

Procedência: MGS – Minas Gerais Administração e Serviços S.A.

Interessada: MGS – Minas Gerais Administração e Serviços S.A.

Número: 15.264


Data: 19 - agosto - 2013

Assunto:

MGS – CONCURSO PÚBLICO – FORMAÇÃO
DE CADASTRO DE RESERVA.

RELATÓRIO

Vem a esta Consultoria Jurídica, para análise e manifestação, consulta por meio da qual a Direção da MGS – Minas Gerais Administração e Serviços S. A., encaminha expediente da Excelentíssima Senhora Secretária de Estado de Planejamento e Gestão, e Presidente da Câmara de Coordenação Geral, Planejamento, Gestão e Finanças, Renata Vilhena, referente à *realização de concurso público para formação de cadastro de reserva*.

Por meio do Of. CCGPGF nº 283/13 foi informado à Empresa consulente que aquela Câmara aprovou a realização de concurso público para 199 cargos de apoio operacional e 10 cargos para a própria administração da MGS, tendo indeferido o pleito de cargos para apoio administrativo e técnico e dos cargos únicos e incomuns. Além disto, o pleito de realização de concurso para formação de cadastro de reserva para apoio operacional e para a própria administração da MGS ficaria condicionado à emissão de parecer favorável desta Advocacia Geral do Estado, à qual deveria ser encaminhada a proposta de edital. 



Após a análise do caso, opino.

PARECER

A consulta restringe-se aos aspectos da realização de concurso para formação de cadastro de reserva.

Do princípio republicano e da essência da democracia decorre o instituto do concurso público, como instrumento, por excelência, da acessibilidade aos cargos e empregos públicos, em todas as esferas da Federação.

Exatamente porque todos são iguais perante a lei, conforme o *caput* do art. 5º da Constituição Federal, todos devem ter o mesmo direito subjetivo de concorrer e ter acesso, em condições de igualdade, aos cargos e empregos públicos, uma vez cumpridos os requisitos legais e do edital do certame. A igualdade é ainda ratificada e qualificada em face da Administração Pública, que nos termos do *caput* do art. 37, também da Constituição Federal, submete-se ao princípio da impessoalidade.

Ressalva-se que o princípio inicialmente abordado deve ser entendido na concepção aristotélica da igualdade, ou seja, tratando os desiguais na medida das suas desigualdades. É o que ocorre, por exemplo, com a previsão, no próprio texto constitucional de 1988, da reserva de vagas para portadores de necessidades especiais (art. 37, VIII). Ou na admissão de requisitos legais diferenciados para certos cargos, em razão das suas atribuições (art. 37, II).

O art. 37 da Constituição Federal assim dispõe acerca do instituto do concurso público como instrumento do princípio da impessoalidade, *mas também dos princípios da eficiência e da moralidade administrativa:*



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

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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

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

...omissis.

§ 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

Tais regras são ratificadas pelo art. 21 da Constituição Mineira.

A finalidade imediata do concurso público é a seleção daqueles que, em condições de igualdade, se demonstrarão mais aptos ao exercício dos cargos e empregos públicos objeto do certame. Assim, *em primeiro plano*, é pressuposto lógico da abertura de concurso público, que na classificação proposta pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello se consubstancia em *processo administrativo concorrencial*, a existência de *cargos ou empregos a serem preenchidos*.

Entretanto, a dinâmica administrativa, pautada pelo *princípio da continuidade dos serviços públicos*, ensejou a construção teórica da hipótese de realização de concursos públicos também para a criação do denominado *cadastro de reserva*. Neste caso, quando instaurado o certame, as contratações são tidas como *eventuais, futuras e discricionárias*.

No cadastro de reserva, assim deveriam ser postas as regras do jogo, de maneira pública, clara e motivada, não criando expectativas imediatas nos candidatos aprovados, que terão mera expectativa de direito à futura admissão, caso se faça necessária e útil à Administração Pública.



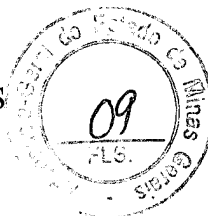
Ocorre que, como é fato notório (tanto que a matéria é objeto de projeto de lei, em tramitação no Congresso Nacional, tema a ser abordado adiante), a má utilização do cadastro de reserva (somada, de toda forma, à jurisprudência recente dos Tribunais Superiores em torno da matéria) passou a exigir especial atenção na sua utilização.

Frisa-se desde já que por força do princípio da juridicidade a Administração Pública se sujeita *ao ordenamento jurídico vigente*. Nos termos do art. 5º, I, da Lei Estadual nº 14.184, de 2002, que dispõe sobre o processo administrativo em Minas Gerais, a atuação do administrador público deve observar a lei *e o direito*. Diante desta premissa, a consulta é respondida *em conformidade com o direito posto, observada, ainda, a interpretação que é dada ao tema pelo Poder Judiciário*.

Relevante aspecto a ser considerado está exatamente na importância do *planejamento do concurso público*, segundo a matriz principiológica à qual se submetem as autoridades responsáveis pela sua deflagração. Sobre o tema, advertem os Professores Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta e Luciano de Araújo Ferraz:

“A *finalidade* do concurso público, como visto, é clara: selecionar os candidatos mais aptos à ocupação dos cargos e empregos públicos. Em se tratando da seleção de pessoas para *servir à sociedade* exercendo misteres públicos, o certame deve ser *planejado e organizado* para que a reposição da força de trabalho esteja sempre adequada, quantitativa e qualitativamente, à natureza e complexidade das atividades, aos objetivos e às metas institucionais da Administração Pública. Nesse sentido, o planejamento constitui etapa fundamental para o pleno êxito do concurso.” (Servidores Públicos na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 2011, p. 44)

Adiante, iniciando a exposição exatamente com a ressalva acerca da alteração da jurisprudência dos Tribunais Superiores quanto à situação jurídica dos candidatos aprovados em concurso e das implicações deste fato na utilização do cadastro de reserva, os autores assim lecionam quanto à matéria:



“Inicialmente, há que se relembrar que o chamado “cadastro de reserva” é uma relação constituída por aprovados em concurso público em colocação superior ao número de vagas disponibilizadas no edital. É uma possibilidade que, se admitida no edital de concurso, deve ser claramente disciplinada por meio do manejo dos critérios objetivos estabelecidos para a aprovação. Para que se evitem interpretações equivocadas, a propósito, é conveniente que seja expressamente limitado o número excedente de candidatos aprovados.

Trata-se de legítimo instrumento de planejamento, cujo uso correto contribui para o atendimento do interesse público. Com efeito, em determinados cargos ou empregos públicos a rotatividade costuma ser intensa, sobretudo em razão da remuneração pouco atrativa. Durante o prazo de validade do concurso, a instabilidade natural do quadro de pessoal de cada órgão ou entidade pode recomendar a aprovação de número excedente de candidatos para possibilitar, em momento posterior, a célere recomposição da força de trabalho.

Nas situações corriqueiras, em que se cuida do provimento de um quadro de cargos relativamente estável, a decisão de se criar ou não o cadastro de excedentes deve ser refletida e tomada tendo como parâmetro essencial dois indicadores: (a) o número de vagas existentes e (b) o prazo de validade do concurso. Nessas situações, o cadastro deve ser previsto para que contemple número proporcional às vagas efetivamente em disputa, levando ainda em consideração a previsão de rotatividade durante o prazo de validade. Para a previsão de rotatividade, deve ser estimado o número de aposentadorias no período e também o número de exonerações dos novos servidores. É claro que se trata de estimativa, que pode ou não ser consumada, e que pode ser calculada observando-se o ocorrido em concursos anteriores ou mesmo em concursos semelhantes de outros órgãos ou entidades.

A possibilidade de criação de novos cargos durante o prazo de validade do certame, se existente, também deve ser um indicador considerado no estabelecimento do número de aprovados para o cadastro. Obviamente, se o processo de criação já foi iniciado – com o envio do projeto de lei ao legislativo, por exemplo –, a previsibilidade do número excedente necessário será mais exata.” (Idem, pp. 46-7)

Na seqüência, é abordada a questão da realização de concurso *exclusivamente* para constituição de cadastro de reserva, objeto imediato da consulta:

“As maiores complicações, contudo, ocorrem quando se realiza concurso público especificamente para constituição de cadastro de reserva, ou seja, sem a identificação – no edital – do número de vagas oferecidas par provimento, formado-se apenas o cadastro. Nessas situações, o edital costuma trazer cláusula esclarecendo que o certame destina-se a formar um cadastro para futuras admissões. *AB*



O primeiro problema a ser superado é de ordem lógica: como o concurso possui como finalidade identificar os mais aptos para o provimento de cargos públicos, não faz sentido iniciar um procedimento para selecionar alguém para algo que não existe. Em outras palavras, pode-se dizer que a existência de cargos constitui, em princípio, pressuposto lógico para a realização do procedimento de seleção.

Assim, o cadastro de reservas não é oráculo para se ressuscitar a discricionariedade sem limites e transformar novamente a nomeação dos aprovados no concurso público em mera expectativa de direito. Não se admite, por exemplo, a realização de concurso para cadastro de reservas sem a nomeação de nenhum dos aprovados ao cabo da validade do concurso de nenhum dos aprovados (sic). De igual modo não se admite o concurso para cadastro de reservas com a conseqüente manutenção de contratados temporariamente ou de mão de obra terceirizada nas atividades dos concursados. Também não se admite a realização de concurso exclusivo de cadastro de reservas se há cargos vagos passíveis de preenchimento no momento de se deflagrar o certame.

Em situações excepcionalíssimas, entretanto, o pressuposto pode ser mitigado em prol da preponderância do interesse público no caso concreto. Em nossa opinião, pode-ser admitir a realização de concurso público exclusivo para cadastro de reserva nas seguintes hipóteses:

a) o processo de criação dos cargos já foi iniciado – com o envio do projeto de lei respectivo ao Poder Legislativo, por exemplo –, mas não concluído. Com a conclusão do processo legislativo, contudo, os aprovados no cadastro devem – e têm direito de – ser nomeados;

b) existência de cargos vagos na vigência de prazo de concurso anterior cujos aprovados já foram nomeados;

c) existência de cargos vagos em situação de descumprimento dos limites de gastos com pessoal;

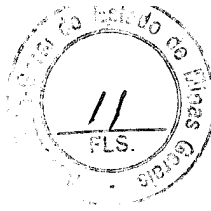
d) existência de cargos vagos em situação de impossibilidade do cumprimento dos demais requisitos fiscais necessários à nomeação dos aprovados;

e) existência de expressivo número de servidores na iminência de aposentarem compulsória ou voluntariamente. Em se tratando de aposentadoria voluntária, é necessário que o pedido de aposentadoria já tenha sido feito e encontre-se sob análise da Administração.

Não obstante, mesmo nessas hipóteses é necessária a *obediência a dois requisitos* para que se permita a realização de um concurso específico para cadastro de reserva. O primeiro requisito é a *urgência* no futuro preenchimento dos cargos cujo provimento deve ser feito imediatamente após o fim da causa impeditiva.

...

O segundo requisito é o *efetivo juízo de probabilidade de cessação da causa impeditiva*. Deve existir probabilidade efetiva de que a causa impeditiva desapareça em curto espaço de tempo, para dar lugar às admissões urgentes. *A*



Fora dessas situações não parece existir sentido em realizar a seleção para cadastro de reserva. Para os demais casos excepcionais – é bom que se diga – a Constituição da República admite a contratação temporária de agentes (art. 37, IX), com requisitos e características próprias.

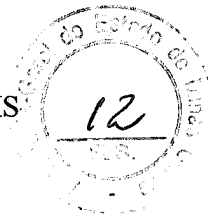
Tolera-se repetir, mas o que não se admite é que a previsão do cadastro de reserva seja utilizada simplesmente como meio de obscurecer o direito à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público. Por se tratar de um direito fundamental, como visto, qualquer interpretação que possibilite *retroceder o grau de eficácia já alcançada deve ser repudiada*. Em outras palavras, não se pode admitir a busca *injustificada* de meio de se burlar o grau de concretização do direito fundamental que a jurisprudência, ao longo dos tempos, construiu com precisão.” (Idem, pp. 47-49)

Pela abrangência, adequada ponderação e síntese em torno da matéria, o trecho justifica a sua transcrição na íntegra. Entretanto, por tratarem do tema *em tese*, os autores não consideram situações específicas, como a ora em exame, exigindo de nossa parte avanço no raciocínio, para posterior ponderação e conclusões.

Vivenciamos momento histórico no qual o cotejo entre os princípios da Administração Pública, com ênfase na *boa-fé* e na *proteção à confiança dos administrados*, progressivamente dão novos contornos à discricionariedade administrativa, em especial no que se refere ao tema concursos públicos.

Na clássica lição do professor Caio Tácito, a discricionariedade não é um cheque em branco. Trata-se de poder pautado por diretrizes jurídicas. Mas, uma vez existentes seus pressupostos, *há que ser respeitada a discricionariedade do administrador público, sob pena de ruptura do princípio da separação dos Poderes e do engessamento da atividade administrativa que compete ao Executivo*.

Não há dúvidas de que a proteção à boa-fé e à confiança do cidadão é um dos fatores a serem ponderados na programação e realização de qualquer concurso público. *AD*



Afronta não apenas à legalidade, boa-fé e proteção à confiança, mas também à moralidade administrativa a realização de certame somente para a constituição de cadastro de reserva *que deliberadamente se sabe desnecessário* ou, no raciocínio dos professores acima citados, *provavelmente desnecessário, não havendo juízo mínimo de probabilidade positivo quanto à necessidade, utilidade e urgência nas futuras admissões.*

Tanto este entendimento vem sendo consolidado, por conta desvirtuamento ou do mau uso do cadastro de reserva, que no texto do Projeto de Lei do Senado nº 74, de 2010, recentemente aprovado naquela Casa do Congresso Nacional e remetido à Câmara dos Deputados, há expressa vedação à realização de concurso público *apenas* para cadastro de reserva.¹ Entretanto, frisa-se que, se aprovado o texto, tal como tramita, não será eliminada do ordenamento a possibilidade de realização de concurso *também* para o cadastro de reserva.

Neste ponto reitera-se que esta análise é feita *em razão do caso concreto, e segundo o ordenamento jurídico vigente*, no qual *não há vedação à realização de concursos para apenas cadastro de reserva*, hipótese admitida pela doutrina, ainda que em situações excepcionais, como visto, e também pela jurisprudência, embora esta tenha adquirido novos contornos, como se verá adiante.

¹ Art. 13. O conteúdo mínimo do edital de abertura do concurso será composto de:

...

V – quantidade de cargos ou empregos a serem providos, vedada a oferta simbólica de vagas ou a adoção exclusiva de cadastro de reserva, nos termos do art. 14 desta Lei;

Art. 14. É vedada a realização de concurso público com oferta simbólica de vagas ou que se destine exclusivamente à formação de cadastro de reserva.

§ 1º Entende-se por oferta simbólica a abertura de concurso público com número de vagas inferior a 5% (cinco por cento) das vagas do respectivo cargo ou emprego existentes no órgão ou entidade.

§ 2º Para efeitos do disposto neste artigo, os órgãos e entidades da Administração Pública divulgarão, anualmente, inclusive em sítio da internet de amplo acesso ao público, o número de cargos ou empregos vagos em seus quadros, bem como, quando for o caso, as datas previstas para publicação dos editais de realização dos concursos. *B*



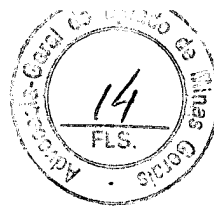
No presente caso devem ser pesados os seguintes elementos: a exigibilidade e a necessidade de concurso público para admissão de pessoal em razão *da natureza jurídica da MGS*; mas também a possibilidade de realização de concurso público, para cadastro de reserva apenas, *em razão do seu objeto social*.

Nos termos do art. 1º do seu Estatuto Social, a MGS é Sociedade Anônima, de capital fechado, sob a forma de Empresa Pública, regendo-se pela legislação que lhe é afeta e pelo próprio Estatuto. Dada a abrangência do art. 37, II, da Constituição Federal, a contratação de empregados públicos pela consulente, seja para a sua própria administração, seja para cumprimento de seu objeto social, *exige a prévia aprovação em concurso público*.

Não é demais destacar que o Ministério Público Estadual mantém-se firme no propósito de coibir admissões no âmbito da Administração Pública, em todas as esferas federativas, sem a realização de certames, imputando até mesmo a configuração de improbidade administrativa àqueles que não observarem a Constituição.²

Além da exigência do concurso em face da natureza e personalidade da MGS, há um *quid* a ser ponderado no presente caso. *O objeto social da consulente* é assim previsto em seu Estatuto:

² Nesse sentido cita-se acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de 12/07/2013: AP CÍVEL/REEX NECESSÁRIO Nº 1.0511.11.001366-7/001 - COMARCA DE PIRAPETINGA - REMETENTE: JD COMARCA PIRAPETINGA - APELANTE(S): MUNICÍPIO ESTRELA DALVA - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MUNICÍPIO DE ESTRELA D'ALVA - CONTRATOS TEMPORÁRIOS - INOBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS - NULIDADE - CONDENAÇÃO À REALIZAÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO, SOB PENA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. A contratação de pessoal sem concurso público, sem a observância dos comandos constitucionais e legais atinentes à contratação temporária, enseja a nulidade dos contratos firmados, com a condenação do Município infrator a proceder à rescisão dos contratos e à realização do concurso público para admissão de pessoal, no prazo determinado, sob pena de incorrer, o Prefeito Municipal, em improbidade administrativa. *B*



Art. 4º - A sociedade definida no art. 1º, caput, tem por finalidade a prestação de serviços técnicos, administrativos e gerais, às secretarias, órgãos e entidades da administração pública direta e indireta do Estado e dos Municípios, nos seguintes setores:

- I – Locação de mão-de-obra para conservação, limpeza, asseio, higienização, vigilância e serviços temporários;
- II – administração de estacionamentos rotativos;
- III – administração de condomínios;
- IV – recuperação, manutenção e conservação de imóveis, máquinas, equipamentos e aparelhos em geral, abrangendo ainda, gestão e guarda de documentos e processos pertinentes;
- V – gestão de frota de veículos em geral e de contratos de conserto e manutenção;
- VI – execução de serviços gráficos, confecção e instalação de placas em geral;
- VII – administração de processos licitatórios e contratos administrativos em geral;
- VIII – gestão de contratos de transporte de valores, cargas e passageiros, por via aérea e terrestre em geral;
- IX – fornecimento, revenda, administração e representação de vale-transporte, vale-refeição, outros tipos similares de vales e fornecimento de alimentação através de cozinha própria;
- X – administração e representação de ações trabalhistas.

Salvo melhor juízo, tal objeto social pode fazer da possibilidade e até mesmo da necessidade de utilização do concurso público para constituição de cadastro de reserva *na sua área fim*, instrumento por excelência da sua atuação eficiente. Evidentemente, observados todos os princípios da administração pública, e o adequado planejamento e gestão. Aliás, a ausência de previsão no Projeto de Lei do Senado quanto a esta situação jurídica específica talvez crie dificuldades a os entes federativos que tenham entidade administrativa como a MGS, com o mesmo fim.

Quanto ao *cadastro de reserva para sua própria administração*, comungamos do entendimento doutrinário acima citado, no sentido de que é exigida especial atenção e cautela, evitando-se, com isto, futuros questionamentos por parte de candidatos aprovados, pleiteando nomeação em razão de vagas existentes quando deflagrado o concurso, ou que surgirem no prazo de validade, por razões diversas. Isto também em face do posicionamento recente dos Tribunais Superiores referente à matéria, como se verá adiante. *B*

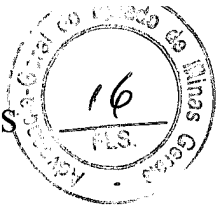


Quanto ao cadastro de reserva para sua área fim, pelo fato da atividade que compete à MGS ser exatamente a *prestação de serviços*, em especial o *fornecimento de mão-de-obra*, a órgãos e entidades das Administrações Públicas do Estado e de Municípios, compreende-se que a hipótese de realização de concurso apenas para a contratação em vagas já existentes, ou por força de demandas individuais e específicas de sua clientela, em tese poderia dificultar ou até mesmo obstaculizar a consecução do seu objeto em determinados momentos, o que iria de encontro aos princípios da razoabilidade, finalidade e eficiência.

Por se tratar de Empresa especializada na prestação de serviços de atividade meio a órgãos e entidades da Administração Pública, se ela não tiver condições de atender prontamente a seus clientes, quando demandada, por insuficiência de pessoal, é tendência natural tais clientes buscarem soluções outras, como licitações diretas no mercado.

Por outro lado, caso se entenda que a Consulente não tem a faculdade de adotar o cadastro de reserva na sua atividade fim, *mediante planejamento e gestão devidamente motivados*, poderá a ela ser imputada ineficiência por outro prisma, se tivesse que manter empregados contratados, com pagamentos de salários, mesmo sem contraprestação de trabalho, em momentos nos quais a demanda de sua clientela seja reduzida (sendo notoriamente oscilante).

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal recentemente ratificou entendimento de que empregados públicos não têm direito à estabilidade de que trata o art. 41 da Constituição Federal. Todavia, ressaltou que a dispensa deve ser necessariamente motivada, evitando que a gestão de empregados celetistas nas Empresas Estatais seja contaminada por desvios de finalidade, perseguições, etc. *AD*



A gestão adequada do cadastro de reserva, neste cenário, exige atenção ainda no sentido de também impedir questionamentos outros, como ocorreria, por exemplo, na hipótese de dispensa de empregados para adequação orçamentária periódica (por força da Lei de Responsabilidade Fiscal ou por razões outras), seguida de imediatas contratações de candidatos aprovados no cadastro de reserva. O risco, neste caso, envolveria também os empregados dispensados, pleiteando reintegração, com os direitos decorrentes da alegada nulidade da dispensa.

Portanto, a equação a ser constantemente trabalhada por Empresa na situação da Consulente hoje tem como elementos necessários cautela *na contratação*, mas também *nas dispensas*.

Com estas advertências e ressalvas quanto ao risco jurídico envolvido, entende-se que é possível juridicamente o exercício da faculdade de realização de concurso para cadastro de reserva por parte da MGS em sua área fim. Mas do processo seletivo deve constar, como antecedente, motivação expressa, esclarecendo, mediante nota técnica, as razões da realização do certame apenas para fim de cadastro de reserva em cada uma das localidades de que trata o Anexo I do Edital. *E também as razões pela qual a Câmara de Coordenação Geral, Planejamento, Gestão e Finanças não autorizou a realização de concurso para provimento imediato de empregos públicos vagos.*

Há que ser também considerado que o Edital encaminhado com a consulta assim prevê, merecendo especial atenção a ressalva existente na última parte do preâmbulo: *B*



“A MGS – MINAS GERAIS ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS S/A, com base no art. 37, inciso II, da Constituição Federal e artigos 125 a 129 da Lei Estadual 11.406 de 1.994, torna pública a realização de concurso para preenchimento de 208 (duzentos e oito) vagas (sic) existentes e formação de Cadastro de Reserva destinado a viabilizar futuros ingressos nos empregos públicos constantes do Anexo I, mediante as condições estabelecidas neste Edital e observando-se o Plano de Cargos, Salários e Carreiras.

Esclarece, ainda, que os Concursos Públicos realizados anteriormente – Editais MGS 01/2009, MGS 01/2010 e MGS 01/2011, continuam em vigor e que será observado o artigo 37, inciso IV da Constituição Federal.”

Caso o cadastro de reserva que se pretende constituir tenha os mesmos empregos públicos dos concursos anteriormente realizados, e com prazo de validade em curso, e/ou com possibilidade de prorrogação por período razoável, existindo ainda candidatos não contratados, *a situação jurídica implica maior risco de questionamento*. Ainda mais grave será se referidos concursos foram para a constituição de cadastro de reserva apenas e, no decurso do tempo, não se constatou nenhuma potencialidade de contratação dos aprovados, *ou fato novo* que implique potencialmente necessidade e urgência de demanda futura, *de maneira a legitimar a criação de mais um cadastro de reserva*. *Nestas hipóteses entende-se que não será prudente a realização do certame, tal como pretendido pela Consultente.*

Por fim, registramos que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais ao longo do tempo mantém o entendimento quanto à possibilidade de realização de concurso público para constituição de cadastro de reserva, inclusive em relação à MGS, não implicando direito adquirido aos aprovados à contratação.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.11.052609-5/002 - COMARCA DE JUIZ DE FORA - APELANTE(S): MGS MINAS GERAIS ADM SERVIÇOS S/A - APELADO(A)(S): RAQUEL DE ALMEIDA OLIVEIRA - AUTORID COATORA: PRESIDENTE DA MGS MINAS GERAIS ADM SERVIÇOS S/A *AB*



Data de Julgamento: 31/01/2013

Data da publicação da súmula: 08/02/2013

EMENTA: ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - EMPRESA PÚBLICA INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA (MGS - MINAS GERAIS ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS S.A.) - CONCURSO PÚBLICO - INDISPENSABILIDADE - CANDIDATA EXCEDENTE - MERA EXPECTATIVA DE DIREITO - CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA EM DECORRÊNCIA DA NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DE VAGAS EM NÚMERO SUPERIOR AO OFERECIDO EM EDITAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO - DIREITO À NOMEAÇÃO/CONTRATAÇÃO E POSSE - INOCORRÊNCIA - RECURSO PROVIDO - SENTENÇA REFORMADA PARA DENEGAR A SEGURANÇA. 1. O concurso público deve ser exigido tanto para a Administração Direta quanto Indireta, sejam entidades públicas, como as autarquias e fundações autárquicas, sejam privadas, como as sociedades de economia mista e as empresas públicas. 2. A aprovação de candidato fora do número de vagas disponíveis no edital do concurso *apenas confere direito subjetivo à nomeação/contratação e posse para o respectivo cargo, se a Administração manifesta, por ato inequívoco, a necessidade do preenchimento de vaga que surgir durante o prazo de validade do certame*, e não apenas pelo fato de ter sido a impetrante aprovada na condição de excedente, pelo que a ordem não pode ser concedida.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.06.057385-4/002 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - REMETENTE: JD 3 V FAZ COMARCA BELO HORIZONTE - APELANTE(S): MGS MINAS GERAIS ADM SERVIÇOS S/A - APELADO(A)(S): ROBERTO MARCÍLIO RIBEIRO - RELATOR: EXMO. SR. DES. EDILSON FERNANDES

Data de Julgamento: 12/04/2011

Data da publicação da súmula: 10/06/2011

EMENTA: AÇÃO COMINATÓRIA - EMPRESA PÚBLICA (MGS) - CONCURSO PÚBLICO - INDISPENSABILIDADE - FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA - AUSÊNCIA DO NÚMERO DE VAGAS - EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - INOCORRÊNCIA. O concurso público deve ser exigido tanto para a Administração Direta quanto Indireta, sejam as públicas, como as autarquias e fundações autárquicas, sejam as pessoas privadas, como as sociedades de economia mista e as empresas públicas. A realização de certame para formação de cadastro de reserva, para posterior ingresso no serviço público, não tem o condão de promover qualquer lesão grave ou de difícil reparação apta ao cancelamento do processo seletivo. Somente no caso de haver homologação do concurso os candidatos classificados adquirem direito subjetivo à nomeação, desde que a Administração se disponha a prover o respectivo cargo, situação que afasta eventual nulidade por afronta ao princípio da isonomia. *S*



Da fundamentação do voto do E. Desembargador Edílson Fernandes, Relator deste último acórdão, de 2011, merece destaque o seguinte trecho:

É reconhecida a existência de direito subjetivo à nomeação quando o candidato for aprovado dentro do número de vagas oferecidas, o que não se constata na hipótese.

A jurisprudência tem entendido ser viável a inscrição do candidato no cadastro de reserva e que inexistente prejuízo decorrente desta medida.

O Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já decidiu que "o candidato inscrito em cadastro de reserva possui mera expectativa à nomeação, apenas adquirindo esse direito caso haja a comprovação do surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso público" (RMS nº 31.785/MT, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe: 28/10/2010).

Outrossim, o concurso visa garantir a continuidade dos contratos firmados pela apelante com o Poder Público, e que se encontram em pleno vigor, valendo destacar que há informação nos autos do preenchimento de 575 (quinhentos e setenta e cinco) decorrentes do Edital MGS nº 01/2006 (ff. 604/608v), o que reforça a tese não só de regularidade do certame, mas também de ausência de ofensa ao princípio da isonomia.

A garantia de amplo acesso aos empregos públicos (art. 37, I, da CF) determina que o Poder Público observe o disposto no artigo 37, II, da Constituição Federal, situação que inclusive assegura ao apelado o direito de concorrer em condição de igualdade com todos que se achem aptos ao ingresso no setor público, prestigiando os princípios da imparcialidade, da legalidade e da moralidade que orientam o direito administrativo contemporâneo.

Já o voto do E. Desembargador Antônio Sérvulo, Vogal, assim consignou em tom de advertência:

O SR. DES. ANTÔNIO SÉRVULO:

Sr. Presidente.

Acompanho o voto de V. Exa. Apenas ressalvo entendimento pessoal de que, mesmo em caso de formação de cadastro de reserva, surgindo a vaga no prazo de validade do concurso, a Administração Pública é obrigada a nomear o candidato aprovado, segundo a lista de aprovação. Assim o faço, com base na atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

B



Da recente jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça colhe-se o seguinte julgado, que ratifica a ressalva acima, mas também deixa clara a possibilidade e legitimidade da realização de concursos para formação de cadastro de reserva:

RMS 39321 / MS

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
2012/0222351-1

Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN

Órgão Julgador SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento 21/05/2013

Data da Publicação/Fonte DJe 24/05/2013

Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. QUADRO DE RESERVA. PRETERIÇÃO OU CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE TERCEIROS. NÃO COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado contra omissão perpetrada pelo Desembargador do TJ/MS e pelo Estado de Mato Grosso do Sul, que não nomearam o impetrante para o cargo de Analista-Judiciário com lotação na Comarca de Itaporã/MS, durante o prazo de validade do concurso público, a despeito de ter sido aprovado no certame.

2. ***O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que a aprovação do candidato dentro do cadastro de reserva confere-lhe direito líquido e certo à nomeação para o respectivo cargo se, durante o prazo de validade do concurso, demonstrado o interesse da Administração Pública, surgirem novas vagas ou houver contratação precária para o exercício do cargo.***

3. ***In casu, nenhuma dessas hipóteses se configurou. O edital não determinou o número de vagas do Cadastro de Reserva a serem preenchidas, tampouco há nos autos comprovação de que o impetrante tenha sido preterido ou de ocorrência de contratação precária de terceiros durante a validade do certame.***

4. Recurso Ordinário não provido. (Grifos nossos)

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, assim vem decidindo:

AI 728699 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator(a): Min. ROSA WEBER

Julgamento: 18/06/2013 – Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2013

PUBLIC 01-08-2013 *B*



AGTE.(S): ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADV.(A/S): MARCIO TAVARES MOREIRA
AGDO.(A/S): GEOVANA ZAMPERETTI NICOLETTO
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO
PÚBLICO. PRAZO DE VALIDADE. EXISTÊNCIA DE VAGAS.
CANDIDATOS APROVADOS. DIREITO SUBJETIVO
À NOMEAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. ACÓRDÃO
RECORRIDO DISPONIBILIZADO EM 28.4.2008.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que 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. Reconhecida pela Corte de origem a existência de cargos vagos e de candidatos aprovados, surge o direito à nomeação. Agravo regimental conhecido e não provido.

A decisão monocrática que desafiou o agravo acima reporta-se ao RE 227.480/RJ, da relatoria da E. Ministra Cármen Lúcia, DJe 21.8.2009, no qual constou: “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.”

ARE 659921 AgR / MA - MARANHÃO
AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI

Julgamento: 28/05/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma
Publicação DJe-155 DIVULG 08-08-2013 PUBLIC 09-08-2013

AGTE.(S): ESTADO DO MARANHÃO
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO
MARANHÃO

AGDO.(A/S): FRANCILENE BRITO GOMES

ADV.(A/S): ABDON CLEMENTINO DE MARINHO

EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Concurso público. Nomeação de servidores temporários. Preterição de candidata aprovada em concurso vigente. Direito à nomeação. Precedentes.

1. A jurisprudência da Corte é no sentido de que, havendo aprovados em concurso público ainda vigente, configura preterição na ordem de nomeação a contratação temporária de pessoal para o exercício das atribuições destinadas aos aprovados no certame.

2. Agravo regimental não provido. *B*



Conclusão

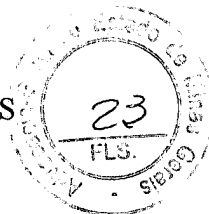
Em face de todo o exposto, **com as ressalvas e advertências acima**, conclui-se, em conformidade com a ordem jurídica vigente, pela possibilidade jurídica de realização de concurso para constituição de cadastro de reserva.

Relativamente aos cargos do seu quadro administrativo, por força da recente jurisprudência dos Tribunais Superiores, há que se observar o risco de vir a ser invocado direito adquirido a nomeação por parte dos candidatos aprovados, caso seja configurada alguma das situações apontadas nos precedentes acima dos Tribunais Superiores, entre as quais o manifesto interesse da Administração Pública nas contratações; surgimento de vagas; contratação temporária; etc..

Entretanto, é ressalvada a possibilidade recusa da Administração em prover postos vagos, ficando a motivação sujeita à apreciação judicial.

Assim, recomenda-se que o eventual exercício da faculdade de realização do certame apenas para cadastro de reserva, seja ponderado e motivado, desde a fase de planejamento. Sugere-se como parâmetros de razoabilidade as hipóteses aventadas na doutrina acima exposta:

- a) o processo de criação dos cargos já foi iniciado – com o envio do projeto de lei respectivo ao Poder Legislativo, por exemplo –, mas não concluído. Com a conclusão do processo legislativo, contudo, os aprovados no cadastro devem – e têm direito de – ser nomeados;
- b) existência de cargos vagos na vigência de prazo de concurso anterior cujos aprovados já foram nomeados;
- c) existência de cargos vagos em situação de descumprimento dos limites de gastos com pessoal;
- d) existência de cargos vagos em situação de impossibilidade do cumprimento dos demais requisitos fiscais necessários à nomeação dos aprovados;
- e) existência de expressivo número de servidores na iminência de aposentarem compulsória ou voluntariamente. Em se tratando de aposentadoria voluntária, é necessário que o pedido de aposentadoria já tenha sido feito e encontre-se sob análise da Administração.



Já quanto aos empregos destinados a atender sua atividade fim, ao cumprimento de seu objeto social, segundo as razões expostas, que entendemos encontrar fundamento na interpretação lógica e sistêmica do ordenamento jurídico, também concluímos ser possível a realização de concurso público para cadastro de reserva, apenas. Ressalvamos que a situação posta é tratada em decisões recente do TJMG, em favor da MGS.

A motivação, de toda forma, além das ressalvas acima, deverá demonstrar claramente que em que termos o exercício desta faculdade consubstancia-se na melhor maneira de atender à finalidade social, ao interesse público, não importando violação aos princípios da boa-fé e à proteção à confiança do administrado. E, como visto, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a motivação é passível de apreciação pelo Poder Judiciário.

Como não foram declinadas as razões pelas quais a Câmara de Coordenação Geral, Planejamento, Gestão e Finanças indeferiu o pedido de abertura de concurso para provimento imediato de vagas, nos casos mencionados, de toda forma sugere-se que seja ouvida previamente a SEPLAG acerca destas conclusões, para que, ponderando elementos outros da macro gestão de pessoal, posicione-se definitivamente quanto à pretendida realização de concurso pela MGS apenas para constituição de cadastro de reserva.

É o nosso parecer. À consideração superior.

Belo Horizonte, 9 de agosto de 2013

Alessandro Branco

ALESSANDRO HENRIQUE SOARES CASTELO BRANCO

PROCURADOR DO ESTADO

OAB/MG 76.715 – MASP 1050973-5

APROVADO EM 14/08/13

Marco Antônio Rebelo Romanelli
14/08/2013
ADVOCADO-GERAL DO ESTADO

Sérgio Pessoa de Paula Castro
Sérgio Pessoa de Paula Castro

Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

Masp.: 592.222-8 - OAB/MG 62.597