



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A INCONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE CADASTRO DE RESERVA DE  
VAGAS EM CONCURSOS PÚBLICOS

*A fraude ao direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas*

Fábio Henrique Alves Dias

Rio de Janeiro  
2011

FÁBIO HENRIQUE ALVES DIAS

A INCONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE CADASTRO DE RESERVA DE  
VAGAS EM CONCURSOS PÚBLICOS

*A fraude ao direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas*

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2011

## **A INCONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE CADASTRO DE RESERVA DE VAGAS EM CONCURSOS PÚBLICOS**

*A fraude ao direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas*

Fábio Henrique Alves Dias

Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Analista Judiciário dos quadros do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo a formulação de uma análise crítica acerca da constitucionalidade do sistema de reserva de vagas nos concursos públicos. Tem-se o propósito de abordar o tema à vista dos princípios constitucionais que informam a relação Estado-indivíduo, com enfoque na tese que consagra ao candidato aprovado dentro do número de vagas o direito subjetivo à nomeação ao cargo respectivo. Visa-se, em última análise, a contribuir minimamente com o processo de sedimentação dos direitos básicos do candidato que se submete às agruras de um concurso público, que, como todo particular, é merecedor da tutela estatal.

**Palavras-chave:** Concurso. Reserva. Vagas. Direito subjetivo à nomeação.

**Sumário:** Introdução. 1. Problemática: a relevância do tema e a omissão legislativa. 2. O direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público. Evolução histórica. Jurisprudência pretoriana atual. 3. A (in)constitucionalidade do sistema de cadastro de reserva de vagas em concurso público. A fraude ao direito subjetivo à nomeação e a burla ao entendimento pretoriano. 4. Proposta de solução da controvérsia e seus respectivos instrumentos resolutivos. Conclusão. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

A ciência do direito historicamente reconhece a incapacidade de se codificar toda a gama de efeitos que exsurge das mais variadas relações resultantes do convívio humano. Percebeu-se, pois, que o positivismo jurídico, malgrado enalteça o valor segurança jurídica, não satisfaz às exigências sociais de justiça, na medida em que admite como válido o contorno do alcance normativo, legitimando práticas desviadas da real finalidade da norma, nada obstante se conformarem com a sua literalidade.

No cenário jurídico moderno, apesar de as grandes vozes acentuarem a natureza pós-positivista do ordenamento brasileiro, ainda se veem resquícios do sistema positivista no atuar da Administração Pública no País, quando reluta em observar os princípios constitucionais e se conduz de forma desonesta e fraudulenta em sua relação com o particular, maquiando seu comportamento com aparente respaldo na literalidade da lei.

Nesse contexto se insere a questão do sistema de reserva de vagas em concursos públicos, tema que se relaciona umbilicalmente com a tese consagradora do direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso dentro do número de vagas veiculado no edital.

Tradicionalmente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência posicionavam-se unissonamente pela inexistência de tal direito, ao argumento de que o ato de nomeação reside na esfera discricionária da Administração, submetido que estaria ao seu juízo de conveniência e oportunidade. Para essa corrente, que imperou de forma absoluta durante anos e que ainda subsiste com força, o único direito do candidato aprovado dentro do número de vagas era o de, caso a Administração decidisse prover o cargo, a nomeação recair sobre sua pessoa.

Só que o direito evoluiu, e o atuar temerário da Administração passou a ser considerado ilegítimo pela jurisprudência dos tribunais superiores, que vêm acolhendo a tese que assegura ao candidato o direito subjetivo à nomeação, se aprovado dentro do número de vagas divulgado. A tese também tem sido adotada por parte expressiva da doutrina.

Nada obstante o avanço, grande parte dos entes federativos e das entidades estatais obrigadas a promover concurso público para preenchimento de seus quadros tem adotado o sistema de reserva de vagas com o fim único de se afastarem da obrigação de contratar os candidatos validamente aprovados dentro do número de vagas, em flagrante burla à orientação jurisprudencial acerca do direito subjetivo à nomeação. Vê-se, pois, um atuar semelhante ao que, anos atrás, justificou a migração do sistema jurídico positivista para o pós-positivista, ou

seja, é a Administração que, sem desrespeitar diretamente a lei ou a interpretação jurisprudencial, age em retrocesso à evolução do Direito, em conduta que se afasta do conteúdo finalístico da norma.

É diante desse quadro que, orientado pela doutrina moderna que privilegia o princípio da segurança jurídica e a observância irrestrita da moralidade nos atos da Administração Pública, objetiva o presente trabalho lançar luz sobre o tema, que jaz sob os interesses esconsos da Administração Pública, a cujos representantes, frequentemente, não tem interessado o dever constitucional de transparência no trato com a coisa pública.

## **1 – PROBLEMÁTICA: A RELEVÂNCIA DO TEMA E A OMISSÃO LEGISLATIVA.**

Apesar do bom momento econômico por que o País atravessa, a iniciativa privada ainda não consegue atrair toda a mão de obra profissional que se renova com força a cada ano. Seja pelo salário, que é frequentemente superior ao do setor privado, seja pela estabilidade profissional, ou até mesmo pelo *status* que envolve a carreira pública, o fato é que a conquista do cargo público ainda continua a ser o sonho de muitos, o que faz o candidato apostar todas suas fichas na preparação para o exame, abdicando-se de momentos importantes de sua vida ao fim de melhor se capacitar para a prova.

E não é por outro motivo que, em matéria jornalística divulgada em novembro de 2009<sup>1</sup>, um estudo revelou que a procura por concursos públicos cresce aproximadamente 15% a cada ano, fazendo com que os cursos preparatórios se multipliquem pelas grandes cidades para acompanhar a crescente demanda.

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1396713-15605,00-PROCURA+POR+CONCURSO+PUBLICO+CRESCER+AO+ANO.html>> Acesso em: 08 mai 2011.

O direito, segundo a escola sociológica<sup>2</sup>, em sua acepção ampla, tem origem nos fatos sociais que, à proporção que adquirem relevo perante a sociedade, refletindo em seus costumes, valores, cultura, tradições, etc., ganham a atenção da norma, passando a ser por ela regidos.

Sob esse enfoque, tem-se que a questão do concurso público, genericamente considerada, vem adquirindo gradativa relevância na sociedade brasileira, de forma a justificar uma regulamentação específica da matéria, com normas jurídicas cogentes de natureza pública, a fim de se garantir os interesses não só do particular que se submete às veredas do certame público, mas também os de toda a sociedade, a quem sempre há de interessar a idoneidade da atuação administrativa.

Com efeito, não raro, veem-se concursos públicos (geralmente os que visam ao preenchimento dos quadros de pessoal dos tribunais) mobilizando milhares de candidatos que se dedicam com afincamento por anos para prestar a prova, cuja realização, registre-se, por vezes não se encerra em uma única fase, sendo acrescida com exames físicos, psicotécnicos, de investigação social, etc., tudo a deixar mais pernicioso o *iter* a ser percorrido para a tão sonhada aprovação. Desnecessário, portanto, à rápida vista dessas nuances, divagar mais sobre o interesse particular do candidato por uma disciplina legal rígida do assunto.

O interesse público subjacente à questão, de igual forma, é manifesto. A seriedade dos atos da Administração há sempre de afetar toda a coletividade, seja nos atos que atendam ao interesse público primário, seja naqueles que tocam o interesse público secundário. Tal conclusão se justifica porque somente um interesse eminentemente público há de autorizar as despesas advindas da movimentação da máquina estatal, relacionadas ao tempo, material humano e, principalmente, ao dinheiro público despendido, notadamente diante da realidade de um País em que a distribuição equitativa das verbas públicas é sobremaneira deficiente,

---

<sup>2</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 25.

agravada que é pelo largo histórico de desvio do erário que marca a Nação desde o Império português.

Em suma, a premente necessidade de se criar uma legislação específica sobre concurso público é evidente, dada a importância do tema para um setor expressivo da sociedade atual, que, ano após ano, lota os cursos preparatórios com vistas a obter o êxito da aprovação e bem servir à Administração Pública.

A seriedade e o senso de responsabilidade na edição do ato administrativo são a “célula-tronco” do regime democrático, cuja observância demanda do Estado a necessária atuação nos limites legais por ele próprio traçados.

Eis, então, uma das grandes dificuldades de um país novo em busca do desenvolvimento: uma atividade administrativa respeitosa, comprometida com os ideais éticos da sociedade que representa.

## **2 – O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DO CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO. EVOLUÇÃO HISTÓRICA. JURISPRUDÊNCIA PRETORIANA ATUAL.**

O direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público tem sido um dos temas mais espinhosos do Direito Administrativo moderno, na medida em que se pretende pautar a disciplina, assim como os demais ramos do Direito, nos preceitos magnos que fundam o sistema constitucional brasileiro.

Na verdade, o tema restou “adormecido” por bastante tempo. Tradicionalmente, imperava absoluto o entendimento jurisprudencial que negava o direito subjetivo à nomeação ao candidato aprovado dentro do número das vagas ofertado no edital. Conferia-se-lhe meramente a inservível situação jurídica conhecida como expectativa de direito, que, como o

próprio nome sugere, representava não mais que uma vaga esperança de um dia, ao sabor do humor da Administração, o candidato ver-se convocado. Ou seja, era o Poder Público desamparando justamente aquele que, ao invés de perpetuar-se na inércia e engrossar a já extensa fila de beneficiários dos programas sociais do governo, direcionou sua vida à sua instrução e, por reflexo, à construção de um País desenvolvido.

Nada obstante, esse era o entendimento dos tribunais superiores e da mais autorizada doutrina.

A condição de expectativa de direito conferida ao candidato aprovado dentro do número de vagas é tão falaciosa que a Administração, por vezes, deixou de observar o “direito expectante” e nomeou candidatos inobservando a classificação do concurso, o que ensejou a edição, pelo Supremo Tribunal Federal, do verbete nº 15 da súmula de sua jurisprudência predominante, que expressamente dispõe: “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.

Vê-se, pois, do referido verbete sumular, que a Corte apenas assegurava o direito à nomeação àqueles que, aprovados no concurso, fossem preteridos na ordem classificatória. A interpretação que se extrai da súmula é a de que a Administração, desejando prover o cargo, deveria fazê-lo necessariamente na pessoa do candidato que se seguisse imediatamente ao último convocado, em respeito à ordem de classificação, havendo, no caso de preterição, a transmutação da expectativa de direito em direito subjetivo à nomeação. Nada mais justo.

Entendia-se que o ato de nomeação residia na esfera de discricionariedade administrativa, sujeitando-se aos vetustos critérios de conveniência e oportunidade, preceitos esses que, à vista do farto histórico político nacional, dado o seu alto grau de abstração, têm servido para mascarar as verdadeiras finalidades ocultas da Administração, não raramente



voltadas ao atendimento de interesses e vantagens pessoais daqueles que estão à frente de sua gestão.

Na oportunidade, convém fazer uma rápida análise da referida súmula. É que, apesar de ter sido criada nos idos de 1963, do seu teor já era possível extrair a necessidade de se respeitar minimamente a legítima expectativa do candidato, vinculando a Administração aos motivos que determinaram o seu ato. Explique-se: em demonstrando a Administração a necessidade de prover o cargo, estaria ela vinculada a efetivar a nomeação necessariamente na pessoa do candidato constante da lista de aprovados, com estrita observância da ordem classificatória. Ou seja, o ente promotor do concurso, ao promover a nomeação fora da ordem meritória, além de estar cometendo um ilícito, estaria exteriorizando a sua necessidade de pessoal, o que o vincularia a nomear o candidato preterido, à luz da teoria dos motivos determinantes.

Vê-se, portanto, que a diferença entre a vinculação da Administração ao número de vagas ofertado no edital e a sua vinculação à convocação do candidato preterido se encerra apenas em uma mudança de perspectiva. Isto é, diante da crescente relevância do fato social que envolve o concurso público, a jurisprudência ampliou paulatinamente o âmbito de proteção do candidato, partindo de um regime de proteção mais restrito (vedação à não preterição, apenas) para um mais abrangente (vinculação ao número de vagas oferecidas no edital).

Em razão da omissão legislativa, a doutrina digladiava-se sobre a matéria, sendo que a questão ainda não se encontra pacificada, dada a recalcitrância daqueles que relutam em rever suas posições, como se fosse algum demérito a re-análise crítica das próprias teorias, fato que se agrava especialmente quando se está diante de novas circunstâncias.

Autores como Hely Lopes Meirelles (com a justa ressalva de que com sua morte, ocorrida em 1990, a sua obra não foi mais por ele atualizada)<sup>3</sup>, Diógenes Gasparini<sup>4</sup>, José Maria Pinheiro Madeira<sup>5</sup> e outros insistem em não reconhecer o direito subjetivo à nomeação ao candidato aprovado dentro do número de vagas, mesmo diante de uma realidade que demonstra que o concurso público movimenta no País, para além de vultosos gastos financeiros (dos quais, reiterar-se, o Brasil não pode se dar ao luxo de abrir mão), interesses, esperanças e expectativas legítimas de milhares de brasileiros que, ao se instruírem ao alto nível que os concursos atuais exigem, estão também contribuindo com significativa parcela para o progresso nacional, o que não pode ser desconsiderado pelo Direito, se realmente se pretende dar efetividade ao comando constitucional que consagra o Brasil como Estado Democrático (art. 1º, *caput*, da Constituição da República), bem como ao que estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, *caput*, da Constituição da República).

Era chegada a hora de mudar.

Com a Carta de 1988, principal instrumento jurídico-político na história brasileira voltado precipuamente à instituição de um Estado Democrático de Direito, a noção de moralidade administrativa foi erigida a princípio constitucional, a informar toda atividade da Administração Pública. A preocupação do legislador constituinte com probidade, decoro e boa-fé do administrador público foi tal que não lhe basta apenas que sua conduta transite nos limites da lei, mas também se exige que seu comportamento observe os padrões éticos mínimos de conduta. Para Hely Lopes<sup>6</sup>, a moralidade do ato administrativo, junto à sua legalidade e finalidade, são pressupostos de validade, que garantem legitimidade à atividade pública.

---

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 464.

<sup>4</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14 ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 231.

<sup>5</sup> Madeira, José Maria Pinheiro. *Servidor Público na Atualidade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 296.

<sup>6</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 90-93.

Só que pouco vale a mera alteração legislativa se não se proporcionar a implementação prática dos novos horizontes, o que, em relação ao direito subjetivo à nomeação, significou anos de descaso quanto à sua observância, não apenas pelos entes promotores de concurso público, mas também pela jurisprudência predominante, em que pese a existência, nesse período, de honrosas exceções<sup>7</sup>.

Lentamente o cenário jurídico foi se alterando, surgindo um movimento doutrinário e jurisprudencial defendendo o direito subjetivo do candidato à nomeação ao cargo para o qual logrou aprovação dentro do número de vagas, fundando-se o entendimento nos ideais de moralidade insculpidos na Carta da República.

Passou-se a sustentar, finalmente, que o ente federativo ou a entidade da Administração Indireta que quisesse promover um concurso, com todos os gastos atinentes à esmerada celebração das provas e às demais etapas do certame, haveria de se fundar em razões idôneas, pautadas na real necessidade de preenchimento de seus quadros, e não, como acontece na prática, na leviana conveniência de momentos políticos, que frequentemente coincidem com períodos de eleição.

Foi então nesse contexto que a questão passou a receber tratamento diverso no âmbito dos tribunais superiores, sendo certo que alguns tribunais estaduais já haviam interiorizado em sua jurisprudência a tese que consagra o direito subjetivo à nomeação. Nesse particular, rememora-se um dos julgados precursores de tal entendimento<sup>8</sup>, exarado em sede

---

<sup>7</sup> BRASIL. STF – RE 192568/PI. CONCURSO PÚBLICO - VAGAS - NOMEAÇÃO. O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=232841>> Acesso em: 21 ago 2011.

<sup>8</sup> BRASIL. STJ – RMS 20718-SP. 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

de recurso ordinário em mandado de segurança interposto perante o Superior Tribunal de Justiça, cujo voto vencedor foi da lavra do eminente Ministro relator Haroldo Rodrigues. Na ocasião, restou vitorioso o posicionamento no sentido de que, a partir da publicação do edital que dá publicidade ao certame, a Administração se vincula ao provimento de tantos cargos quanto forem o número de vagas divulgado. Assentou-se ainda que, com a publicação do instrumento convocatório, o ato administrativo de preenchimento da vaga deixa de ser discricionário para passar a ser vinculado, gerando em contrapartida, em caso de não nomeação, “direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital”.

Não há dúvidas acerca do avanço que representa tal entendimento. A ideia de que o candidato aprovado em concurso público detém apenas a expectativa de direito não mais se coaduna com a ordem jurídica inaugurada pela Constituição de 1988. O princípio da segurança jurídica, positivado no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República protege o particular dos desmandos estatais consubstanciados em atuações temerárias e imprevisíveis, de forma a garantir a estabilidade das relações jurídicas travadas entre o indivíduo e o Estado. Ademais, relembre-se que uma atuação administrativa respeitosa em relação ao particular há de interessar sobretudo ao Estado, que é quem suportará as consequências de um comportamento desacreditado.

É com base no aludido princípio que se alicerça a principal fonte de direitos e deveres do concurso público: o edital, sendo lugar comum na doutrina administrativista o dogma segundo o qual “o edital é a lei do concurso”. Nada obstante o reconhecimento da relatividade de tal premissa, certo é que se trata de mecanismo essencial à estabilidade das relações jurídicas que decorrem de concursos públicos, de forma a precaver ambas as partes

---

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. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200501580904&pv=010000000000&tp=51>> Acesso: em 21 ago 2011.

acerca das orientações que nortearão a concorrência, evitando-se surpresas e decepções em relação ao conteúdo de seus termos.

Além disso, a noção mínima de boa fé nas relações jurídicas revela a injustiça da decisão de se penalizar justamente aquele que confiou na atuação honesta da Administração, dedicando-se com afincamento na esperança de que a mesma Administração honraria com os compromissos assumidos quando deu publicidade ao concurso.

À conta dessas constatações, o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, cuja missão precípua é a guarda da Constituição, rompeu com sua jurisprudência tradicional e adotou posicionamento favorável ao direito subjetivo à nomeação.

No recente julgamento do Recurso Extraordinário 227.480<sup>9</sup>, a Primeira Turma da Suprema Corte assentou que “candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a existir no prazo de validade do concurso.”. Nessa ocasião, asseverou-se também que subsistirá o direito subjetivo sempre que as condições administrativas se mantiverem nas mesmas circunstâncias das presentes no momento da realização do concurso, ressaltando-se, por conseguinte, com esse entendimento, os imprevistos ocorridos durante o período que mediar entre o concurso e a nova circunstância.

O concorrente aprovado teria não direito adquirido à nomeação, mas sim direito subjetivo ao provimento, de molde a ser legítimo à Administração negá-lo diante de situação

---

<sup>9</sup> EMENTA: DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO DE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE VAGAS PARA CARGO PÚBLICO COM LISTA DE APROVADOS EM CONCURSO VIGENTE (...). 1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso. 2. A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (RE 227480, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 16/09/2008, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-06 PP-01116 RTJ VOL-00212- PP-00537) Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=227480&base=baseAcordaos>> Acesso em: 12 set 2011.

que a impeça de promovê-lo, sempre mediante decisão fundamentada, a viabilizar o exercício do controle de legalidade do ato.

Na oportunidade, convém consignar breves comentários acerca da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sobre a matéria. Apesar de inicialmente relutante, como toda a jurisprudência nacional, a maioria das Câmaras Cíveis adota o entendimento já pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que conta ainda com o apoio da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, vinha ganhando força posição que sustentava a necessidade de se suspender a tramitação do processo (que geralmente já se encontrava em grau de recurso) para se aguardar o julgamento do Recurso Extraordinário 598.099/MS pela sessão plenária da Suprema Corte, que havia reconhecido a repercussão geral do tema *sub examen*.

O curioso é que o inusitado entendimento preferia elastecer o alcance normativo do artigo 265, inciso IV, alínea *a*, do Código de Processo Civil a prestigiar o comando constitucional que erige a duração razoável do processo a *status* de direito fundamental, em contramão, por vezes, do rito especial próprio do mandado de segurança, marcado pela celeridade em seu processamento. Tal posicionamento beira à negativa de jurisdição, espelhando, na verdade, a intenção de parte dos membros da Corte estadual de negar ao candidato aprovado o direito à nomeação, depositando as derradeiras esperanças numa improvável rejeição pelo Supremo de tese que representa notável evolução nas garantias individuais contra o desmando estatal.

Felizmente a tese perdeu sustentação, tendo em vista que sobreveio decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, publicada no DJ do dia 23/08/2011, nos autos do aludido Recurso Extraordinário 598.099/MS. No julgado, assentou a Corte suas premissas justamente nas ideias ora defendidas e já sustentadas por parte da doutrina e jurisprudência há

tempos. Nada obstante o avanço, não restaria outra posição ao Supremo, já que qualquer posicionamento em contrário importaria inarredável homenagem ao retrocesso.

Restou consignada, no acórdão, a necessidade de respeito à expectativa do candidato de ver cumpridos os termos do edital, notadamente em sua essência, que é o preenchimento do cargo público declarado como vago, em prestígio à boa fé e ao princípio da confiança.

Por tratar-se de autêntico de direito subjetivo à nomeação – e não de direito adquirido ao provimento –, firmou-se o entendimento de que situações excepcionais podem autorizar à Administração o não preenchimento do cargo. Com efeito, há situações em que a recusa do ente promotor do concurso público se mostra legítima, bastando-se exemplificar com as hipóteses de calamidade pública, provocada por catástrofes ou epidemias. É a própria Constituição que autoriza a adoção de medidas excepcionais em tais ocasiões, como, por exemplo, a instituição de empréstimos compulsórios.

É que não há como se exigir da Administração que cumpra sua complexa gama obrigações diante de circunstância que a impossibilite de atendê-las. O que se prega é a proteção ponderada dos direitos do candidato, e esta não se revela através de ações que retirem a proteção de outros direitos de igual ou superior estatura.

À vista dessas premissas, assentaram-se no julgado as situações justificadoras que legitimariam a Administração a deixar de convocar o candidato aprovado dentro do número de vagas, a saber: superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade.

A Administração, portanto, somente poderá deixar de nomear o concorrente classificado se a circunstância que a impossibilite de fazê-lo decorrer de situação excepcional. E não basta apenas que a situação seja considerada excepcional. Exige-se, ainda, que tenha surgido posteriormente à publicação do edital, uma vez que, se contemporânea, pressupõe-se que o administrador público tenha elaborado-o considerando todos os contratemplos

decorrentes da situação adversa, motivo pelo qual não poderá invocar a circunstância de exceção para descumprir a norma editalícia.

Tal circunstância excepcional deve ser imprevisível ao tempo da divulgação do edital, pois, se previsível, a Administração há de responder pelo risco assumido ao lançá-lo sabendo da inviabilidade de cumprimento de seus termos em caso de ocorrência da hipótese de exceção.

Além disso, a circunstância deve ser revestida de gravidade, de modo a evitar-se que pequenos percalços próprios da atividade administrativa sirvam de álibi à atuação temerária por parte do ente promotor do concurso.

Por fim, o não cumprimento da regra constante do edital há de ser tida como a *ultima ratio*, comprovando-se a sua curial necessidade para obstaculizar os efeitos da situação de crise superveniente. É dizer: só poderá ser adotada tal medida em caso de inexistirem outros meios menos gravosos, exercendo o administrador verdadeiro juízo de proporcionalidade, suscetível de controle pelo Poder Judiciário.

Vê-se, dessarte, a seriedade com que a jurisprudência pretoriana tem tratado o tema, a sugerir o afastamento total da corrente que não reconhece a nomeação como verdadeiro direito público subjetivo, o qual, conforme exemplarmente esclarece a eminente jurista Carmen Lúcia Antunes Rocha<sup>10</sup>, decorre do princípio da acessibilidade aos cargos públicos.

Resta evidenciada, a não mais poder, a vinculação do Poder Público à sua manifestação de vontade externada nas regras do edital. Tal compromisso se potencializa especialmente quando se toma em consideração que o referido ato de vontade gera no administrado interesses e sonhos que se transformam, à exata proporção, em energia e dedicação na participação do árduo processo seletivo, de molde que a não nomeação do

---

<sup>10</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 143.



candidato aprovado dentro do número de vagas viola seu direito público subjetivo e atenta contra os princípios da moralidade administrativa, da confiança e da eficiência.

### **3 – A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE CADASTRO DE RESERVA DE VAGAS EM CONCURSO PÚBLICO. A FRAUDE AO DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO E A BURLA AO ENTENDIMENTO PRETORIANO.**

A capacidade humana de contornar situações consolidadas não possui limites. Em todos os setores da atividade do homem, este sempre agiu com extrema destreza perante a necessidade de superar os obstáculos impostos pela vida, o que sempre o motivou a encontrar soluções mesmo quando as chances de êxito são as mais remotas. Seja qual for o limite, há o desejo irrelutável de rompê-lo.

Contudo, tal capacidade nem sempre é utilizada apenas com vistas à sua evolução, ou de seu pensamento.

Como visto, no âmbito jurídico-político, em especial no que toca à atividade da Administração Pública, não raros são os casos em que a atuação da autoridade pública se funda na literalidade da lei para legitimar abusos, afastando-se do real conteúdo do valor nela positivado. Quando convém aos seus interesses, muitos dos administradores públicos brasileiros não hesitam em aplicar a lei segundo mecanismos reducionistas do Direito, comumente lançando mão da frágil técnica de interpretação silogística dos textos legais, em desconsideração do verdadeiro conteúdo do preceito legislativo.

A questão atinente ao sistema de cadastro reserva de vagas bem ilustra esse fenômeno.

À medida que se consagrou nos tribunais da tese consagradora do direito à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas, as autoridades administrativas elaboraram

um sistema que negligencia a interpretação do Judiciário em relação à correta aplicação da lei e da Constituição, maquiando o seu ato eivado de inconstitucionalidade. Surge o malfadado sistema de cadastro de reserva de vagas.

Segundo esse expediente, basta à Administração omitir o quantitativo de vagas quando da criação do edital, publicando a confortável cláusula que lhe confere o direito de não nomear ninguém, para desobrigar-se dos deveres mais elementares afetos a qualquer concorrência pública.

É o Estado se valendo do concurso público meramente para estimar se no mercado há profissionais com capacidade intelectual suficiente à satisfação de suas necessidades funcionais.

Tal sistema, para além de significar violenta afronta aos princípios administrativos da impessoalidade, moralidade e eficiência, representa inegável burla ao entendimento jurisprudencial consolidado acerca do direito subjetivo à nomeação, já que o ente promotor do concurso público pode sutilmente eximir-se da obrigação de convocar o candidato simplesmente prevendo o cadastro de reserva de vagas, contornando pela trilha da imoralidade, toda a evolução histórico-jurídica relativa à proteção dos direitos do candidato que se submete a concursos públicos.

Evidentemente, esse mecanismo encontra óbice no princípio da proibição ao retrocesso, que tem brilhante definição no magistério de Lênio Streck<sup>11</sup>, para quem o princípio em pauta visa à proteção dos direitos fundamentais contra medidas legislativas retrocessivas, sendo que sua tarefa não consiste em tão somente apontar para o futuro, mas também em guarnecer os direitos já conquistados, no combate a maiorias políticas que possam legislar em sentido contrário a programaticidade constitucional.

---

<sup>11</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 233.

Realmente, a adoção do sistema de cadastro de reserva de vagas esvazia a aplicabilidade do entendimento jurisprudencial fruto de longa e exaustiva discussão travada em todas as instâncias, o que, diga-se, o reveste de maior densidade quando o tema é a proteção dos direitos do candidato.

A inconstitucionalidade latente do sistema se potencializa diante de sua total incompatibilidade com o princípio da eficiência – em seu viés de otimização dos gastos públicos –, que, dada a intermitente escassez de recursos públicos, há de ser implementado com a máxima efetividade.

A violação do princípio da impessoalidade se mostra ainda mais evidente diante da farta experiência brasileira com as práticas de nepotismo. É que a vinculação da Administração ao número de vagas se apresenta como valioso mecanismo de proteção ao candidato vitorioso em relação ao administrador que, considerando a possibilidade de abrir novo certame para que seu protegido tenha nova chance, deixe escoar o prazo legal sem nomear os candidatos aprovados, em prejuízo de sua expectativa e do erário, que arcará com novos gastos para operacionalizar o novo concurso<sup>12</sup>.

No mesmo sentido, convém trazer à colação o posicionamento de Luciano Ferraz: “de nada adiantaria definir regras legais para os concursos, se a Administração Pública pudesse simplesmente deixar de nomear aprovados, repetindo sucessivamente o certame até que os selecionados atendessem às querenças do agente administrativo competente para a nomeação.”<sup>13</sup>

A inconstitucionalidade do sistema de cadastro de reserva de vagas em concursos públicos, portanto, salta aos olhos, de forma que consiste numa ofensa direta do texto constitucional, assim como em uma leviana inobservância do entendimento consolidado do

---

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. *A inconstitucionalidade do cadastro de reserva nos concursos públicos*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14925>>. Acesso em: 24 set. 2011.

<sup>13</sup> FERRAZ, Luciano. *Concurso Público e Direito à Nomeação*. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*. 1.<sup>a</sup> ed., 2.<sup>a</sup> tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 250.

Supremo Tribunal Federal, órgão cuja missão institucional é a aferição da compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição da República.

Traçado o contexto jurídico em que a questão se insere, passa-se a trabalhar agora com os métodos resolutivos cabíveis à espécie, como uma tentativa de contribuir para uma sistematização no tratamento do tema, adotando-se sempre como parâmetro os direitos e garantias do candidato.

#### **4 – PROPOSTA DE SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA E SEUS RESPECTIVOS INSTRUMENTOS RESOLUTIVOS.**

Constatada, pois, a inconstitucionalidade do sistema de cadastro de reserva de vagas em concursos públicos, há de se perquirir qual o instrumento jurídico adequado à solução do impasse. Teria qualquer candidato aprovado no certame direito à nomeação ao cargo? Somente os primeiros? Nenhum deles? É o que ora se pretende elucidar.

Inicialmente, há de se distinguir duas hipóteses que se separam em razão do momento da arguição da ilegalidade. A primeira delas é a situação do candidato já aprovado no concurso, mas que está esperando a criação da vaga para a sua nomeação. Já a segunda, relaciona-se ao momento anterior à prova, ou mesmo à promoção do concurso público.

A primeira situação, em que, a despeito da inconstitucionalidade, a Administração Pública lança o edital viciado e realiza as provas, parece ser mais tormentosa, na medida em que a nulidade de todo o certame se apresentaria como medida extremada e desproporcional, podendo afetar direitos subjetivos de eventuais candidatos validamente convocados para a ocupação do cargo. O efeito *ex tunc* da declaração de nulidade não atingiria o seu fim maior, que é o de pacificar as relações jurídicas.

Também não se revela justa a solução tendente à nomeação de todos os candidatos aprovados no concurso, uma vez que a experiência demonstra que, em grande parte dos certames, alto é o número de aprovados sem chance de convocação, afastados que estão das primeiras colocações.

A dúvida, então, repousa sobre como determinar o número de pessoas a serem convocadas, dado ser de atribuição exclusiva da Administração a aferição da insuficiência de pessoal em seus quadros.

À vista do impasse, tem-se que a única maneira possível de equacionar a questão é conferir apenas ao primeiro colocado o direito subjetivo à nomeação, fundando-se na lógica de que toda a movimentação estatal voltada à realização do concurso só se justifica se ao menos um candidato for convocado.

Reconhece-se, no entanto, que tal solução não é a ideal, especialmente em relação aos primeiros candidatos que tanto se esforçaram para lograr a aprovação. Contudo, diante da impossibilidade de se aferir objetivamente a quantidade de vagas preenchíveis, revela-se tal solução como a única adequada à questão, conformando-se com os princípios constitucionais já mencionados.

Nesse particular, convém trazer à colação importante julgado do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, em que expressamente considerou-se que, ainda que inexista expressa previsão de vagas no edital, é de ser presumir que ao menos uma estaria disponível, a ponto de legitimar a abertura do concurso.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. CANDIDATO. APROVAÇÃO. PRIMEIRO LUGAR.

Trata-se de agravo regimental contra decisão que deu provimento a RMS no qual a recorrente aduz que foi aprovada em 1º lugar para o cargo de professora de língua portuguesa. (...) A Turma, ao prosseguir o julgamento, negou provimento ao agravo regimental sob o entendimento de que, no caso, ainda que se considere o fato de o edital não fixar o número de vagas a serem preenchidas com a realização do concurso, é de presumir que, não tendo dito o contrário, pelo menos uma vaga estaria disponível. Em sendo assim, é certo que essa vaga só poderia ser destinada à recorrente, a primeira colocada na ordem de classificação. Precedente citado do STF: RE 598.099-MS. AgRg no RMS 33.426-RS, Rel. originário Min. Hamilton Carvalhido, Rel. para o acórdão Min. Teori Albino Zavascki (art. 52, IV, b, RISTJ), julgado em 23/8/2011. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp?livre=@cod=0481> Acesso em: 25 set 2011.

Assegura-se, no entanto, que, havendo contratação precária no prazo de validade do certame, com o desprezo ao resultado final do concurso, nasce ao candidato subsequente da lista o direito subjetivo à nomeação, conforme jurisprudência já pacificada nos tribunais. Visa-se, pois, não convalidar os atos arbitrários da Administração, que, não obstante evidenciar de modo inequívoco a necessidade do preenchimento, deixa de prover as vagas correspondentes.

A medida, repita-se, não atende plenamente aos ideais de proteção dos interesses dos candidatos aos cargos públicos, mas é a única que se apresenta juridicamente possível à espécie.

Já em se mudando a perspectiva sob a qual o tema é observado, tem-se que, numa análise anterior à criação da norma editalícia, é possível obstaculizar o atuar temerário da Administração através da criação de lei que proíba a articulação de concursos públicos unicamente para formar cadastro de reserva. Bastaria a edição de uma lei proibindo a realização de concursos cujo critério de preenchimento de vagas fosse exclusivamente o cadastro de reservas, tornando obrigatório o estabelecimento de número mínimo de vagas.

Nesse sentido, impõe-se por em destaque a norma trazida pelo Decreto Federal nº 3.298/1999, que prevê expressamente que os editais dos concursos públicos federais não de conter em seus termos o quantitativo de vagas a serem preenchidas. O referido diploma normativo, porém, perde forças e tem seu âmbito de aplicação restringido em função do Decreto Federal nº 6.944/2009, que expressamente confere ao Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão a prerrogativa de realizar concurso público para a formação de cadastro de reserva para provimento futuro.

As verdadeiras esperanças são depositadas no Projeto de Lei do Senado Federal nº 369<sup>15</sup>, apresentado em 08 de outubro de 2008. Pela referida proposta, de autoria do Senador

---

<sup>15</sup> Disponível em: <[HTTP://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=87661](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=87661)> Acesso em: 26 set 2011.

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

Indubitável, pois, à luz de tudo o que se expôs, o caráter moralizador da norma. Contudo, sem se retirar o mérito da iniciativa legislativa, tem-se que o tratamento legal que se pretende dar ainda não é suficiente, tendo em vista que bastará à Administração formular o edital com previsão de uma única vaga para que se desvincule do provimento das demais.

Explique-se: exigindo a lei que o Poder Público apenas decline o número mínimo de vagas preenchíveis no concurso, poderá o ente cometer os mesmos excessos de que ora se cuida ao prever um número irrisório de vagas disponíveis e relegar o provimento das demais às regras do malfadado cadastro de reservas de vagas.

À conta disso, aponta-se como sugestão a edição de diploma legal vedando a veiculação de concursos públicos cuja forma de preenchimento dos cargos seja feita através do sistema de cadastro de reserva de vagas, pelos motivos já exaustivamente expostos.

No entanto, visando-se a evitar o engessamento da Administração, cujo dinamismo de sua complexa malha de atribuições recomenda que se lhe conceda margem mínima de discricionariedade, sugere-se que a mesma legislação estabeleça um percentual máximo razoável para a contratação de candidatos excedentes ao número de vagas, como acontece na lei de licitações, cujos pilares repousam sob o mesmo conteúdo finalístico do concurso público, que é a concorrência pública.

## **CONCLUSÃO**

O presente trabalho teve por fim precípua trazer à discussão tema que, embora de grande relevo para o Direito Administrativo, tem sido negligenciado pela comunidade

jurídica, que deixa de abordá-lo em razão da sedimentação do vetusto entendimento de que o candidato a cargo público não guarda direitos perante a Administração, mas somente deveres. Quando muito, ostentaria meras expectativas.

Pôde ser observado que o concurso público, encarado como fato social que é, retrata um fenômeno que tem adquirido grande relevo no seio da sociedade moderna, dado ser o cargo público, na maioria das vezes, uma interessante opção de emprego, quer no que toca à remuneração e estabilidade, quer no que diz respeito ao acesso às carreiras nas quais se exercem os principais Poderes em que se funda a República.

Concluiu-se, à conta dessas nuances, pela premente necessidade de se regular a matéria por meio de lei específica, limitando a discricionariedade estatal na condução do processo seletivo.

À vista do princípio da segurança jurídica, atentou-se para a necessidade de se tutelar a expectativa legítima do candidato, notadamente daqueles que lograram aprovação dentro do número de vagas divulgado no edital, ocasião em que se traçou um panorama geral acerca da evolução do direito subjetivo à nomeação na doutrina e jurisprudência pátrias, que paulatinamente o reconheceram após anos de rejeição.

A inconstitucionalidade do sistema de cadastro de reserva de vagas exsurge, pois, como corolário lógico do reconhecimento do direito subjetivo à nomeação. Com efeito, além de revelar uma postura desonesta da Administração, que não assume nenhum compromisso perante os candidatos e os submete a uma situação de permanente indefinição, o referido sistema constitui burla à tese que assegura ao concorrente aprovado o direito à nomeação. Mais do que isso, investe contra as justas expectativas daqueles que confiaram no cumprimento honroso das obrigações estatais.



As conveniências políticas não podem ser obstáculos à evolução do direito. É preciso repensar nossos paradigmas e deixar de remar contra o rio de Heráclito. Tudo passa, tudo flui, nada persiste, nem permanece o mesmo.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

FERRAZ, Luciano. *Concurso Público e Direito à nomeação*. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor Público na Atualidade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

## SITES:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=232841>> Acesso em: 21 ago 2011.

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=227480&base=baseA cordaos>> Acesso em: 12 set 2011.

<<http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200501580904&pv=010000000000&tp=51>> Acesso: em 21 ago 2011.

<<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp?livre=@cod=0481>> Acesso em: 25 set 2011.

<[HTTP://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=87661](HTTP://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=87661)> Acesso em: 26 set 2011.

<<http://jus.com.br/revista/texto/14925>>. Acesso em: 24 set. 2011.