

SERGIO BAHIENSE COLÃO
ADVOGADO, PÓS-GRADUADO EM DIREITO CIVIL PELA UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE
SÁ E MPA EM CONTROLE EXTERNO PELA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS.

CONCURSO PÚBLICO PARA CADASTRO DE RESERVA

SUMÁRIO

SUMÁRIO	2
I – INTRODUÇÃO	3
II – NATUREZA JURÍDICA	4
III – DA ANÁLISE DOS ARGUMENTOS	5
III.1 – Do Abuso de Poder na Modalidade de Excesso de Competência	5
III.2 – Das Normas de Ingresso na Administração Pública	6
III.3 – Do Princípio da Legalidade	8
III.4 – Da hermenêutica do Direito Constitucional	9
IV – DA EXISTÊNCIA DO CADASTRO DE RESERVA NOS CONCURSOS PÚBLICOS DE PROVA OU DE PROVAS E TÍTULOS	9
V – CONSEQÜÊNCIAS DA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO NA MODALIDADE DE CADASTRO DE RESERVA.	10
VI – AÇÕES COMPETENTES.	11
VII – CONCLUSÃO	12
VIII – BIBLIOGRAFIA	12

Podem as empresas públicas e as sociedades de economia mista realizarem Concurso Público na modalidade de “Cadastro de Reserva?”.

I – INTRODUÇÃO

É usual as empresas públicas e as sociedades de economia mista realizarem para preenchimento de seus quadros funcionais concursos públicos na modalidade *sui generis* de cadastro para reserva de vaga. Para tanto, o edital do concurso costuma prever esta espécie de ingresso no serviço público, estipulando que os candidatos serão chamados a medida na qual as vagas forem surgindo. Inexistindo, na maioria das vezes, uma definição real no Edital do número total de vagas existentes a serem preenchidas.

Durante a realização do processo de seleção do Concurso é comum a publicação com a identificação dos candidatos aprovados na fase ou nas diversas fases anteriores ao resultado final, sem, entretanto, haver a publicação contendo a classificação final dos candidatos aprovados em relação ao número de vagas a serem preenchidas.

Desta forma, ficam os candidatos aprovados no Concurso Público para Cadastro de Reserva de Vaga, praticamente, impedidos de verificar se o Poder Público está convocando-os na ordem real de classificação e se a Administração Pública está realmente preenchendo o número de vagas existentes.

Ao agir dessa maneira, o Poder Público viola, salvo melhor entendimento, entre outros princípios, o Princípio da Publicidade dos atos administrativos previsto no *caput* do art. 37, da Constituição Federal de 1988.

Outro aspecto importante diz respeito à “**taxa**” de inscrição, nem sempre módica, cobrada dos candidatos, pois como não há garantia de que as vagas serão realmente preenchidas (já que se refere a um mero cadastro de reserva) a taxa de inscrição acaba constituindo uma espécie de receita paralela, sobre a qual, geralmente, não há qualquer controle por parte da sociedade.

Os argumentos utilizados, freqüentemente, para defender o concurso público para cadastro de reserva de vaga podem ser resumidos, grosso modo, em quatro (04) espécies. São eles:

- I.1) as empresas públicas e as sociedades de economia mista possuem uma maior discricionariedade que os demais entes que integram a Administração Direta e Indireta;
- I.2) o cadastro de reserva de vaga atende melhor as peculiaridades das empresas públicas e das sociedades de economia mista que por força do inciso II dos parágrafos 1º e 2º do artigo 173, da Constituição Federal de 1988, tem que atuar em pé de igualdade com a iniciativa privada;
- I.3) a Administração Pública pode instituir Concurso Público para cadastro de reserva de vaga, pois, o Edital é a “**lei**” do Concurso Público que rege, regulamenta, todas as etapas deles;
- I.4) a Constituição Federal não veda expressamente esta modalidade de Concurso Público, sendo, portanto, lícita a sua realização.

II – NATUREZA JURÍDICA

O **Direito Subjetivo** é a faculdade, o poder, que a pessoa física ou jurídica possui de exigir da outra parte a que está ligado através de uma relação jurídica que realize a obrigação a que esteja vinculada, sob pena de recorrer ao Poder Judiciário para receber a prestação que lhe é devida.

O **Direito Subjetivo Público** é aquele oriundo de uma lei de natureza pública ou de um ato administrativo que se forma, via-de-regra, entre o particular, o ente administrativo ou o servidor e a Administração Pública podendo o seu titular exigir da Administração que ela cumpra a obrigação, que pode ser de fazer, de não fazer ou de dar, a que está vinculada, sob pena dele recorrer ao Poder Judiciário.

Ora, o candidato ao se submeter a um Concurso Público possui o Direito Subjetivo de que ele seja realizado em conformidade com a lei que regula a matéria. E a Administração Pública por seu lado possui o Dever Jurídico de realizar o concurso em conformidade com a lei adequada ao caso.

A este respeito são os ensinamentos do professor JOSÉ CRETILLA JUNIOR:

“... Há direito público subjetivo ‘quando a pessoa administrativa se constitui em obrigação, segundo o direito público, para com o particular; ou, igualmente, o Estado para com uma das pessoas administrativas por ele criadas.’ Acrescentamos: ou ainda para com um dos próprios agentes da Administração, o funcionário público. O direito que o administrado tem diante do Estado, de exigir prestações ativas ou negativas, constitui o denominado direito público subjetivo.

(...)

Quanto à legalidade do ato administrativo, pois que a Administração se submete ao princípio da legalidade, o administrado tem o *direito público subjetivo* de exigir tal conformidade de adequação do ato à lei, quando o pronunciamento o atinja individualmente, prejudicando-o.

(...)

Tratando-se de cargos públicos, o cidadão, em nosso direito, tem os seguintes **direitos públicos subjetivos**: o de ser tratado com igualdade; **o de ser escolhido de acordo com a lei; o de inscrever-se no concurso preenchidos os requisitos legais**; o de concorrer, em licitações e concursos, com os que se encontrem nas mesmas condições ou em condições equivalentes, segundo critérios legais, constitucionalmente válidos; o de não ter acesso condicionado de modo diferente do acesso de outros concorrentes que se acharem nas mesmas condições...”.

No mesmo sentido é a posição do professor **PONTES DE MIRANDA** ao lecionar sobre Direito Público Subjetivo aos Cargos Públicos na Constituição de 1967/69.

Ocorre que no nosso atual sistema Administrativo Constitucional as modalidades existentes de Concurso Público vêm previstas expressamente no inciso II do 37, da Constituição Federal que prevê, única e exclusivamente, a realização de **Concurso Público de Provas ou de Provas e Títulos**, não se referindo em nenhum momento a Concurso Público para Cadastro de Reserva.

“Art. 37- (...)

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

Desta forma, conclui-se que o candidato ao Concurso Público possui Direito Subjetivo Público a que ele seja submetido apenas a Concurso Público de Provas ou de Provas e Títulos, por expressa determinação da atual Carta Magna.

III – DA ANÁLISE DOS ARGUMENTOS

III.1 – Do Abuso de Poder na Modalidade de Excesso de Competência

O argumento de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista possuem uma maior discricionariedade que os demais entes que integram a Administração Direta e Indireta não pode prosperar, pois, todo ato administrativo possui cinco (05) elementos ou requisitos. São eles: a competência, a forma, a finalidade, o motivo e o objeto.

A competência diz respeito à esfera de atuação do agente público, ou em outras palavras, quais atos administrativos ele é autorizado a praticar no exercício das suas atividades.

A forma diz respeito à maneira através da qual o ato deve se exteriorizar. Em matéria administrativa a forma vem sempre expressa na lei, inexistindo para o agente público liberdade para a prática do ato como existe no Direito Civil e no Direito Comercial para o particular, prevalecendo o Princípio da Solenidade das Formas, razão pela qual a regra geral é o ato administrativo adotar a forma escrita.

A finalidade diz respeito sempre a busca do interesse público, a busca do bem comum, razão primeira de ser da existência da Administração Pública.

O motivo e o objeto que constituem o chamado mérito administrativo dizem respeito respectivamente as razões que levaram a prática do ato e ao conteúdo do ato.

A este respeito são os ensinamentos de HELY LOPES MEIRELLES

“... O exame do ato administrativo revela nitidamente a existência de cinco requisitos necessários à sua formação, a saber: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Tais componentes, pode-se dizer, constituem a infra-estrutura do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, simples ou complexo, de império ou gestão...”

O ato administrativo vinculado é aquele no qual todos os seus elementos ou requisitos que são a competência, a forma, a finalidade, o motivo e o objeto estão presos à lei, não possuindo, o administrador, liberdade de qualquer espécie ao praticá-lo.

O ato administrativo discricionário é aquele no qual se permite uma liberdade maior de ação ao administrador público com relação ao motivo e ao objeto do ato a ser praticado. Entretanto, os demais elementos do ato que são a competência, a forma e a finalidade continuam a ser vinculados.

Em resumo: todo ato administrativo seja ele vinculado ou discricionário possui três (03) elementos ou requisitos vinculados que são a competência, a forma e a finalidade, não podendo nunca se falar em discricionariedade com relação a estes elementos ou requisitos.

A este respeito são os ensinamentos de HELY LOPES MEIRELLES ao citar a posição dos Tribunais ao apreciarem o assunto em tela.

*“... Em memorável acórdão do TJRN, o então Desembargador SEABRA FAGUNDES resumiu lapidarmente a questão da **discricionariedade administrativa**, nestes termos: ‘A competência discricionária não se exerce acima ou além da lei, senão, como toda e qualquer atividade executória, com sujeição a ela. **O que a distingue da competência vinculada é a maior mobilidade que a lei enseja ao executor no exercício, e não na liberação da lei.** Enquanto ao praticar o ato administrativo vinculado a autoridade está presa à lei em todos os seus elementos (competência, motivo, objeto, finalidade e forma), **no praticar o ato discricionário é livre (dentro de opções que a própria lei prevê) quanto à escolha dos motivos (oportunidade e conveniência) e do objeto (conteúdo).** Entre praticar o ato ou dele se abster, entre praticá-*

*lo com este ou aquele conteúdo (p. ex. advertir apenas, ou proibir), ela é discricionária. **Porém, no que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro...***”.

Desta forma, não há que se falar em discricionariedade, pois ela pressupõe liberdade de ação dentro de certos limites que são a conveniência e a oportunidade do ato administrativo.

Havendo no caso em tela, abuso de poder na modalidade de excesso de competência ou de excesso de poder.

O abuso de poder na modalidade de excesso de competência ou excesso de poder surge quando uma autoridade competente, a princípio para a prática de determinado ato, exorbita, excede sua competência e pratica um ato para o qual ela não foi investida de poder, ou seja, de competência para praticá-lo.

A este respeito são os ensinamentos de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

“... O excesso de poder ocorre quando o agente público excede os limites de sua competência; por exemplo, quando a autoridade, competente para aplicar a pena de suspensão, impõe penalidade mais grave, que não é de sua atribuição; ou quando a autoridade policial se excede no uso da força para praticar ato da sua competência.

Constitui, juntamente com o desvio de poder, que é vício quanto à finalidade, uma das espécies de abuso de poder. Este pode ser definido, em sentido amplo, como o vício do ato administrativo que ocorre quando o agente público exorbita de suas atribuições (excesso de poder), ou pratica o ato com finalidade diversa da que decorre implícita ou explicitamente da lei (desvio de poder)...”.

Ora, as empresas públicas e sociedades de economia mista são competentes para a realização de seus concursos públicos para preenchimento de seus quadros funcionais através de exames de provas e de provas e de títulos, conforme disposto no inciso II do art. 37, da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, ao criarem uma terceira modalidade de concurso público não prevista no atual texto constitucional, denominada de cadastro de reserva, elas excedem a sua competência originária, praticando abuso de poder na modalidade de excesso de competência ou excesso de poder.

III.2 – Das Normas de Ingresso na Administração Pública

Também não pode ser aceito o argumento de que o cadastro de reserva de vaga atende melhor a peculiaridade das empresas públicas e das sociedades de economia mista que, por força do inciso II parágrafos 1º e 2º do artigo 173, da Constituição Federal de 1988, tem que atuar em pé de igualdade com a iniciativa privada.

“Art. 173 (...)

§ 1º – A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

§ 2º – As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.”

Ocorre que as normas referentes ao ingresso no serviço público, sobretudo, as previstas nos incisos I à IV do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, são impositivas, portanto, de abrangência obrigatória para todas as entidades de todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) de todos os Entes Federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) que compõem a Administração Pública Direta ou Indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista) que não podem alterá-las.

Embora as empresas públicas e as sociedades de economia mista possuam uma maior discricionariedade na prática de seus atos gerenciais que os demais entes que integram a Administração Pública já que têm, por força do artigo 173 da Constituição Federal de 1988, que atuar em pé de igualdade com as empresas que integram a chamada economia privada. O gestor delas gere, administra, capital público, portanto, sendo, em última análise, gestor da coisa pública, havendo que se submeter também às regras constitucionais que regulam o ingresso no serviço público que foi uma das grandes conquistas da *Charta Magna* de 1988 que consagrou como nenhuma outra Lei Maior o sistema do mérito para o ingresso de forma permanente na Administração Pública.

Desta forma, somente excepcionalmente, as sociedades de economia mista e as empresas públicas podem contratar empregados sem a necessidade de concurso público, aliás, como também se permite a Administração Direta, nas hipóteses de cargos em comissão (2ª parte do inciso II do art. 37) e de contratação temporária (artigo 37, IX da CF), excepcionar o sistema do mérito da acessibilidade a cargos e empregos públicos.

A este respeito são os ensinamentos do professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ao lecionar sobre admissão nas empresas públicas e sociedades de economia mista.

“... Posto que as normas sobre acessibilidade e concurso público são impositivas para todo o universo da Administração, sociedades de economia mista e empresas públicas também estão sujeitas a elas.

Ressalve-se, todavia, que as pessoas estatais constituídas para exploração da atividade econômica disporão de liberdade para contratar diretamente seus empregados nas hipóteses em que (a) a adoção de concurso público tolheria a possibilidade de atraírem e captarem profissionais especializados que o mercado absorve com grande presteza e interesse ou (b) nos caso em que o recurso a tal procedimento bloquearia o desenvolvimento de suas normais atividades no setor.

Tal inteligência resulta de um contemporamento dos preceptivos citados com o disposto no art. 173, parágrafo 1º, II da Constituição. De acordo com ele, prevê-se que lei estabelecerá o estatuto das entidades estatais exploradoras de atividade econômica, dispondo sobre sua “sujeição ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”. Trata-se, in casu, de compatibilizar a exigência de concurso com o espírito deste preceptivo, para que os dois possam conviver sem elisão de nenhum deles, mas apenas com a restrição indispensável à positividade de ambos, de maneira a preservar, no limite do possível, o sentido animador de cada qual.

... O contemporamento é necessário, pois seria um equívoco imaginar que, ante a linguagem desatada do parágrafo 1º, II do art. 173, as entidades estatais exploradoras de atividade econômica ficaram integralmente submissas ao regime das empresas privadas e, em consequência, libertas das regras pertinentes a concurso público. Com efeito, é fácil verificar que existem inúmeros outros casos em que a Constituição afastou-as do “regime próprio das empresas privadas”. Ninguém duvidaria, por exemplo, de que contra elas cabe “ação popular”, a teor do art. 5º, LXXIII, ou de que a vedação de acumulação de cargos também se lhes aplica, conforme o art. 37, XVII, em despeito de não ser este um regime próprio das empresas privadas. O mesmo se dirá em relação ao previsto nos arts. 14, parágrafo 9º; 49, X; 52, VII; 54; 55, I; 70 e 71 II e III, o que bem demonstra que no artigo 173, parágrafo 1º, II, o reformador da Constituição, tal como o fizera o contribuinte, dixit plus quam voluit...”

Também a este respeito é a posição dos nossos Tribunais.

SOCIEDADE — Economia mista — Concurso público — Entidade integrante da Administração indireta — Obrigatoriedade de sua realização para a admissão de seu pessoal — Artigo 37 da Constituição da República — Ininvocabilidade do artigo 173 da mesma Carta como excludente da aludida obrigação”

CONCURSO PÚBLICO

“... o candidato aprovado tem direito à vaga, qualquer que seja o rótulo produzido para facilitar o afastamento daquele que, por razões não declaradas, não há interesse em contratar para o serviço jurídico (SEJUR) de empresa de economia mista.

Empresa de economia mista, em face da C.F., Artigo 37, está sujeita a mesma disciplina de recrutamento dos servidores públicos (Administração Direta) e os direitos dos candidatos aprovados não podem ser postergados pelo administrador, ou como é o caso, pela Diretoria da Empresa de Economia Mista.”

Provimento dos Embargos Infringentes

Em igual sentido é a posição do Supremo Tribunal Federal, que entendeu, em diversos julgados, que o Concurso Público é requisito de admissão de pessoal tanto na Administração Direta quanto na Administração Indireta.

III.3 – Do Princípio da Legalidade

O argumento de que a Administração Pública pode instituir Concurso Público para cadastro de reserva de vaga, pois, o Edital é a “lei” do Concurso Público que regulamenta todas as etapas dele não pode ser acatado também, pois, em decorrência do Princípio da Legalidade previsto no caput do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, ao Administrador Público somente é permitido fazer o que está previsto na lei, inexistindo liberdade para realizar o que não esteja previsto nela.

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....”.

A este respeito são os ensinamentos do professor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

“... O princípio da legalidade é talvez o princípio basilar de toda a atividade administrativa. Significa que o administrador não pode fazer prevalecer a sua vontade pessoal; sua atuação tem que se cingir ao que a lei impõe. Essa limitação do administrador é que, em última instância, garante os indivíduos contra abusos de conduta e desvios de objetivos”.

Também por força do Princípio da Legalidade, o Edital, que possui a natureza jurídica de um ato administrativo, somente pode, como, aliás, todo ato de direito público, ser de acordo com a lei ou complementar as lacunas da lei, não podendo, nunca ser contrário a Lei.

A este respeito são os ensinamentos do professor DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO ao lecionar sobre a seleção por concurso

“... O concurso, formalmente considerado, vem a ser procedimento administrativo declarativo de habilitação à investidura que obedece a um edital ao qual se vinculam todos os atos posteriores. O edital não poderá criar outras condições de acesso que não as que se encontrem em lei...”

Também a este respeito é a posição dos Tribunais Superiores desde a Constituição Federal de 1969.

“EMENTA: Administrativo. Concurso Público. Constituição Federal de 1969, art. 67.

I - Somente a lei pode impor restrições ao acesso aos cargos e empregos públicos.

II - As normas administrativas de concurso público devem ser interpretadas de modo a não comprometer o princípio constitucional da ampla acessibilidade.

III - Apelação provida...”

III. 4 – Da hermenêutica do Direito Constitucional

O argumento de que a Constituição Federal não veda expressamente esta modalidade de Concurso Público, sendo, portanto lícita a sua realização não pode florescer já que as normas constitucionais que regulamentam o exercício de direitos se interpretam restritivamente, não se permitindo nem mesmo ao legislador estabelecer normas ordinárias que criem novas condições para o seu exercício.

A este respeito são os ensinamentos do professor CARLOS MAXIMILIANO a respeito da interpretação do Direito Constitucional.

“... 375 – XII. Quando o estatuto fundamental define as circunstâncias em que um direito pode ser exercido, ou uma pena aplicada, esta especificação importa proibir implicitamente qualquer interferência legislativa para sujeitar o exercício do direito a condições novas ou estender a outros casos a penalidade...”

Desta forma, não pode o Administrador da Empresa Pública e da Sociedade de Economia Mista através do Edital, que é um ato administrativo que, diga-se de passagem, não pode nunca ser contra legem (ler item III. 3), criar uma nova modalidade de Concurso Público restritiva ao acesso a cargos e empregos públicos.

Para ratificar a impossibilidade do administrador das empresas públicas e sociedades de economia mista de criar uma terceira modalidade de concurso público através de ato administrativo, basta lembrar que CARLOS MAXIMILIANO¹⁴ também ensina que somente através de emendas constitucionais é que o legislador poderá realizar a interpretação autêntica (forma de interpretação emitida pelo próprio legislador) da Constituição Federal.

“... 381 – XVIII. Interpretação autêntica do texto constitucional só se obtém pelo processo estabelecido, no art. 217, de 1946, isto é, por meio de emenda ao estatuto básico. Nem sequer um ato da assembléia que elaborou a Constituição ou a respectiva reforma teria o valor de exegese obrigatória (1).

... Podem-se decretar leis orgânicas para a execução completa do Código supremo; como, por exemplo, a relativa à organização da Justiça Nacional. Serão normas complementares, porém não interpretativas (2)...”

IV – DA EXISTÊNCIA DO CADASTRO DE RESERVA NOS CONCURSOS PÚBLICOS DE PROVA OU DE PROVAS E TÍTULOS.

Ocorre que o Concurso Público de Provas ou de Provas e Títulos já possui um “cadastro de reserva de vagas”, pois, os candidatos aprovados que não tenham sido classificados no número de vagas existentes possuem direito a serem convocados com prioridade, sobre novos concursados, durante o prazo de validade previsto no Edital, para assumir cargo ou emprego na Administração Pública Direta ou Indireta, conforme se depreende da leitura do inciso IV do art. 37, da atual Constituição Federal.

“Art 37 (...)

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;”

A este respeito são os ensinamentos do professor JOSÉ AFONSO DA SILVA

“A exigência de aprovação prévia em concurso público implica a classificação dos candidatos e nomeação na ordem prioritária dessa classificação. Não basta, pois, estar aprovado em concurso para ter direito à investidura. Necessário também é que esteja classificado e na posição correspondente às vagas existentes durante o período de validade do concurso.
(...)

Se porventura se realiza novo concurso dentro do prazo de validade do anterior, aquele que foi aprovado neste não precisa impugnar sua realização, porque aí o seu direito de ser convocado, para ocupar cargo ou emprego na carreira, permanece intacto, e essa abertura de novo concurso confirma seu direito, porque demonstra a existência de vagas. Aberto o novo concurso confirma seu direito, porque demonstra a existência de vagas. Aberto o novo concurso, dentro do prazo de validade do anterior, pode reivindicar, desde logo, sua nomeação para uma dessas vagas.”

Também neste sentido é a posição do Supremo Tribunal Federal

SÚMULA n° 015.

“Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.

Sendo, portanto, inadmissível, por completa ausência de interesse de agir, que a Administração Pública, seja ela Direta ou Indireta, crie uma terceira modalidade de concurso público específico para “cadastro de reserva” quando esta modalidade já vem abrangida, por força constitucional, nos Concursos Públicos de Prova ou de Provas e Títulos. É de se indagar: Qual o interesse de se mover à máquina administrativa para criar o que já existe? Nenhum.

V – CONSEQÜÊNCIAS DA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO NA MODALIDADE DE CADASTRO DE RESERVA.

As principais conseqüências da realização de Concurso Público para Cadastro de Reserva seriam basicamente de duas espécies. São elas:

V.1) a invalidação parcial do Edital na parte do procedimento do Concurso Público que exceder a competência do agente público para realizá-lo, regendo-se, adequando-se todas as demais fases procedimentais as regras referentes ao Concurso Público de Provas ou de Provas e Títulos.

A respeito do ato administrativo praticado com excesso de poder (excesso de competência) são os ensinamentos do professor DIÓGENES GASPARINI:

“... Apesar da aparente similitude dos vícios conhecidos por desvio de finalidade e excesso de poder, as duas figuras não se confundem. No desvio de finalidade o ato administrativo é ilegal por inteiro. Não há como aproveitá-lo. É ato nulo e, como tal, é assim entendido pela doutrina e pela jurisprudência. No excesso de poder não se dá o mesmo. O ato não é nulo por inteiro; prevalece naquilo que não exceder, salvo se o excedente comprometê-lo integralmente. Costuma-se, nessa hipótese, reputar o plus como não escrito, conforme ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (Prestação, cit., p. 60). Desse modo, mesmo que consigna-se certa vantagem não prevista em lei, essa consignação não leva a nulidade do ato. É o que ocorre, por exemplo, com o ato de outorga de permissão com cláusula vedada por lei.

Considera-se como não escrita essa vantagem em favor do permissionário. Assim, apesar da previsão, dela não poderá se valer o permissionário para impedir o permitente de outorgar novas permissões. Ademais, é princípio geral de Direito segundo o qual não se anula o todo em razão da nulidade da parte. Aliás, o art. 153 do Código Civil, nesse particular, verdadeira regra geral de direito, não prescreve outra coisa...

Também neste sentido é a posição dos Tribunais Superiores:

*CONSTITUCIONAL — ADMINISTRATIVO — CONCURSO PÚBLICO COM PROCEDIMENTO
EIVADO DE IRREGULARIDADES — DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE ALGUNS ATOS
DO CONCURSO — POSSIBILIDADE.*

V.2) a responsabilização da Sociedade de Economia Mista ou da Empresa Pública pelos prejuízos causados aos candidatos que tenham sido prejudicados pelo excesso de poder praticado pelos organizadores do Concurso Público, pois a organização e preenchimento dos quadros funcionais é da responsabilidade exclusiva da entidade que integra a Administração Pública Indireta respondendo ela em última análise pela *má escolha* (culpa “*in eligendo*” ou “*in vigilando*”) do empregado ou preposto que elaborou o Edital, na forma do inciso III, do artigo 932, do novo Código Civil c/c a súmula 341, do STF.

Art. 932 Código Civil – “São também responsáveis pela reparação civil:

III – O empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele; ”

Súmula 341 STF - “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”

VI – AÇÕES COMPETENTES.

As ações competentes podem ser, a princípio, de duas (02) espécies. São elas: o mandado de segurança e a ação cognitiva condenatória de perdas e danos.

O mandado de segurança que é um dos grandes “remédios” (ações) constitucionais previsto no inciso LXIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988, para a defesa dos direitos individuais, sendo cabível no caso sob análise, pois, todo candidato possui direito subjetivo público líquido e certo de exigir do Poder Público que ele realize o Concurso Público em consonância com as regras constitucionais que regulam a matéria que, no caso em tela, são, sobretudo, os incisos I e II do art. 37 da Constituição Federal.

Art. 5º, inciso LXIX, da C.F. – “... conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus ou habeas-data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;...”

A ação cognitiva condenatória de perdas e danos que poderá ser ajuizada por qualquer candidato que se sinta prejudicado com a invalidação do Edital, tratando-se de responsabilidade objetiva, bastando ao lesado comprovar apenas a conduta, o nexo de causalidade e o evento danoso (prejuízo) ao seu patrimônio para ter direito a indenização, na forma do disposto no inciso III do artigo 932 do novo Código Civil c/c a súmula 341 do STF c/c o parágrafo 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Sendo sempre bom se lembrar que no presente caso poderá existir um concurso de ações já que há, a princípio, a disposição do autor duas (02) modalidades de ações distintas para a defesa de

seu direito, devendo ele escolher cuidadosamente a ação a ser ajuizada, pois, a parte do pedido que for abrangida pela sentença de mérito na ação proposta não poderá ser rediscutida novamente em juízo.

VII – CONCLUSÃO

Em face de tudo o que foi exposto, conclui-se que a Administração Pública não pode realizar Concurso Público na modalidade de “Cadastro de Reserva” para preenchimento dos quadros funcionais das empresas públicas e das sociedades de economia mista, sob pena de se configurar abuso de poder na modalidade de excesso de competência (excesso de poder) e a conseqüente invalidação parcial do Edital e a responsabilização do ente público pelos prejuízos que porventura cause aos candidatos, pois esta “modalidade” não foi contemplada, de forma autônoma, nos incisos I e II do art. 37 da atual *Charta Magna*, que prevê que o ingresso no serviço público somente ocorrerá através de concurso público de provas ou de provas e títulos, mas sim, como uma etapa complementar destas espécies de concurso (37, IV, CF), possuindo, portanto, o candidato direito subjetivo público a que sejam cumpridas na íntegra as referidas normas constitucionais que regulam a celebração do Concurso.

Devendo se lembrar à lição sempre atual do Desembargador SÉRGIO CAVALIERI FILHO ao citar as lições do Professor SEABRA FAGUNDES de que o Concurso Público é uma espécie de Promessa de Recompensa e uma vez preenchidos os seus requisitos possui o candidato direito ao “prêmio”.

“... O saudoso Ministro MIGUEL SEABRA FAGUNDES, com a indiscutível autoridade de grande constitucionalista, em magistral palestra proferida na Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro, em 17 de Fevereiro de 1992 enfatizou que o “o concurso público é uma oferta pública geradora de direito para o candidato aprovado e de obrigação para o ofertante, seja ele entidade pública ou privada; oferta pública essa em tudo semelhante a uma promessa de recompensa, disciplinada nos artigos 1.512 a 1.517 do Código Civil”. Naquela oportunidade, o insigne jurista arrematou: “Tanto como a promessa de recompensa há de ser cumprida, a oferta pública do concurso tem de ser realizada, com a efetivação das provas dentro das normas da oferta e de critérios de moralidade, e nomeados os candidatos aprovados, na ordem de classificação...”.

VIII – BIBLIOGRAFIA

- JÚNIOR, José Cretella. **Direito administrativo brasileiro**, Rio de Janeiro: Forense, v.I, 1983, pp. 371–373.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, Tomo III, 1987, pp. 467-471.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 26ª ed.. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2001, pp.142 e 162.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 13ª ed., São Paulo: ATLAS S.A., 2001, pp. 220-221.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo** 13ª, ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., pp. 259-260.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**, 4ª ed.. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 1999, p. 175.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de Direito Administrativo**, 7ª, ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 234.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil: Adaptadas ao Novo Código de Processo Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. 1v, pp. 191–193.

- GASPARINI. Diógenes. **Direito Administrativo**, 6ª ed. Versão atualizada e aumentada – São Paulo: Saraiva, 2001, p. 133.
- SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 19ª ed., Malheiros Editores: São Paulo, 2001, pp.663-664, destaque nosso.
- MAXIMILIANO. Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 19ª, ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 255–256.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Estabelece os Direitos e Deveres Fundamentais do Cidadão. Promulgada em 05/10/1988.
- BRASIL, Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071 de 1/01/1916).
- BRASIL, Novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/01/2002).
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 341. Regula a responsabilidade civil do empregador pelo ato praticado pelo empregado ou preposto.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 015. Regula o direito a nomeação de candidato aprovado em concurso público quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.
- BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Ementa nº 128821 . Regula o ingresso no quadro de empregados em sociedades de Economia Mista.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. III Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos Infringentes nº 234/94. Apelação Cível nº 3866/94. Relator: Desembargador MELLO SERRA.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal - MS 21.331. Brossard, RTJ 149/139 e Ag Rg SS 837, STF/Pleno. RDA 210/238.
- BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. MAS 89.04.15865/RS. Rel: Juiz TEORI ALBINO ZAVASCKI. 2ª Turma. Decisão: 14/12/89. RTRF, v. 2, p. 409. DJ 2 de 21/02/90, p.2.534.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - RMS 1.128-0 - PR - 1ª T - Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO - J. 01.03.1993.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 2ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 3.866/94, Relator: Desembargador MURILLO FÁBREGAS.