

**FACULDADE DOCTUM DE GUARAPARI
REDE DE ENSINO DOCTUM
CURSO DE DIREITO**

SABRINA FERREIRA PEREIRA MALDANES

**O CONCURSO PÚBLICO PARA CADASTRO DE RESERVA FERE
PRINCIPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?**

**GUARAPARI/ES
2017**

SABRINA FERREIRA PEREIRA MALDANES

**O CONCURSO PÚBLICO PARA CADASTRO DE RESERVA FERE
PRÍNCIPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?**

Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso no Curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito para obtenção de Título de Bacharel em Direito.

**Professor Orientador Msc.
Antônio Ricardo Zany**

**GUARAPARI/ES
2017**

SABRINA FERREIRA PEREIRA MALDANES

**O CONCURSO PÚBLICO PARA CADASTRO DE RESERVA FERE
PRÍNCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?**

Artigo Científico apresentado ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___ de Dezembro de 2017

BANCA EXAMINADORA

Orientador Prof. Msc. Antônio Ricardo Zany

Prof. Avaliador

Prof. Avaliador

FACULDADE DOCTUM DE GUARAPARI
REDE DE ENSINO DOCTUM
CURSO DE DIREITO

**O CONCURSO PÚBLICO PARA CADASTRO DE RESERVA FERRE
PRÍNCIPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?**

Sabrina Ferreira Pereira Maldanes
sabrinamils@hotmail.com
Graduanda em Direito
(Autora do artigo)

Prof. Msc. Ricardo Antônio Zany
comandantezany@yahoo.com
Mestre em Ciências Navais
pela Escola de Guerra Naval
(MB/RJ).
(orientador)

RESUMO

Este trabalho buscará entender como o concurso para cadastro de reserva funciona e porque tem sido tão frequente sua utilização, analisando como o mesmo afeta a vida dos cidadãos que passaram pela angústia da expectativa da nomeação e presenciaram o descaso da administração na realização deste tipo de concurso, uma vez que quase ou nunca são chamados para ocupação do cargo e se há violação da norma constitucional principalmente dos princípios da administração pública. O tema é de suma importância, pois existem várias pessoas que investem tempo, anos de dedicação, dinheiro, abdicam da convivência familiar, lazer, para empreender e conquistar a tão sonhada estabilidade junto ao funcionalismo público e o Estado frustra indevidamente o direito adquirido destes aprovados. O artigo é direcionado àqueles indivíduos que pretendem prestar concurso público, aos funcionários do Estado responsáveis pelos concursos públicos e os operadores do direito que militam na área. Para confecção da pesquisa, foi utilizado meio documental e bibliográfico, através, principalmente, de artigos científicos, leis e jurisprudências, selecionados de forma cautelosa, considerando as fontes, relevância e autoria, abrangendo documentos de conteúdo nacional.

Palavras-chave: CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. NOMEAÇÃO. SERVIÇO PÚBLICO. SERVIDOR PÚBLICO.

1. INTRODUÇÃO

Uma vida estável tem sido o sonho de muitos cidadãos brasileiros na atualidade, e o concurso público é a porta de entrada para a realização profissional de inúmeros cidadãos. Muitos abdicam de tempo, dinheiro, convívio familiar, em busca de uma segurança no ambiente laboral, haja vista a crise econômica global que afeta o mercado de trabalho, gerando instabilidade e incertezas ao trabalhador da iniciativa privada que precisa prover por vezes sozinho, o sustento de sua família.

Porém, muitas vezes o candidato se depara com a frustração desta realização profissional, mesmo estando apto para o cargo.

Buscar entendimento sobre o instituto do certame público para Cadastro de Reserva é de grande importância para a coletividade, uma vez que o mesmo tem sido usado como mecanismo para burlar princípios administrativos e Constitucionais, bem como direitos fundamentais dos cidadãos, no ingresso aos cargos e empregos públicos. Analisaremos como o entendimento jurisprudencial tem se posicionado a respeito do assunto e verificaremos sua constitucionalidade.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO CONCURSO PÚBLICO

É importante citar alguns dos princípios constitucionais que estão elencados na Constituição de 1988 bem como alguns dos princípios administrativos que nortearão o tema que será abordado, para uma melhor explanação e entendimento do assunto que será desenvolvido.

2.1.1 Princípio da legalidade

A Constituição Federal é clara quando da importância da observância dos princípios, e em seu art. 37, *caput*, dispõe sobre os mesmos.

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: [...].

Na obra de Hely Lopes Meirelles com atualização de Eurico de Andrade Azevedo e outros, é relatado (MEIRELLES, 2006, p. 87):

[...] a legalidade como principio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei e do Direito. É o que diz o inc. I do paragrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99. Com isso fica evidente que além da atuação, conforme a Lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos (MEIRELLES, 2006, p.88).

O autor ainda diz que na Administração Publica não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na Administração particular é licito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “poder fazer assim”; para o administrador público “deve fazer assim”.

2.1.2 Princípio da eficiência

Este princípio é um dos mais importantes da administração pública e foi incluído no ordenamento jurídico, por meio da emenda constitucional nº 19, de junho de 1998, trazendo alteração no art. 37.

Este princípio é de extrema relevância, pois é o princípio que zela pela qualidade dos serviços e produtos prestados pela Administração Pública, buscando a economicidade e produtividade na execução dos serviços.

O autor Hely Lopes Meirelles (2006, p. 96 e 97), discorreu sobre o assunto, afirmando que, *o princípio da eficiência* exige que a atividade administrativa seja exercida 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.

Buscando essa eficiência, a Lei 9.784, de 29.1.99, que “regula o processo administrativo no âmbito da Administração Publica Federal”, racionalizando e buscando eficiência, permite que para a “solução de vários assuntos da mesma natureza” seja “utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantias dos interessados” (§2º do art. 50).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, (2014, p. 84 e 85) este princípio apresenta dois aspectos, sendo o último de interesse para esta pesquisa:

Pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organização, estruturação, disciplinar a Administração Pública, também como o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

A autora deixa claro que o princípio da eficiência é um princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, e que não pode ser classificado como melhor a nenhum dos demais princípios, principalmente ao da legalidade, pra que não incorra em riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.

2.1.3 Princípio da igualdade ou isonomia

A Carta Magna em seu art. 5º, disciplina o princípio da igualdade ou isonomia e o classifica como um direito fundamental, o qual todos são iguais perante a lei, sem fazer distinção de qualquer natureza.

José dos Santos Carvalho Filho, (2014, p.17), leciona que o art. 5º indica que a administração deve dispensar idêntico tratamento a todos os administrados que se encontrem na mesma situação jurídica. Ao tratar da obrigatoriedade da licitação, a Constituição, de forma expressa, assegurou no art.37, XXI, que o procedimento deve assegurar “igualdade de condições a todos os concorrentes”. Portanto, as linhas marcantes dos princípios são índole constitucional. A igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem dúvida alguma, está intimamente ligado ao da impessoalidade: de fato, oferecendo oportunidade a todos os interessados a Administração lhes estará oferecendo também tratamento impessoal.

2.1.4 Princípio da impessoalidade

Para Giogenes Gasparini, (2007, p. 09), este princípio impõe ao Poder Público que, a atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, dirigida aos cidadãos em geral, sem determinação de pessoas ou discriminação de qualquer natureza. Com ele quer-se quebrar o velho costume do atendimento do administrado em razão de seu prestígio ou porque a ele o agente público deve alguma obrigação.

Como vimos este princípio cuida para que o Estado trate de forma imparcial terceiros, visando atingir a coletividade de forma igualitária, sem prejuízo pra uns e benefício pra outros.

2.1.5 Princípio da publicidade

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, (2014, p. 117), não pode haver em um estágio Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art,1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos quanto aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida. Este princípio garante a transparência dos atos administrativos e do livre acesso dos cidadãos a informações de seu interesse.

2.1.6 Princípio da moralidade

Os atos da administração pública também devem ser regidos pelo princípio da Moralidade, porque a conduta do administrador deve ser pautada na ética, honestidade e boa fé para um ótimo desempenho da boa administração.

Para José dos Santos Carvalho Filho, (2014, p. 21 e 22), o princípio da Moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de convivência, oportunidade e justiça em suas ações, mais também distinguir o que é honesto do que é desonesto.

O autor ainda explica que esse comportamento não deve ser somente entre Administração e Administrados, como também, entre a Administração e os agentes públicos, visando à segurança nas relações da administração.

2.2 DO INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO

O procedimento a ser seguido para o ingresso no serviço público está elencado na Constituição Federal, em seu art. 37, inciso II:

Art. 37, inciso II: a investidura em cargo ou emprego público dependerá de aprovação previa em concurso publico 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 o cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Onde também deixa claro que a Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerão aos princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade, eficiência e publicidade.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 285 e 286), o que a Lei Magna visou com os princípios da acessibilidade e do concurso publico foi, de um lado, ensejar a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos da Administração direta e indireta. De outro lado, propôs-se a impedir tanto o ingresso sem concurso, ressalvadas as exceções previstas na Constituição, quanto obstar a que o servidor habilitado por concurso para cargo ou emprego de determinada natureza viesse depois a ser agraciado com cargo ou emprego permanente de outra natureza, pois esta seria uma forma de fraudar a razão do concurso público.

Em relação à validade do concurso publico estipulado pela Constituição Federal no art. 37, incisos III e IV, o autor frisa que, a Administração só com eles poderá preencher as vagas existentes dentro de seu período de validade, quer já existissem quando da abertura do certame, *quer ocorridas depois*. É certo, outrossim, que não poderá deixa-lo escoar simplesmente como meio de se evadir ao comando de tal regra, nomeando em seguida os aprovados no concurso sucessivo, que isso seria um desvio de poder. Com efeito, se possível agir deste modo, a garantia do inciso IV não valeria nada, sendo o mesmo uma "letra morta". (MELLO, 2014, p. 288).

O autor ainda discorre que na legislação federal, por força do art.12, § 2º, da Lei 8.112 (que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, suas autarquias e fundações federais), "não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado".

Podemos observar que os entendimentos de ingresso no serviço público, tanto da Lei bem como do autor é que não deve ser por nenhum outro meio que não seja através de concurso público.

2.3 CONCURSO PÚBLICO

Segundo Jose dos Santos Carvalho Filho (FILHO, 2014, p. 632):

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

O doutrinador Diogenes Gasparini, (2007, p. 178), afirma que o certame público não é assim procedimento de simples habilitação (todos os que lograrem ultrapassar certo mínimo são considerados aptos ou habilitados), como é a concessão de Carteira Nacional de Habilitação. É um procedimento competitivo, em que os cargos são disputados pelos vários candidatos. Os cargos não de estar sem os respectivos titulares ou em estado de vacância.

Insta frisar que o autor preleciona que, 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 carência de serviço, devem-se criar os cargos e só depois instaurar o concurso. Esse também é o entendimento de Adilson Abreu Dallari, ao asseverar: “Fique perfeitamente claro que não é lícito o ingresso de pessoal na administração direta e indireta, em caráter permanente, sem a prévia criação do cargo ou emprego”

Fabricio Motta, (2011, p. 12) em seu artigo, explica que, à semelhança dos procedimentos licitatórios, nos concursos também deve existir uma etapa interna, preliminar, na qual se planeja o certame e se verifica o atendimento dos requisitos estabelecidos pelo ordenamento. Essa fase inicial é constituída por atividades puramente administrativas não necessariamente jurídicas que tem como objetivo conceber o futuro certame e preparar sua execução para que se alcance o melhor resultado possível para a satisfação do interesse público.

O individuo que busca uma vaga no cargo público, busca evidentemente vida financeira estável, o Estado por sua vez, busca um servidor preparado e qualificado para o cumprimento das obrigações a ele confiada para um melhor desenvolvimento da maquina pública com qualidade e presteza, cumprindo assim com a função do princípio da eficiência.

2.4 CADASTRO DE RESERVA E O DIREITO À NOMEAÇÃO

O cadastro de reserva é o meio pelo qual o administrador prevê situações onde haverá necessidade de contratação de novos servidores, cria certames para reposição destes conforme sua necessidade e conveniência.

Atualmente tem se tornado muito comum esse tipo de prática, disponibilizando um número de vagas muito maior do que o previsto no edital e em muitas das vezes a realização somente para esse fim. É verdade que este se trata de um instituto legítimo que visa o interesse público, quando respeitado os direitos individuais dos cidadãos, bem como os princípios constitucionais.

Acontece que segundo a manifestação do STJ, o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto em edital, possui direito líquido e certo à nomeação e à posse.

Ementa: 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. (Processo : RMS 20718 / SP - Relator (a): Ministro PAULO MEDINA (1121) - Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA - Data do Julgamento: 04/12/2007).

No mesmo sentido o STF:

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. (RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314 RTJ VOL-00222-01 PP-00521).

Depreende-se então que tanto o STF e o STJ possuem o mesmo entendimento no sentido que o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas, tem direito líquido e certo à nomeação, dentro do prazo legal do certame. A

administração tem usado o ato discricionário a ela conferido de forma abusiva, na utilização de concursos somente para cadastro de reserva, ou seja, sem a identificação no edital, do número de vagas oferecidas para provimento.

Neste sentido, Fabrício Motta, (2011, pg 15 e 16): leciona que, como o concurso possui como finalidade identificar os mais aptos para o provimento de cargos públicos, não parece fazer sentido iniciar um procedimento para *selecionar alguém para algo que não existe*. Em outras palavras, pode-se dizer que a existência de cargos constitui, em princípio, *pressuposto lógico* para a realização do procedimento de seleção.

O autor ainda informa que é necessária a obediência a dois requisitos para que se permita a realização de um concurso específico para cadastro de reserva. O primeiro é a urgência no futuro preenchimento dos cargos, cujo provimento deve ser feito imediatamente após o fim da causa impeditiva. Com efeito, deve-se estar diante de situação de prejuízo ou risco ao interesse público, passíveis de agravamento com o correr do tempo.

O autor fala de cargos efetivos com atribuições ligadas à satisfação de necessidades inadiáveis da coletividade, cuja ausência ou diminuição quantitativa possa provocar prejuízo ao serviço prestado ao público. O segundo requisito é o efetivo juízo de probabilidade de cessação da causa impeditiva. Deve existir probabilidade efetiva de que a causa impeditiva desapareça, em curto espaço de tempo, para dar lugar às admissões urgentes. O autor continua:

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

Conforme o explanada, fora das situações versadas, em princípio, não parece existir sentido em realizar a seleção para cadastro de reserva.

2.5 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO CADASTRO DE RESERVA

Com a decisão dos tribunais STJ e STF, no sentido de que deve ser concedido o direito à nomeação de candidato, aprovado dentro do número de vagas, ficou visível que a administração pública buscou uma forma de enfraquecer o instituto concurso público, lançando edital omissivo de quantitativo de número de vagas, usando da prerrogativa de discricionariedade de nomear ou não. Violam-se o consolidado entendimento jurisprudencial e princípios administrativos como da moralidade, impessoalidade e eficiência, quando faz uso exclusivamente do fenômeno cadastro de reserva, esquivando-se assim, da obrigação de convocar candidato aprovado. Fica claro o interesse Estatal frente aos direitos individuais dos cidadãos, violando o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o candidato despende de todas as formas possíveis para obedecer e cumprir toda a exigência de um edital, e no fim, fica somente com a esperança de uma possível nomeação.

Segundo Lucas Lyra de Melo, (MELO, 2011), a edição de um concurso público é precedida de necessária lei que autoriza sua abertura, bem como defina um número exato de vagas a serem providas. Assim, por exemplo, se o instrumento editálcio previu 130 vagas para um dado cargo, mas por algum motivo não conseguiu provê-las, afigura-se latente a violação ao princípio da legalidade, eis que a Administração restou vinculada ao número de vagas ofertadas e tinha meios materiais para seu preenchimento.

No âmbito federal, existe o Decreto 3.298/1999, que obriga os certames a divulgarem nos editais o número certo de vagas oferecidas:

Art. 39. Os editais de concursos públicos deverão conter:

I - O número de vagas existentes, bem como o total correspondente à reserva destinada à pessoa portadora de deficiência;

Neste caso, para se chegar a um cálculo correto de 20% para fazer a reserva destinada ao candidato com deficiência física, deve-se saber o número exato de vagas.

E como se chega a essa porcentagem se no edital do certame não diz quantas vagas serão ofertadas?

Podemos citar dois exemplos, dentre inúmeros existentes, de abuso do uso discricionário da Administração Pública, usando o instituto cadastro de reserva, para benefício próprio violando entendimento jurisprudencial, bem como os princípios da administração pública.

O primeiro julgado trata da empresa Petrobras, a qual abriu certame somente para cadastro de reserva e por conveniência contratou mão de obra terceirizada, frustrando candidato aprovado em cadastro de reserva.

RECURSO ORDINÁRIO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO PARA CADASTRO DE RESERVA. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES INERENTES AO CARGO. PRETERIÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. Não se pode aceitar que a reclamada, empresa pública federal, permaneça realizando contratações precárias para a realização de serviços de assessoria jurídica, quando há candidatos aprovados em certame público, em cadastro de reserva, para o cargo de analista/área de direito, presumindo-se, a partir da própria terceirização de serviços, a necessidade no provimento dos cargos. Ora, ao terceirizar a mesma atividade prevista para os concursados, a administração exterioriza a carência existente em seu quadro de pessoal, havendo, inevitavelmente, de se concluir que o interesse público reclama pelo preenchimento de tais cargos. (Processo: RO - 0000732-48.2015.5.06.0006, Redator: Maria das Gracas de Arruda Franca, Data de julgamento: 01/02/2016, Terceira Turma, Data da assinatura: 02/02/2016) (TRT-6 - RO: 00007324820155060006, Data de Julgamento: 01/02/2016, Terceira Turma) (grifos nossos)

Neste caso, trata-se de uma Companhia de abastecimento que também terceirizou serviços, quando se tinha candidatos aprovados para o cargo.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. RELAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. LITÍGIO ORIGINADO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL. Consoante o entendimento que vem se consolidando nesta Corte superior, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar litígio originado na fase pré-contratual, relacionado à preterição de candidato aprovado em concurso público para cadastro de reserva caracterizada pela terceirização, no prazo de validade do certame, dos serviços para o qual fora realizado o concurso. Hipótese em que não se reconhece afronta ao disposto nos artigos 114 da Constituição da República. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO PARA CADASTRO DE RESERVA. TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS NO DECORRER DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. PRETERIÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. 1. Consoante o mandamento insculpido na cabeça do artigo 37 da Constituição da República, a Administração Pública, tanto direta quanto indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, está submetida aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Desse modo, constatada a existência de desvio de finalidade na conduta do administrador, afastando-se o ato praticado do interesse público - norteador do desempenho administrativo -, para alcançar fim diverso daquele que a lei lhe permitiu, deve tal ato ser submetido à revisão judicial ou administrativa, porquanto configurada ilegalidade, constituindo-se causa de nulidade do ato administrativo. 2. Conforme entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, a aprovação de candidato em concurso público realizado para preenchimento de cadastro de reserva não gera, em princípio, direito subjetivo à nomeação, mas apenas expectativa de direito. Tem-se, contudo, que a moderna jurisprudência da Excelsa Corte, bem como do Superior Tribunal de Justiça, tem firmado seu posicionamento no sentido de que a contratação precária de pessoal, dentro do prazo de validade do concurso público, seja por comissão, terceirização ou contratação temporária, para o exercício das mesmas atribuições do cargo para o qual fora realizado o

certame, configura preterição dos candidatos aprovados, ainda que fora das vagas previstas no edital ou para preenchimento de cadastro de reserva, evidenciando desvio de finalidade, em inequívoca transgressão à exigência do artigo 37, II, da Lei Magna. 3. Na presente hipótese, resultou comprovado que a Petrobrás Transportes S.A., ente integrante da Administração Pública indireta, após a realização de concurso público para preenchimento de cadastro de reserva para o cargo de Técnico de Instrumentação, e dentro do prazo de validade do certame, efetuou contratações para a prestação de serviços técnicos de instrumentação, configurando inequívoca preterição dos candidatos aprovados no referido concurso. Constatando-se que o ente público terceirizou os serviços para os quais houve realização de concurso público para preenchimento de cadastro de reserva, dentro do prazo de validade do certame, resulta configurado o desvio de finalidade do ato administrativo e a expectativa de direito convola-se em direito subjetivo à nomeação, visto que demonstrada a necessidade premente de provimento do cargo descrito no edital. 4. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(TST - AIRR: 3464020105190003 346-40.2010.5.19.0003, Relator: José Maria Quadros de Alencar, Data de Julgamento: 06/11/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/11/2013) (grifos nossos).

Ainda sobre o assunto, o Juiz Paulo Henrique Blair de Oliveira, da 17ª Vara da Justiça do Trabalho de Brasília, DF, no ano de 2016, prolatou decisão declarando a inconstitucionalidade, do cadastro de reserva. O Juiz entendeu que quando a Administração realiza um concurso público, ele o faz porque existem vagas para serem preenchidas e quando não há divulgação de quantidade de vagas a serem ofertadas, acaba por ferir o princípio da publicidade. Assim verificamos partes da decisão:

[...] A Administração Pública, ao convocar concurso público, necessariamente o faz pois 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. Como ato administrativo que é, 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. A adoção exclusiva do cadastro de reserva, como ocorreu no presente caso, fere o princípio da eficiência, pois moveu 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. Já decidiu o Supremo Tribunal Federal que na elaboração de um edital a administração deve pautar-se pelo princípio da segurança jurídica, e, ainda, o da motivação para a ausência de convocação de candidatos aprovados ou, mesmo, para lançamento de novo edital, como ocorreu. [...] Assim, declaro a inconstitucionalidade do cadastro de reserva. Deverá, portanto, a reclamada proceder a continuidade do certame público em relação ao autor, conforme normas já previstas no Edital, sob pena de multa diária no importe de R\$ 1.000,00. Constatado o

prejuízo à esfera íntima do reclamante, em razão da conduta indevida adotada pela reclamada, tem-se que a reclamante tem, sim, efetivamente, direito à indenização ventilada na peça de ingresso.
(TRT – 10ª 0000 -73.2016.5.10.0017, Juíz Paulo Henrique Blair de Oliveira, Data de Julgamento: 25/04/2016. (grifos nossos).

Fica claro que o certame específico para cadastro de reserva afronta os princípios da Administração Pública, princípios da igualdade, isonomia, impessoalidade e eficiência.

2.5.1 Proposta de Emenda à Constituição

Para acabar com a ilegalidade na realização de certames para cadastro de reserva e para que a mesma seja cumprida pela administração pública, está tramitando no Senado Federal uma Proposta de Emenda à Constituição de autoria do Senador Paulo Paim, que altera o art. 37 da Constituição.

Essa PEC trás em seu texto, a vedação de realização de concurso público exclusivamente para cadastro de reserva e obriga a nomeação de todos os aprovados dentro do numero de vaga previsto no edital. Também prevê o número de vagas para formação de cadastro de reserva, este não podendo exceder a 20% dos cargos ou empregos públicos.

Essa PEC atualmente está tramitando no Senado Federal e encontra-se pronta para a pauta na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dado o que fora abordado no presente trabalho, podemos concluir que, em relação a concurso público, o instituto do “Cadastro de Reserva” fere sobremaneira os princípios que norteiam o certame, bem como a administração pública como um todo, tais como princípio da igualdade de condições, impessoalidade, isonomia e principalmente a eficiência, juntamente com outros princípios da administração pública, de natureza constitucional, elencados no art. 37, caput, da CF/88.

Insta frisar que, o uso indiscriminado do cadastro de reserva, pode gerar insegurança jurídica aos candidatos, maculando o princípio basilar da ampla defesa, bem como restringir de maneira perversa o acesso aos cargos públicos.

Conforme as inúmeras justificativas legais, apregoadas também nos princípios da administração pública, resta provado que tal instituto, fere de morte a eficiência dos

atos da administração pública, sendo imperativo, que o mesmo, não tenha mais aplicabilidade nos processos seletivos de ordem pública, uma vez que resta provado sua inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006.

BRASIL. **DECRETO Nº 3.298, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1999**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em 14 de novembro de 2017.

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 14 de novembro de 2017.

BRASIL. **LEI. Nº 97.84, DE 29 DE JANEIRO DE 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em 14 de novembro de 2017.

CASSOL, Ivo. **COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5136847&disposition=inline>>, 2017. Acesso em 13 de novembro de 2017.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª Edição Editora Malheiros: São Paulo – SP, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27º Ed. Editora Atlas: São Paulo – SP, 2014.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 27º Ed. Editora Atlas: São Paulo – SP, 2014.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 12º Ed. Editora Saraiva: São Paulo – SP, 2007.

GOMES, Luíz Flavio. **STJ, por unanimidade, reitera que candidato aprovado dentro do número de vagas tem direito e líquido e certo à nomeação**. Disponível em <<https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1667759/stj-por-unanimidade-reitera-que-candidato-aprovado-dentro-do-numero-de-vagas-tem-direito-e-liquido-e-certo-a-nomeacao>>, nov. 2009. Acesso em 06 de novembro de 2017.

JUNIOR, Richard Paes Lyra. <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6489/Cadastro-reserva-em-certames->

publicos-mera-discrecionalidade-ou-vinculacao-administrativa)>, jun. 2011. Acesso em 14 de novembro de 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32º Ed. Editora Malheiros: São Paulo – SP, 2006.

MOTTA, Fabricio. Concurso Público: **direito a nomeação e a existência de “cadastro de reserva”**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-FABRICIO-MOTTA.pdf>>, fev. 2011. acesso em 06 de nov. de 2017.

OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. **SENTENÇA**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-cadastro-reserva.pdf>>, 2016. Acesso em 16 de novembro de 2017.

PAIM, Paulo. **Proposta de emenda à Constituição**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=1394288&disposition=inline>>, 2016. Acesso em 16 de novembro de 2017.

SILVA, Rubstênia Sonara. **Direito à nomeação do candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas ofertadas no edital**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI238011,71043-Direito+a+nomeacao+do+candidato+aprovado+em+concurso+publico+fora+do>>, abr. 2016. Acesso em 06 de novembro de 2017.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO. **Recurso Ordinário nº 7324820155060006**. Disponível em: <<https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/417658539/recurso-ordinario-ro-7324820155060006/inteiro-teor-417658559?ref=juris-tabs>>. Acesso em 14 de novembro de 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA Nº 34602010510003**. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24632145/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-3464020105190003-346-4020105190003-tst/inteiro-teor-112117101?ref=juris-tabs>>. Acesso em 14 de novembro de 2017.