

Cadastro Reserva em Certames Públicos: Mera Discricionariedade ou Vinculação Administrativa?

Richard Paes Lyra Junior

Advogado em São Paulo, especialista em Direito Tributário pela Escola Paulista de Direito, articulista em diversos sítios jurídicos especializados.

Resumo: Trata-se de ensaio jurídico acerca do tema concurso público, mais especificamente quanto à formação de cadastro reserva e a consequente prorrogação do certame. De tal sorte, sua análise resta balizada à luz dos princípios constitucionais e orientações jurisprudenciais que aludem à temática ora proposta.

EMENTA: CONCURSO PÚBLICO – CADASTRO RESERVA – PRORROGAÇÃO DO CERTAME – VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – PAPEL DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Há tempos, o país observa contínua e progressiva migração de profissionais do setor privado para o público. Seja pelo fator estabilidade, seja por mero idealismo, fato é que a procura por certames públicos tornou-se prioridade para 7 em cada 10 profissionais recém-egressos das universidades públicas e privadas brasileiras.

Para tal, cumpre ao candidato submeter-se às exigências de um edital, que, segundo José Afonso da Silva, *“visa essencialmente realizar o princípio de mérito que se apura mediante investidura por 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 (art. 37, II)”*. [1]

Não obstante a árdua missão de conquistar sua vaga, num universo de milhares de concorrentes, o candidato, por vezes, não logra o êxito merecido e esperado. É que a complicada vida do *“concurseiro”* resta ainda

mais tormentosa face ao constante desrespeito da Administração Pública, em geral, no tocante às normas constitucionais alusivas a concurso público.

É certo que, há algum tempo, STJ e STF pacificaram o entendimento inerente ao direito do candidato aprovado dentro do número das vagas estabelecidas no instrumento editalício a ser nomeado ao final do lapso temporal previsto para a vigência do certame.

No entanto, muitas questões, ainda, carecem da atenção do Poder Judiciário, eis que conduzem o rumo de um concurso a terrenos deveras nebulosos, por vezes, culminando em prejuízos irreparáveis, não apenas aos candidatos, mas à sociedade como um todo.

Exemplo unívoco pode ser extraído da polêmica que alude ao tema **“cadastro de reserva”** e **“prorrogação do concurso público”**.

Bastante recorrente em concursos modernos, o chamado cadastro de reserva objetiva, em tese, reunir candidatos habilitados a assumir dada função pública segundo expectativa (evento futuro e incerto) aferida, a priori, conforme a necessidade do órgão ou entidade pública. De tal sorte, a Administração Pública observa a regra descrita no artigo 37, III [2], da Carta Magna, cujo teor estabelece um prazo de validade de até dois anos prorrogáveis pelo mesmo período.

Ab initio, imperioso consignar que STJ e o STF [3], por vezes, entenderam que candidatos aprovados em cadastro reserva possuem **“mera expectativa de direito à nomeação”** em concurso, bem como restou assentado que a prorrogação de um certame público denota o caráter **“discricionário”** da Administração Pública em assim proceder, obstando a análise do Poder Judiciário acerca do tema.

À margem de qualquer polêmica, é preciso reconhecer que a premissa acima estatuída consagra, apenas e tão somente, a regra deste núcleo e, como tal, comporta exceção, devendo, portanto, ser aferida caso a caso, senão vejamos.

Desde a confirmação da tese, pelo STF e STJ, atinente ao direito de nomeação dos aprovados conforme as vagas definidas no Edital, a Administração Pública, temendo eventuais complicações financeiras e orçamentárias, tem lançado mão de um expediente costumeiramente aferível nos últimos certames: **vagas predeterminadas cumuladas com a formação de Cadastro Reserva**.

Desta feita, por razões diversas, a Administração Pública deixa de preencher o número de vagas predeterminadas ao final dos dois anos de validade do certame (desistências, candidatos inaptos em exames complementares, suposta dificuldade orçamentária, etc.) e, apesar das vagas existentes e da manifesta necessidade em preenchê-las, deixa de convocar aqueles candidatos constantes em cadastro, preferindo publicar novo instrumento editalício.

Ora, mediante perfunctória leitura acima, é possível depreender que a existência de vagas remanescentes, aliada à formação de cadastro reserva, bem como o caráter dispendioso de um novo certame, torna a situação em tela extraordinária se comparada àquela descrita como regra.

É que a Carta Magna brasileira elenca expressa e implicitamente dispositivos constitucionais deveras sensíveis e de observância obrigatória pelo administrador público, por sua vez, negligenciados *in casu*.

Em outras linhas, a decisão administrativa no sentido de não aproveitar o cadastro reserva, havendo vagas remanescentes, viola inequivocamente os princípios da **“Legalidade, Eficiência, Moralidade e, por derradeiro, o princípio da dignidade da pessoa humana”**.

Como é cediço, a edição de um concurso público é precedida de necessária lei que autoriza sua abertura, bem como define um número exato de vagas a serem providas. Assim, por exemplo, se o instrumento editalício previu 130 vagas para um dado cargo, mas por algum motivo não conseguiu provê-las in totum, sem, no entanto, convocar o cadastro reserva para supri-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**.

Na mesma esteira, o não-aproveitamento desse material humano coloca em xeque a estrutura jurídico-constitucional estatuída pelo **princípio da eficiência administrativa, eis que, desta forma, a Administração simplesmente descarta profissionais de comprovada boa técnica e aptos a atender às expectativas almejadas pela máquina pública**.

Ademais, vale consignar o desrespeito **aos princípios da moralidade e dignidade da pessoa humana**. Inequívoco reconhecer que, ao formar cadastro reserva, em certames públicos, a Administração Pública incute, tanto no

indivíduo (candidato) quanto na sociedade, a ideia de aproveitamento destas pessoas assim que caracterizada a possibilidade de seu aproveitamento.

É o que se infere do julgado abaixo, *in verbis*:

“Entende esse Juízo que, ao promover o concurso público, **ainda que inicialmente para a formação de cadastro de reserva, ré compromete-se a contratar os aprovados, pois o concurso figura como uma promessa de contratação, desde que haja necessidade do serviço**, o que corresponde a fato incontroverso nos autos. 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 a expectativa de que, uma vez aprovados, preenchidos os requisitos legais e, havendo necessidade do serviço, a contratação corresponde a um direito inafastável**” (grifo nosso).[4]

Destarte, uma vez frustrada a convocação do candidato, quando esta era possível, resta evidente a quebra da boa-fé objetiva que norteia todo e qualquer certame, bem como faz com que o candidato, que há tempos aspirava à oportunidade de ingressar no serviço público, experimente situação de absoluto desconforto emocional, que não se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por derradeiro, exsurge unívoco asseverar que a decisão injustificada de não prorrogar um certame, no qual há candidatos suficientes à vaga pretendida, para lançar novo instrumento editalício, vai de encontro ao **princípio da economicidade** (art. 70, CF) [5]. Neste diapasão, vale destacar o ensinamento de Ricardo Lobo Torres [6], *in verbis*:

“O conceito de economicidade, originário da linguagem dos economistas, corresponde, no discurso jurídico, ao de justiça. (...) eficiência na gestão financeira e na exe-

cução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação. (...) “sobretudo, a justa adequação e equilíbrio entre as duas vertentes das finanças públicas.”

Consoante o excerto supra, resta indubitoso asseverar que a decisão de não prorrogar um certame para, em seguida, lançar outro, afronta o princípio da economicidade. **Como é cediço, a edição de um novo certame implica uma série de procedimentos, desde os preparos que antecedem à licitação até a efetiva escolha da nova organizadora do certame, demandando tempo e gastos, que, por sua vez, seriam evitados com a simples prorrogação daquele vigente.**

Tais posições restam confirmadas em recente julgado proferido na Justiça Federal de Sergipe, cujo *decisum* determinou a prorrogação da validade de certame público promovido por autarquia de âmbito federal, após reconhecida a ilegalidade do ato administrativo que altera a data de vigência do concurso, a inobservância dos princípios da moralidade e proporcionalidade, bem como em homenagem ao princípio da economicidade.

Aqui, cabe consignar os fundamentos explicitados nesta r. decisão, in verbis:

“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 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.” [7]

É certo que o caso em tela reserva certa peculiaridade, ante ao reconhecimento da ilegalidade do ato administrativo que, após a homologação do certame, alterou dispositivo editalício alusivo à vigência do certame. No entanto, em seu bojo, trouxe elementos que consagram à observância de princípios sensíveis por parte da Administração Pública, impedindo que a inicial discricionariedade descambe para a arbitrariedade.

Recentemente, o próprio STF deu sinais de que os princípios constitucionais suso mencionados, enfim, começam a permear o espectro do concurso público ao julgar o RE 581113/SC, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, cuja ementa transcreve-se, in verbis:

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 preenchi-

mento 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 provido. (grifo nosso) [8]

A decisão é paradigmática, eis que reflete os valores buscados por todo e qualquer Estado Democrático de Direito, que deve primar pela qualificação técnico-profissional de seus servidores, sem descuidar a primazia pelo esmerado atendimento ao interesse público primário, bem como atende ao preceito que preconiza o respeito à pessoa humana.

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 as peculiaridades do caso concreto, devendo o administrador subsumi-las à efetiva necessidade de preenchimento de servidores e, fundamentalmente, às regras expressas na Carta Magna.

Noutras palavras, é preciso que o Poder Judiciário consolide os posicionamentos descritos outrora, de modo a não permitir que princípios constitucionais tornem-se letra morta, sendo, por vezes, aviltados pela Administração Pública em sede de concursos públicos Brasil afora.

Notas

[1] **DA SILVA**, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª Ed. Malheiros Editores. 2007. Pag. 679

[2] Art. 37 - (...)

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

[3] 1. O candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas previsto no edital tem mera expectativa de direito à nomeação. Com isso, compete à Administração, dentro do seu poder discricionário e atendendo aos seus interesses, nomear candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência, respeitando-se, contudo, a ordem de classificação, a fim de evitar arbítrios e preterições. **2. A prorrogação do prazo de validade de concurso público é ato discricionário da Administração, sendo vedado ao Poder Judiciário o reexame dos critérios de conveniência e oportunidade adotados**". (STJ, RMS 25501/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, j. 18/08/2009, DJ 14/09/2009) (grifo nosso)

[4] 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.

[5] Art. 70. CF - A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, **economicidade**, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (grifo nosso)

[6] **TORRES**, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. Revista do TCE/RJ, nº 22. Rio de Janeiro,

jul/1991, pp. 37/44.

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

[8] STF, RE 581113/SC, Rel. Min. DIAS TOFFOLI J. 05/04/2011, Primeira Turma, DJe 31/05/2011.