ao lançar um certame sem que de fato haja interesse de contratação, implica em uma movimentação da máquina pública uma finalidade clara a ser alcançada.

Podemos também destacar que foge a finalidade dos princípios da administração apenas gerar uma expectativa, quando na verdade não há interesse de cumprir o que foi proposto, e infelizmente nessa relação o cidadão torna-se a parte fraca visto sua hipossuficiência diante da máquina pública, é por isso que se faz necessário um empenho por parte do legislador, no uso de sua atribuição como representante do povo limitar as ações discricionárias da administração.

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE RESERVATION REGISTRY CONTEST

ABSTRACT

The present article seeks to observe in a succinct way from the principles that guide the public administration, demonstrating what are its main purposes, as well as its practical applicability, especially with regard to public tender, will also seek to demonstrate how to enter the public service by means of a tender, demonstrating the

legal basis for this type of entry, and the relationship between the law and the practice itself, emphasizing mainly the reserve register, since this has been a recurrent modality used by management. target public all those who tender with the expectation of a definite stability, but in fact find embarrassment on the part of the public administration because, if on the one hand the stability can be an effective solution, in contrast it is necessary that there is transparency on the part of the public administration concerning hiring, since if so In this way, through consistent literature such as doctrine, scientific article, jurisprudence and the legislation itself, it will seek to demonstrate the inconsistency of the contest exclusively for registration of reserve in light of the principles of public administration

Keywords: Public Administration. Public tender. Reservation form.

8 REFERÊNCIAS

AGLANTZAKIS, Luciana Costa. Breves conceitos sobre o instituto do Concurso Público no Direito Brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VI, n. 15, nov 2003. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4092>. Acesso em: 01 jun. 2019.

BRASIL. Constituição Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, subsecretaria de Edições Técnicas, 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 de junho de 2019.

BRASIL. LEI. Nº 8.112 DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em 12 de junho de 2019.

BRASIL. PROJETO DE LEI Nº de 2019. Brasília, Fev. 2019. Disponível em <https://dhg1h5j42swfq.cloudfront.net/2019/02/22122406/PL-939-2019.pdf>. Acesso em 12 de junho de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº20718 /MS do Plenário do Superior Tribunal de justiça, de 14 de nov. 2007 DJE 03 de março de 2008 Disponível em <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.6:acordao;rms:2007-12-04;20718-814982>> Acesso em: 01 de jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 598099/MS do Plenário do Supremo Tribunal Federal, de 10 de ago. 2011 DJE 03 de outubro de 2011 Disponível em <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;re:2011-08-10;598099-2667158>> Acesso em: 01 de jun. 2019.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. 1.216 p.

GALLI, Marcelo. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. Cadastro reserva em concurso público é inconstitucional, decide juiz. **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-28/cadastro-reserva-concurso-publico-inconstitucional-juiz#author>. Acesso em: 01 jun. 2019.

LIMA, José Augusto da Costa. O cadastro de reserva em concursos públicos e a discricionariedade da Administração Pública. **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <https://advocaciacostalima.jusbrasil.com.br/artigos/371425835/o-cadastro-de-reserva-em-concursos-publicos-e-a-discricionariedade-da-administracao-publica>. Acesso em: 01 jun. 2019.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

RUZA NETO, Mário. Concurso Público: Cadastro de Reserva à Luz do Princípio da Eficiência. Juiz de Fora, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/5236/1/marioruzaneto.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2019.

STRINGARI, Amana Kauling. A eficiência como princípio orientador da atividade administrativa. **Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2333, 20 nov. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13882>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

VILELA GUGLINSKI, Vitor. Cadastro de reserva em concursos públicos – Uma proposta contra os abusos. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10997 >. Acesso em 05 jun 2019.