

AS POSSIBILIDADES DE CONVOLAÇÃO EM DIREITO SUBJETIVO DO CANDIDATO APROVADO EM CADASTRO DE RESERVA EM CONCURSOS PÚBLICOS.

Anaximandro Fernandes de Oliveira Camargos¹

Carlos Victor Almeida Cardoso Junior²

RESUMO

No contexto dos concursos, o candidato em cadastro de reserva não possui de fato o direito a vaga estando ele na espera de surgimento dela, porém precisa estar atendo ao que acontece no âmbito Administração, caso alguma mudança influa na contratação de pessoal poderia ele ser uma das opções a serem contratadas. Nesse caso, emerge a dúvida da personagem a ser contratado seja terceirizado, comissionado, estagiário, concurso ou cadastro de reserva. Todavia, a Administração pode não poder convocar um cadastro de reserva de concurso mesmo sendo a melhor opção, haja vista os impedimentos que a lei impõe, e o cadastro de reserva para ser nomeado depende da convocação do direito subjetivo conforme o entendimento do STF por ocasião do julgamento do RE nº 598.099 em 10-8-2011, e mais fácil a Administração contratar vide lei Nº 13.429 de 2017 uma empresa terceirizada para fazer isso, do que buscar chamar um excedente. Por isso, surge à baila o desejo do entendimento das possibilidade de convocação da mera expectativa do direito do cadastro de reserva, em direito subjetivo, possibilitando dessa forma que a Administração Pública possa usar o seu cadastro com maior eficiência repondo assim seu quadro de pessoal. Sob, esta exegese este artigo tem a intenção de responder identificar quais as possibilidades inovadoras ou não de convocação da mera expectativa em direito subjetivo do cadastro de reserva em concursos públicos.

Palavras Chave: Cadastro de reserva, convocação em direito subjetivo, nomeação.

1. INTRODUÇÃO

A aprovação em concurso público e nomeação em cargo efetivo é o sonho de muitas pessoas no Brasil. Para alcançá-lo é necessário muita dedicação nos estudos dos conteúdos das provas. Além do concurso público, a Lei nº 8.112/1.990 artigo 8º prevê o ingresso na Administração Pública mediante concurso, sendo as formas de provimento 7 (sete) que são: nomeação, promoção, aproveitamento, readaptação, reintegração, recondução e reversão. Contudo, somente a nomeação é forma originária de nomeação, ou seja, a única que dá direito a provimento a um cargo público.

Para ser nomeado é necessário atender aos requisitos do edital realizado para o

1 Acadêmico do Curso de Direito do CEULP/ULBRA. E-mail: anax.iudex35@rede.ulbra.br.

2 Docente do Curso de Direito do CEULP/ULBRA. Especialista em Políticas Públicas e Estratégias de Saúde pela UFT. E-mail: jr.cam@uol.com.br.

concurso específico, que inclui desde os critérios de nacionalidade, alistamento militar, idade mínimo de 18 anos, formação para o cargo específico, além da prova objetiva, discursiva, de títulos, entre outras formas de avaliação.

O Ministro do STJ Edison Vidigal em relatório da súmula 266 que responde o Agr. Inst. 110.559-DF diz que os editais são o conjunto de regras centrais que regem cada concurso, são eles que definem vagas que precisam ser preenchidas (provimento imediato) e outras que a seu critério poderão ser chamadas (cadastro de reserva) que ainda segundo estes mesmos editais dependerão de alguns fatores como vontade da Administração, orçamento e vacâncias, para que preencham a necessidade da Administração Pública, tendo estas chamadas como finalidade a concretização do direito fundamental ao livre acesso a cargos e empregos públicos. Sendo assim, para ROCHA, 2006, p. 54. duas características se destacam no regime jurídico do concurso público: o interesse na seleção de pessoas qualificadas e a necessidade de fixação prévia de critérios que permitam a seleção dos candidatos devidamente aptos

A prova é apenas um dos elementos necessários para que se ingresse em cargo público, os candidatos ainda precisam vencer a barreira da competição. A concorrência chega a números elevados como por exemplo o último concurso da Polícia Federal 2021, segundo a banca Cebraspe foram 222.304 inscritos para apenas 500 vagas para o cargo de agente, uma concorrência que gira em torno de 444 por vaga.

Essa previsão de vagas em Edital, em sua maioria, não atende sequer as necessidades mínimas da própria instituição e por isso é resguarda uma lista de cadastro de reserva que serve para suprir vacâncias do próprio concurso, como também para nomeação de candidatos assim que surgirem novas vagas seja por criação por lei, ou pelas demais modalidades de vacância previstas Lei nº 8.112/1.990.

Conforme afirma o TCU os custos com concursos públicos para a Administração Pública são muito elevados, inclusive foi estipulado um teto de gastos recentemente para concursos e por isso é bastante sensato que se aproveite o cadastro reserva de um concurso já realizado para provimento de cargos efetivos, visando atender ao princípio da economicidade na Administração Pública.

Sendo assim, percebesse a franca necessidade da utilização pela Administração Pública, não só da lista de aprovados, como também do cadastro de reserva nos certames públicos.

Surge à baila, a possibilidade do cadastro de reserva como uma solução proposta na redução de custos com processos seletivos na Administração Pública, eles auxiliam ainda na manutenção rápida do quadro de pessoal sem a necessidade de novos custos. No final da

década de 20 muito tem se discutido sobre as mudanças na gestão dos cargos e carreiras da Administração, a aprovação da Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, que dispõe sobre o trabalho temporário dos terceirizados polemizou ainda mais o trabalho na Administração Pública. Segundo Lima 2018 p, 02 é evidente a precarização do serviço público pela prática da terceirização.

Enquanto os aprovados têm direito líquido e certo a nomeação, Higa, Castro e Oliveira 2018, p.264 afirma que a forma de provimento originária é dada por nomeação ou contratação dependendo do regime jurídico do ente da Administração direta ou indireta que provê sendo requisito fundamental a aprovação em concurso público. Neste sentido, resta duvidosa a posição daqueles que passam para cadastro de reserva em concursos, haja vista a precarização da Administração Pública via terceirização, comissionamento e até pela contratação de estagiários.

Diante disso, a todo momento surgem novas vacâncias na Administração, a Lei nº 8.112/1.990 prevê: exoneração; demissão; promoção; readaptação; aposentadoria; posse em outro cargo incalculável; ou falecimento. Muito se discute quanto ao preenchimento dessas vacâncias por meio do cadastro de reserva de concursos e essa seria uma excelente possibilidade de economizar.

Surge neste contexto, uma ampla discussão sobre a possibilidade de aproveitamento dos candidatos de cadastro reserva para suprir quaisquer tipos de vacância, já que o cadastro é selecionado no mesmo processo, ou seja, estão tão qualificados quando os que estão dentro do número de vagas e isso valida ainda mais a possível nomeação.

Diante deste contexto, caso haja vacâncias e em dado tempo não ocorra a extinção da vaga, surge a necessidade de preenchê-la, pois aquele trabalho precisa ser suprido, se a Administração seleciona um terceirizado, torna-se clara discussão das possibilidades de preenchimento da vaga pela seleção já ocorrida, ou seja, o cadastro de reserva.

Sendo assim, os candidatos que estão no cadastro de reserva e que porventura tenham percebido qualquer vacância, em algum momento podem ter seu direito convolado para subjetivo ganhando assim o direito de serem nomeados, a súmula 15 do STF é um exemplo disso, dando direito ao candidato da reserva quando não observada a ordem de chamamento da lista. Alguns assuntos já vêm sendo pacificados nos tribunais, porém a discussão quanto a esses direitos ainda existe e inova a todo tempo.

E por isso, torna-se importante esse objeto de pesquisa, o qual será verificado as possibilidades em que o candidato deveria ou poderia ser chamado.

2. DESENVOLVIMENTO

Para início do entendimento de como a mera expectativa se convola em direito propriamente dito, primeiro é preciso entender o funcionamento da Administração Pública. No direito público, Di Pietro, 2020, afirma que o Direito Administrativo rege os órgãos, os agentes e as pessoas jurídicas administrativas que conduzem a Administração, que precisam ter como objetivo o atendimento da natureza pública, em especial, a natureza de atendimento ao cidadão, assim sendo uma atividade jurídica não contenciosa utilizando os bens para a consecução de seus fins que é o interesse público

O concurso público tem sido a chave da luta contra o patrimonialismo, Bresser-Pereira (1996, p.4-7) estudou a evolução histórica da Administração Pública brasileira e defendeu que para que fossem combatidas as benéncias e vantagens herdadas do Império de Dom Pedro II que foi instituído no Brasil. Ainda na era Vargas era necessário uma mudança, a reforma da CASP em 1937 inseriu a figura da meritocracia para ingresso da carreira pública mediante concursos, foi um dos principais instrumentos para o combate ao patrimonialismo.

Nesse período foi definido o Programa Nacional de Desburocratização, lançado em 1979, como uma proposta política da Administração Pública para retirar o usuário da condição colonial de súdito e investi-lo na de cidadão, destinatário de toda a atividade do Estado” . Nesse momento Bresser-Pereira (1996, p.9) conta em seu artigo que a Administração decidiu, instaurar um “regime jurídico único” para todos os servidores públicos civis da Administração Pública direta, falava-se nesse contexto dos funcionários estatutários, e da necessidade de se fazer processos mais rígidos para combater o clientelismo.

Com o tempo percebeu-se que era viável utilizar os candidatos que haviam feito prova aproveitando aquele processo seletivo, e foi tão bem sucedido que ao longo da história diversos concursos foram abertos tanto com vagas previstas em edital como com uma fila de espera para preencher as vagas do concurso e de possíveis vacâncias, na década de noventa e meados de dois mil, o Banco do Brasil chegou a fazer certames apenas com cadastros de reserva, contudo em 2013 a própria direção do órgão em parceria com o Ministério Público do Trabalho acordaram vetar concursos apenas com cadastro de reserva por entenderem que garante maior transparência.

Como se vê logo os concursos com vagas reservas se tornaram comuns sendo o cadastro de reserva formado por candidatos que não atingiram colocação suficiente para ser chamada dentro das vagas previstas do edital, mas que permanecem com a expectativa de poderem ser chamadas. Em outras palavras, o cadastro de reserva é o nome dado às vagas

ainda não existentes que futuramente serão preenchidas se necessário.

São iguais a uma lista de espera, por meio da qual o candidato aprovado aguarda o surgimento para ser nomeado (ALVES, 2021). De acordo com a Lei 8 a Lei nº 8.112/1.990 a nomeação é uma forma de ingresso legítima e primária mediante concurso público, trata-se a investidura em cargo público sobre o regime estatutário seja em órgãos, autarquias, fundações públicas, de empregado público para empresas públicas e sociedades de economia mista. E esta nomeação depende dentre outros requisitos que o candidato tenha sido aprovado em concurso. Conforme (RE 837311 Relator(a):MIN. LUIZ FUX STF, 2015), se está dentro das vagas tem direito garantido de ser chamado.

Segundo o STF, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso surge nas seguintes hipóteses: 1) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas do edital; 2) quando houver preterição na nomeação, por não observância da ordem de classificação; 3) quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração. Por outro lado se esta no cadastros de reserva poderá ser chamado conforme regras do edital ou ter este direito convolado em direito subjetivos como por exemplo nos casos previsto na Súmula 15 do STF “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.

2.1 Súmula 15 do STF

Alguns aspetos devem ser destacados dentre eles os entendimentos presentes na Súmula 15 do STF que é um marco no direito administrativo para concursos, pois garante o direito a candidatos aprovados a nomeação quando ocorrer preterição arbitrária, em outras palavras quando a Administração arbitrariamente no lugar de chamar o próximo candidato, por exemplo: o décimo sétimo, chama o quinquagésimo. Sendo importante ressaltar esta mesma súmula prevê até mesmo indenizações por arbitrariedade.

“...Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação....Na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante.

[Tese definida no RE 724.347, rel. min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, P, j. 26-2-2015, DJE 88 de 13-5-2015, Tema 671.]

Com a finalidade de se caracterizar a flagrante arbitrariedade, o candidato precisa comprovar que enquanto ainda vigente o prazo de validade do concurso o órgão público tinha interesse na sua nomeação, mas não o fez. Cabe portanto entender profundamente o sentido dessa arbitrariedade na visão dos juízes para que se possa prova-la e ter o tal direito a indenização. Assim existem alguns julgados.

Ementa

Ementa: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL.

1. Tese afirmada em repercussão geral: na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de *arbitrariedade flagrante*. 2. Recurso extraordinário provido.

Tema

671 - Direito de candidatos aprovados em concurso público a indenização por danos materiais em razão de alegada demora na nomeação, efetivada apenas após o trânsito em julgado de decisão judicial que reconheceu o direito à investidura.

Tese

Na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus à indenização sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de *arbitrariedade flagrante*.

Decisão

Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que desprovia o recurso, nos termos do seu voto, no que foi acompanhado pelo Ministro Luiz Fux, e os votos dos Ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli, que davam provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Falou pela União a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral do Contencioso da Advocacia Geral da União. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 23.10.2014. Decisão: O Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Luiz Fux, apreciando a tese 671 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, assentando-se a tese de que, na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus à indenização sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de *arbitrariedade flagrante*. Redigirá o acórdão o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participando do Congresso Internacional “Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Garantía de los Derechos Humanos”, realizado em Barcelona, Espanha. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 26.02.2015.

(REsp 1238344/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 30/11/2017, DJe 19/12/2017)

Como se vê, é comum que os advogados solicitem indenização pela falta de convocação dos candidatos e a flagrante arbitrariedade é o principal fundamento deles, mas que assim como este julgado sofre dificuldades para ser provado e por isso se torna muito difícil esta indenização. Existe também este posicionamento de 2015 do ministro Sérgio Kukina que demonstra, como regra geral, a inexistência indenização dos candidatos tardiamente nomeados. Sendo assim só tem direito a receber a indenização se provado de alguma forma flagrante arbitrariedade (erros grosseiros, enrolação do gestor por não gostar da pessoa, etc) caso que de alguma forma seja notório que existiu seja erro ou má vontade do

gestor em nomear o candidato.

2.2 A Forma de Seleção

A forma de seleção utilizada nos concursos públicos são as provas ou de provas e títulos, considerando a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, e, de acordo como edital, possui validade de até dois anos, podendo ser menos que dois anos, prorrogável por igual período e esta prorrogação deve constar em edital.

Os candidatos aprovados nas vagas previstas em edital são os que figuram dentro das vagas e os que ficam fora dessa lista aprovados, contudo formam uma lista de espera chamado cadastro de reserva. De acordo com Hely Lopes Meirelles, o concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração para obter-se a moralidade, a eficiência, o aperfeiçoamento do serviço público, e, ao mesmo tempo, propiciar oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei.

Depois da aprovação em concurso, os candidatos aprovados figuram esta lista que Alves (2021, p.42) ressalta que precisa ser seguida na ordem, e na hipótese da nomeação ser realizada com preterição, ou seja, se a Administração pular o 1º colocado e chamar o 10º, a mera expectativa de um cadastro de reserva se convola em direito subjetivo, e não se configura a preterição caso o chamamento seja feito por ordem judicial conforme (ARE nº 869.153-AgR). Este agravo fala em seu conteúdo quando proferida decisão judicial não será considerado desrespeito à ordem de classificação

O cargo público é por muitos conceituado como uma competência que deve ser preenchida por uma pessoa jurídica, uns dos autores que defende esta ideia explica que eles são criados por lei e possuem denominação específica e quantidade certa (SENA, 2021).

Neste contexto o entendimento é que para se obter o cargo público deve-se ser pelo regime estatutário não se confundindo portanto com o Agente Público que pode aparecer de várias formas inclusive não receber quaisquer remunerações como ele mesmo explica o exemplo do agente honorífico.

Em outra vertente, quando se pensa em convocação em direito subjetivo, Alves (2021, p. 42) entende que parte da matéria tem se pacificado no STF principalmente em se tratando de preterição, este tribunal aprovou a tese de repercussão geral, convocando a mera expectativa do cadastro de reserva em direito subjetivo quando: o surgimento de novas vagas e acontecer a abertura de novo concurso para o mesmo cargo durante a validade do certame anterior. Mas para isso é preciso ser demonstrada a preterição arbitrária e imotivada por parte

da Administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público que seja capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação que deve ser mostrada de forma cabal pelo candidato. Porém, se não acontecendo a arbitrariedade e sua comprovação cabal, o candidato não tem obtido o direito subjetivo.

Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público tem surgido mediante controvérsias, a forma cabal sugerida pelo jurista na decisão denota significância muito complicada de se entender em sua semântica, no dicionário Priberam online (2021) a definição de cabal é: “a que não falta nada; que é ou está como deve ser; completo”. Portanto, não fica muito claro como esta comprovação cabal se figura para que seja completa.

Quanto ao entendimento dos tribunais, em seu livro, Alves (2021, p. 43) afirma que durante a validade do concurso, a Administração estará livre para escolher quando realizará nomeação, contudo não pode dispor sobre a própria nomeação, tendo assim que respeitar a ordem de aprovação conforme previsão do edital, chamando assim os melhores colocados primeiro, sendo ainda isso um dever imposto ao Poder Público. Desse modo, quando publicado o edital do concurso com número específico de vagas, este ato cria um dever irreversível de nomeação para a própria Administração conforme o entendimento do STF por ocasião do julgamento do RE nº 598.099 em 10-8-2011,

No âmbito do entendimento tanto das leis como julgados é preciso ter atenção quanto a interpretação dos textos legais e a hermenêutica jurídica referente a estes textos, pois é sumariamente relevante que estejam relacionados com o atual, dentro deste entendimento Costa (2017, p.125) ainda afirma que a interpretação precisa ser contemporânea, seguindo os preceitos da sociedade a qual está inserida.

O concurso é a uma forma profissional, técnica e de tal forma meritocrática que possibilita a Administração atingir alguns de seus resultados previstos para que seja possível atender aos requisitos de moralidade, eficiência, aperfeiçoamento público e ao mesmo tempo disponibilizar oportunidades aos que possuam os perfis para os citados concursos Esse entendimento de (MEIRELES, 2020) é crucial para que os Servidores Públicos possam trabalhar sem sofrer as influencias políticas, a meritocracia, portanto, colabora para o equilíbrio na gestão pública.

Ademais, tentando pacificar a matéria, o Supremo fixou tese de repercussão geral, no sentido de entender que o aprovado em concurso, desde que dentro do número de vagas expresso no edital adquire direito subjetivo à nomeação e quando vencido o concurso e não chamado tem um direito violado.

Um dos princípios mais relevantes é o da eficiência ele é o responsável por fazer com que o serviço ao cidadão seja presta da melhor forma possível ele baseia-se em produzir bem com qualidade e com menos gastos. Sendo para (CARVALHO, 2021), primordial, a realização deste serviço com presteza, e, desempenho satisfatório.

O aprovado fora do número de vagas, segundo o (RE nº 946.425), também tem, em dados momentos, direito à nomeação, Alves (2021, p.44) conceitua muito bem a tese de que quando ocorrem desistências de candidatos, relacionados logo a frente deles durante o prazo de validade do concurso eles passam automaticamente a figurar dentro das vagas.

Contudo, o STF tem assentado o entendimento de que o cadastro de reserva é mero detentor de expectativa de direito a nomeação, dessa forma Alves (2021 p. 44) observa que esse entendimento do STF teria como fundamento a proteção financeira da Administração Pública, e ainda sob o fundamento da liberdade de gerenciamento dado pela discricionariedade prevista em lei, reforçando ainda a possibilidade de engessamento dos seus recursos financeiro com pessoal. Surgindo a figura do discricionário e do vinculado.

Neste diapasão, a lei define duas forma de atuação da pessoa na Administração Pública, uma delas é a vinculada que se trata daquela prevista em lei e que necessita ser seguida da forma que está prevista, por outro lado, o poder discricionário se trata de uma permissão concedida em dados momentos prevista por lei para a qual o Administrador Público é permitido decidir dentro de uma margem de escolha, isso é chamado de discricionariedade. De acordo com (HIGA, 2018) diante de determinada circunstância, é possível escolher uma dentre várias soluções possíveis e todas devem estar amparadas pela norma jurídica.

Surgiu então, em 2013, um caso em tese, STJ - MS 19884 / DF 2013/0065812-0 ele gerou um acórdão de votação unânime relatado pelo Ministro Mauro Campbell. Trata-se da nomeação de uma candidato aprovado no concurso do MTE 2008 que em virtude do falecimento de um servidor do quadro efetivo de um concurso antigo bem anterior a este de 2008, permitiu o entendimento do tribunal de que o candidato classificado em 4º lugar em lista de espera tenha tido considerado a convocação do direito subjetivo a nomeação.

Embora legitimada pelo STJ a tese ainda precisa ser amplamente discutida, pois como visto na RE nº 598.099 em 10-8-2011 e RE nº 946.425. Os juízes tem tomado decisões no sentido de dar discricionariedade à Administração para tomar suas decisões e não tem nomeado candidatos como fez com este caso de Mossoró.

O contexto da discussão da expectativa de convocação do direito subjetivo, tem se mostrado sujeito a mudanças em todos os sentidos, a Administração desde o início da instalação da CASP já tentava promover uma melhoria na qualidade do serviço. Tudo isso

evidência que o patrimonialismo ainda tem conseguido espaço no meio público e precisa ser combatido.

Nota-se portanto que a discussão quando a convolação do direito subjetivo apresenta-se bastante acalorada, com posições incertas, decisões firmadas, consolidadas, repercutidas e inovadas. Trazendo à baila a necessidade de discussões para enriquecer e possibilitar o melhor juízo na decisão a ser tomada neste sentido no futuro.

2.3 O Concurso e o Cadastro de Reserva.

Ao aprofundar o tema cadastros de reserva é preciso trazer o entendimento de grandes juristas como é o caso de Maria Sylvia Di Pietro: que conceitua o Direito Administrativo como ramo do direito público que tem por objeto órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, e ressalta a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.

Noutra via, ao se falar de concurso e de forma específica do cadastro de reserva, ALVES 2021 p. 42 consolida o conceito afirmando que uma das formas de ingresso no serviço público é o concurso público, através dele se investe em cargo público sobre o regime estatutário para órgãos, autarquias e fundações pública ou de empregado público para empresas públicas e sociedades de economia mista.

Sendo a seleção feita por meio de provas ou de provas e títulos, considerando a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, e, de acordo como edital, possui validade de até dois anos, podendo ser menos que dois anos, prorrogável por igual período e esta prorrogação deve constar em edital. Os candidatos aprovados nas vagas prevista em edital são os que figuram dentro das vagas e os que ficam fora dessa lista aprovados, contudo formam uma lista de espera chamado cadastro de reserva.

Depois da aprovação em concurso, os candidatos aprovados figuram esta lista que Segundo ALVES 2021 p.42 precisa ser seguida na ordem, e na hipótese da nomeação ser realizada com preterição, ou seja, se a Administração pular o 1º colocado e chamar o 10º, a mera expectativa de um cadastro de reserva se convola em direito subjetivo, e não se configura a preterição caso o chamamento seja feito por ordem judicial conforme (ARE nº 869.153-AgR). Este agravo fala em seu conteúdo quando proferida decisão judicial não será considerado desrespeito à ordem de classificação .

Segundo o TCU, o aproveitamento de candidatos aprovados em concursos públicos

por outros órgãos e entidades se apresenta diante de três possibilidades: (i) requer previsão expressa no edital do concurso de onde serão aproveitados os candidatos; (ii) deve observar a ordem de classificação, a finalidade ou a destinação prevista no edital; (iii)

Tem-se ainda um conceito importante sobre cargo público descrito por SENA 2021 que explica o cargo público como uma unidade de competência ofertada por uma pessoa jurídica de direito público e ocupada por uma agente público. Sendo criados por lei com denominação específica e quantidade certa, e regidos por um regime estatutário. Relação essa que permita que sejam alterados unilateralmente pela pessoa jurídica que a criou. Existindo hipóteses de provimento efetivo ou em comissão.

Diante do apresentado, se torna notória a importância do cadastro de reserva no âmbito da seleção nos concursos.

2.4 Decisões Favoráveis a Convolação do Direito Subjetivo.

Em outra vertente, quando se pensa em convolação em direito subjetivo, pode-se encontrar algumas movimentações no sentido da convolação em direito subjetivo conforme afirma ALVES 2021 p. 42 a matéria tem se pacificado no STF principalmente em se tratando de preterição, este tribunal aprovou a tese de repercussão geral, convolvando a mera expectativa do cadastro de reserva em direito subjetivo quando o surgimento de novas vagas ou a acontecer a abertura de novo concurso para o mesmo cargo durante a validade do certame anterior. Como ainda precisa se demonstrada a preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público que seja capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação que deve ser mostrada de forma cabal pelo candidato. Porém, se não acontecendo a arbitrariedade e sua comprovação cabal, o candidato não tem obtido o direito subjetivo.

Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público tem surgido mediante controvérsias, a forma cabal sugerida pelo jurista na decisão denota significância muito complicada de se entender em sua semântica, no dicionário Priberam da língua portuguesa 2021 a definição de cabal é: a que não falta nada; ou que é ou está como deve ser; completo. Portanto, não fica muito claro como esta comprovação cabal se figura para que seja completa.

2.5 Provas da Existência de Vacância

Uma das dificuldades a serem superadas pelos candidatos que almejam serem chamados em concurso é a prova de existência de vacância. Quando publicado o edital do concurso com número específico de vagas, este ato cria um dever irreversível de nomeação para a própria Administração conforme o entendimento do STF por ocasião do julgamento do RE nº 598.099 em 10-8-2011. Quanto ao entendimento dos tribunais, em seu livro, ALVES 2021 p. 43 afirma que durante a validade do concurso, a Administração estará livre para escolher quando realizará nomeação, contudo não pode dispor sobre a própria nomeação, tendo assim que respeitar a ordem de aprovação conforme previsão do edital, chamando assim os melhores colocados primeiro, sendo ainda isso um dever imposto ao Poder Público.

Ao falar dos diversos entendimentos é importante trazer à bailas os conceitos de interpretação de MORAES MELLO 2018 p. 13 “A tarefa fundamental da filosofia heideggeriana é captar o sentido do ser como velamento e desvelamento por meio de um método e horizonte adequados. Nesse sentido, o método adequado será a fenomenologia delineada em Ser e Tempo no horizonte heideggeriano na temporalidade.” ou seja o entendimento depende de seu sentido em determinada época e determinada cultura, o entendimento sobre o direito do cadastro de reserva vem evoluindo e muitas situações já são consideradas direito líquido e certo, assim como outras já são consideradas mera expectativa.

Diante desse espectro reforça COSTA 2017 p.125 "Veremos principalmente em Gadamer (2007), que toda compreensão é interpretativa e, como tal, é compreensão hermenêutica no cenário contemporâneo.

E no cenário contemporâneo a Administração Pública tem procurado ser mais prática e efetiva inclusive foi instalado na constituição de 1988 no artigo 37 artigos que versão sobre essas características na Administração Pública, como é o caso da Eficiência. Carvalho (2021) descreve, da seguinte maneira, o princípio da eficiência: “Eficiência é produzir bem, com qualidade e com menos gastos. Uma atuação eficiente da atividade administrativa é aquela realizada com presteza, e, acima de tudo, um bom desempenho...” com isso, o cadastro de reserva é um grande facilitador da aplicação do princípio da eficiência, ora, aproveitar um processo já feito para mais rapidamente contratar gente qualificada sem gastos são boas vantagens a serem consideradas.

Entrando de forma mais profunda, tentando pacificar a matéria, o Supremo fixou tese de repercussão geral, no sentido de entender que o aprovado em concurso, desde que dentro do número de vagas expresso no edital adquiri direito subjetivo à nomeação e quando vencido o concurso e não chamado tem um direito violado.

No recurso administrativo (RE nº 946.425) é ressaltada a tese de ALVES 2021 p.44

que ainda afirma que o aprovado fora do número de vagas também tem, em dados momentos, direito à nomeação, quando ocorrem desistências de candidatos a sua frente durante o concurso e por isso ele passe automaticamente a figurar dentro das vagas. Contudo, ALVES 2021 p.44 observa que o STF tem assentado o entendimento de que o cadastro de reserva é mero detentor de expectativa de direito a nomeação.

Isso para proteger a Administração, sob o fundamento da liberdade de gerenciamento dado pela discricionariedade prevista em lei e ainda para não ter engessado os seus recursos financeiro com pessoal. HIGA 2018 entende que "O poder vinculado (ou a chamada competência vinculada) ocorre quando a autoridade é obrigada a tomar uma posição determinada, já previamente estabelecida pela norma jurídica, não lhe oferecendo alternativas.

Assim, haverá apenas uma solução. Já o poder discricionários refere-se a uma faculdade conferida à autoridade, para que ela, diante de determinada circunstância, possa escolher uma dentre várias soluções possíveis (todas amparadas pela norma jurídica)." diante deste conceito, é possível metaforizar o entendimento para melhor compreensão, sendo o Presidente como um "Dono de um empresa", o Ministro da Economia "Como um gerente geral com um procuração", e os Diretores das Autarquias ou Demais ministros " Como gerentes departamentais" esses Diretores e Ministros identificariam as necessidades de seus Órgãos ou Autarquias "Departamentos" e enviaria para o "Dono" ou "Gerente Geral" a solicitação que pode ser negada e aprovada, sendo aprovada retorna ao Diretor ou Ministro a autorização para convocações.

Isso demonstra não basta apenas a vontade do diretor para que se caracterize o desejo da Administração em nomear um candidato, mas a aprovação do Presidente ou Ministro da Economia e Planejamento, para que seja demonstrado efetivamente o desejo da Administração.

Ora, se qualquer pessoa da Administração que tivesse o desejo de contratar alguém gerasse o direito a nomeação de um excedente, bastaria que um auxiliar do RH demonstrasse esse desejo que o candidato já poderia entrar com um mandado de segurança e seria nomeado. Contudo isso seria uma grande bagunça e a Administração Pública instalou a burocracia justamente para se organizar, pena ela ter se tornado um problema com suas disfunções.

2.6 As Inovações Ideológicas.

Algumas decisões tem surgindo seguindo via diferente ao entendimento da maioria dos tribunais, essas decisões podem ser responsáveis pelo início de mudança de pensamento

tanto social como do Juristas, por isso elas merecem atenção e um exemplo disso surgiu em 2013, o caso em tese STJ - MS 19884 / DF 2013/0065812-0 que gerou um acórdão de votação unânime relatado pelo Ministro Mauro Campbell que trata da nomeação de uma candidato aprovado no concurso do MTE 2008 que em virtude do falecimento de um servidor do quadro efetivo de um concurso antigo bem anterior a este de 2008, abriu a brecha que o entendimento do tribunal de que o candidato classificado em 4º lugar em lista de espera tenha tido considerado a convocação do direito subjetivo e sua consequente nomeação.

Embora legitimada pelo STJ a tese ainda precisa ser amplamente discutida, pois como visto na RE nº 598.099 em 10-8-2011 e RE nº 946.425. Os juízes tem tomado decisões no sentido de dar discricionariedade à Administração para tomar suas decisões e não tem nomeado candidatos como fez com este caso de Mossoró.

Nota-se portanto que a discussão quando a convocação do direito subjetivo apresenta-se bastante acalorada, com posições incertas, decisões firmadas, consolidadas, repercutidas e inovadas. Trazendo à baila a necessidade de discussões para enriquecer e possibilitar o melhor juízo na decisão a ser tomada neste sentido no futuro.

3. A ANÁLISE DOS JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO PERÍODO DE 01 DE JANEIRO DE 2020 A 30 DE ABRIL DE 2022

Este capítulo será importante pois nele serão analisados acórdãos e decisões monocráticas que foram proferidas pelo STJ entre 01 de Janeiro de 2016 e 30 de Abril de 2022, relacionadas a nomeação de cadastro de reserva em concursos públicos e posteriormente serão analisados casos de inovação jurídica de 01 de Janeiro de 2016 a 30 de Abril de 2022.

3.1 Julgados com o tema: nomeação de cadastro de reserva

De início será debatido o RMS 67097 /SP, nesse julgado o candidato entrou com o mandado de segurança porque entendia que tinha direito a nomeação por ser o próximo da fila de espera e durante a validade do concurso ocorreu uma exoneração. De fato ele teria direito de acordo com RE 837.311-RG (TEMA 784) item 3 - Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do concurso . No caso em si a pessoa que foi exonerada havia ficado em 3º lugar do mesmo concurso, sendo assim óbvio que essa vaga então fosse preenchida pelo próximo que era ele porém ficou aguardando ser chamado e não foi e ainda teve seu mandado de segurança indeferido.

O motivo do indeferimento tem haver com a não produção correta de provas já que na decisão foi explicado pelo julgado que existia a insuficiência do acervo probatório colacionado aos autos, então não se constatou ofensa a direito líquido e certo e por isso foi desprovido. Como pode se ver neste processo um dos motivos do indeferimento dos processos é a dificuldade em produzir provas, este trecho em especial explica com mais clareza como o Juiz espera que as provas sejam apresentadas a elementos:

“a prova documental carreada aos autos não oferece razoável certeza quanto aos fatos alegados. Ao contrário, o exame do acervo probatório autoriza a segura conclusão de que: a) a Administração nomeou candidatos para suprir todas as dez vagas anunciadas no instrumento convocatório e, posteriormente, outras tantas, em razão de aparente necessidade verificada nos anos que se seguiram à homologação do concurso; b) a ordem de classificação foi respeitada; c) não ocorreu preterição de aprovados. Logo, o Poder Público se desincumbiu do ônus de convocar e nomear tantos candidatos aprovados quantos eram os postos de trabalho anunciados no edital, em rigoroso respeito à ordem de classificação. Daí não se descortinar, no agir administrativo, indícios de ilegalidade ou de abuso de poder.”

Neste caso a corte gostaria que fosse provada a preterição, ou seja, que se demonstrasse que candidato que estava atrás dele na lista de espera fosse chamado para ele obter o direito líquido e certo, mas não demonstrou isso. Além disso a demonstração da nomeação das vagas até chegar a posição anterior a dele no concurso apenas serviu para demonstrar a discricionariedade da Administração, que se trata de uma oportunidade de chamar o candidato quando a Administração quiser.

Todavia, o caso apresentado não precisava de se comprovar este tipo de situação, já que o terceiro colocado que foi exonerado era do próprio concurso deveria então o julgado cumprir a regra do RE 837.311-RG (TEMA 784) item 3 e chamasse o candidato. Não faz o menor sentido a exigência feita pelo tribunal.

Percebe-se na explicação do tribunal que confunde a discricionariedade que tem de nomear quando quiser, com o direito que o cidadão já havia adquirido quando surgiu nova vaga durante o andamento do concurso. Totalmente descabida a decisão do tribunal. No item “a) a Administração nomeou candidatos para suprir todas as dez vagas anunciadas no instrumento convocatório e, posteriormente, outras tantas, em razão de aparente necessidade verificada nos anos que se seguiram à homologação do concurso;” Não faz sentido o que foi feito pelo tribunal, deve -se fazer a separação das vagas prevista na publicação do edital, das que foram criadas já depois do concurso homologado.

Ora se durante a validade do concurso foi aprovado pelo MPOG novas vagas pela Administração, essas vagas não se confundem com a vaga que a qual o rapaz concorria. Se a

instituição resolver chamar tantos candidatos quanto foram aprovadas as vagas e ainda sim restou aquela vaga do 3º colocado vaga e seria ele o próximo a ser chamado, com certeza ele tem direito líquido e certo a nomeação. Mesmo assim, diante de tudo que foi apresentado os julgadores tem equivocadamente usando do argumento da discricionariedade da Administração chegando ao ponto de ficar impossível entender o limite em que pode chegar.

Como se analisa neste trabalho a decisão e não os autos, a aparência é que o candidato teria o direito e não conseguiu reunir as provas corretamente, e nesse momento entra-se no no arcabouço do que os juízes tem entendido como prova para os requisitos do RE 837.311-RG (TEMA 784) item 3.

Este recurso destaca três possibilidades:

- 1– Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;
- 2 – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação;
- 3 – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração nos termos acima.

O item 1 é claro no sentido de que se eram previstas vagas no edital elas não podem ser frustradas e devem ser preenchidas em que pese AREsp 1882633 “mesmo o o concurso tendo expirado sem o preenchimento de todas as vagas ofertadas no edital, é possível a nomeação de candidato aprovado em concurso, mesmo fora da ordem de classificação por determinação judicial.” . Ora, se um concurso prevê 10 vagas e o 10º Colocado desiste a Administração precisa preencher esta vaga porque ela se trata de uma destas 10 vagas então é direito do 11º que está no cadastro de reserva ser chamado. Mas ainda sim existem julgadores que fazem confusão e mistura seus argumentos com os outros dois previstos nesse recurso como foi o caso do RMS 67097 /SP.

Em se tratando do item 2 aparece a preterição por inobservância de ordem de classificação, que em outras palavras se trata da Administração pular a ordem de classificação deixando, por exemplo, de chamar o 11º colocado e chamando o 18º. Os tribunais tem consolidado suas decisões no sentido de reconhecer a preterição.

O item 3 é o bastante polêmico e abre brecha para diversas discussões. Pois exige dois pré-requisitos para ser cumprido (o primeiro surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior), portanto se surgirem novas vagas ou se for aberto novo concurso está caracterizado o primeiro requisito restando agora o segundo (e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração

nos termos acima) para falar desse tema é importante citar o conceito de preterição de acordo com o dicionário Priberam “ação ou efeito de deixar de lado, desprezar, omitir; omissão, esquecimento.” que também segundo o dicionário Priberam deriva da palavra arbítrio que se trata de sinônimo da palavra vontade. Com esse conceitos expostos se conclui que a preterição arbitrária é o desprezo, omissão ou esquecimento de nomeação de candidato de acordo com a vontade de uma pessoa, desconsiderando a lei. Sendo assim sempre que um gestor deixa de nomear um candidato desrespeitando a lei ele está sendo arbitrário ou seja fazendo conforme sua vontade e não conforme a lei.

Ainda segundo o dicionário Priberam a palavra imotivada significa não motivada ou não motivação ou sem motivos. Com isso temos a frase “ e ocorrer a preterição de candidato de forma arbitrária e imotivada” podendo ser escrita como “a Administração por desprezo, omissão ou esquecimento da Administração agindo sem motivos ou de acordo com sua vontade deixar de nomear candidato”

Um exemplo de como pode ser complexo fazer interpretar o item 3 é o AgInt no AREsp 1972307 mesmo tendo demonstrado a existência de contratação temporária, não foi demonstrado prova suficiente, porque o julgador entendeu que deveria ser uma contratação temporária ilegal como segue:

“Assim, a contratação temporária de terceiros não constitui, pura e simplesmente, ato ilegal - nem é indicativo da existência de cargo vago, para o qual há candidatos aprovados em cadastro reserva -, devendo ser comprovada, pelo candidato, a ilegalidade da contratação ou a existência de cargos vagos”
AgInt no AREsp 1972307 (DECISÃO MONOCRÁTICA) Ministro HERMAN BENJAMIN DJe 01/02/2022

Esse acórdão trata também da contratação precária, e terceirização, ficando devidamente demonstrado que a intenção dos Julgadores é respeitar a vontade da Administração fazer uso da lei de terceirização, deixando claro que a contratação de terceiros não constitui, pura e simplesmente, ato ilegal - nem é indicativo da existência de cargo vago, para o qual há candidatos aprovados em cadastro reserva, devendo ser comprovada, pelo candidato, a ilegalidade da contratação ou a existência de cargos vagos". Isso mostra que os julgadores preferem que a Administração contrate terceirizado para os cargos tipicamente de carreira estatutária, o que soa estranho já que a terceirização é autorizada na Administração Pública para funções de apoio.

“...O pleito da autora apenas poderia ser reconhecido, convolvendo-se em direito, se tivesse comprovado nos autos que a Administração Pública agiu com irregularidade, preterindo sua posição, chamando candidatos que passaram em

posição superior à sua **ou efetuando contratações temporárias, para o mesmo cargo, em número suficiente a alcançar sua classificação.** Isso porque a realização de novo concurso, a contratação temporária e a criação de novas vagas são permitidas pelo ordenamento, não significando que com isso o candidato aprovado tenha o direito de ser nomeado...” Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.12.2015. STF RE 837.311/PI, tese de repercussão geral. O tema 784.

Existiria assim a possibilidade da convocação em direito subjetivo, mas é exigido a comprovação da irregularidade da Administração que ocorre com a preterição da posição. Pelo teor da decisão o autor da ação citou contratações temporárias como justificativa da convocação e casos como esse não tem sido aceitos tão facilmente como direito líquido e certo, justamente, porque a realização de novo concurso, a contratação temporária e a criação de novas vagas são permitidas pelo ordenamento.

Ao mesmo tempo que a tese 784 fixou 3 ocasiões de convocação do direito subjetivo, a sua existência causa o efeito de restringir o leque de oportunidades da convocação, tanto o primeiro como segundo acórdão julgado tem em comum a discricionariedade da Administração Pública que apoiada desta tese tem julgado contra a convocação do direito. Isso pode ser percebido também em outros casos.

Outra decisão para ser tratada é AgInt no AREsp 1744941 / RJ que trata do assunto contratação temporária que é expressa no art. 37, IX, da Constituição; esse artigo fala que uma leis serão criadas para tratar a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público e regida pela lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993.

No caso em questão os autores pretendiam, a nomeação e posse no cargo de Engenheiro de Produção Junior. Alegaram que foram aprovados no concurso público e que não foram convocados para prosseguimento, mesmo existindo a contratação de profissionais terceirizados.

A resposta do tribunal foi que a decisão está consoante o entendimento do STJ, firmado em consonância com a jurisprudência do STF, na decisão é afirmado que a contratação temporária de terceiros não constitui, pura e simplesmente, ato ilegal, nem é indicativo da existência de cargo vago, devendo ser comprovada, pelo candidato, a ilegalidade da contratação, essa ilegalidade se trata de alguma desobediência a essa própria lei de 8.745, art 2º. VI, itens a e n que versam sobre encargos temporários de engenharia nas Forças Armadas ou na construção ou reforma de Presídios.

O cargo em questão era de Engenheiro de Produção Junior, portanto nenhuma relação teria com esta lei e realmente percebesse um equívoco desta corte, pois existe aqui

uma total ilegalidade, não há previsão legal de contratação temporária de Engenheiro de Produção , os únicos casos autorizados em lei são para construção Civil, logo se consubstancia em preterição arbitrária e imotivada e “sim” os candidatos atingem um dos quesitos do item 3 RE 837.311-RG (TEMA 784) e para ter direito a serem nomeados basta o cumprimento do segundo quesito.

“VERDADE é uma só e está INCONTROVERSA nos autos. Os Recorrentes se submeteram ao concurso público realizado pela Recorrida e foram aprovados no cadastro de reserva. Durante o prazo de validade do concurso, a PETROBRAS contratou terceirizados, limitando-se apenas a dizer ser legítima a contratação destes, para realizar a mesma função de engenheiro de produção para a qual os Demandantes foram aprovados. Isto é, a Petrobrás não nega as contratações. Afinal, esta é a verdade dos autos. Agir contrariamente a esta premissa é o mesmo que agir de má-fé, contrariando a publicidade destas contratações.” AREsp 1744941 Ministra ASSUSETE MAGALHÃES 01/12/2020

Perceba que foi demonstrado nos autos arbitrariedade da Administração, porém faltou no caso o surgimento de novas vagas ou a criação de novo concurso. Como se enquadra no caso item 3 RE 837.311-RG (TEMA 784), sendo deveria ter sido demonstrado as duas situações juntas para que eles fossem nomeados e nesse caso só se demonstrou que a empresa do caso a Petrobrás, estava com um plano de demissão voluntária de mais de 10 mil funcionários.

É importante destacar que no acórdão AREsp 1744941 explicou o que se tem que fazer para comprovar o direito presente nos item 3 RE 837.311-RG (TEMA 784):

“o candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, em razão de possuir mera expectativa de direito à nomeação, **deve demonstrar a existência de cargo efetivo vago e que a quantidade de contratações precárias irregulares foi suficiente para alcançar a classificação obtida pela recorrente**, de modo a possibilitar a análise da alegada preterição, haja vista a vedação de dilação probatória na via mandamental. “AREsp 1744941 Ministra ASSUSETE MAGALHÃES 01/12/2020

É oportuno mencionar que a corte , ao analisar a controvérsia, asseverou que é inoportuno o novo pedido de provas, haja vista que o momento adequado para juntada dos documentos necessários à comprovação do fato constitutivo do direito alegado era o da propositura da demanda, assim é evidenciado os problemas referentes a produção de provas, elas precisam ser pré-constituídas e qualquer erro na demonstração da prova no momento da propositura da ação, já pode ocasionar o indeferimento do pedido, mesmo que de fato o candidato possua o direito, mas que na formalidade não se foi comprovada.

A Administração tem sido firme no sentido de seguir o tema 784 e não admitir a

preterição simplesmente pela contratação de temporários, mas a sendo ainda necessário comprovar a preterição do candidato.

3.2 Inovações

Sobre as inovações é importante levantar destaque à alguma situações as quais as decisões dos magistrados não foram consoantes a maioria dos julgadores . o RE nos EDcl no RMS 060765 trata de um mandado de segurança o qual ocorreu a inovação da causa de pedir trata-se do pedido de convocação da mera expectativa em direito subjetivo baseado na premissa da possibilidade de extinção do cargo.

O julgador no caso pronunciou-se no sentido de que “O encaminhamento de projeto de lei para a extinção de cargos públicos não induz o direito à nomeação por candidato aprovado em cadastro de reserva, menos ainda quando não expirado o prazo de validade do certame e quando remanescente um contingente de cargos vagos.”

A tese até parece se encaixar com as premissas do *fumus boni iuris* no português a fumaça do bom direito, pela situação apresentar a possibilidade da perda total da possibilidade de ingresso do candidato naquela vaga extinta. Contudo o argumento destoa das premissas do STF TEMA 784 e de uma infinidade de decisões proferidas nesse sentido. Além disso a Administração Pública é permitida por lei a extinção de cargos por lei, sendo assim não existe regularidade.

Por último o caso apresentado no REsp 1352607 quem a candidata nomeada Em 19 de dezembro de 2008 a UFS, por meio da Portaria n° 1.768, juntamente com a candidata que ficou na 12a colocação. E a Administração Pública, no dia 23 de dezembro, por meio da Portaria n° 1.791, voltou atrás revogou a nomeação da autora, sob a alegação de que recebeu suposto comunicado do Ministério da Educação no sentido que teria autorizado apenas 01 (uma) nomeação, sem haver comprovado tal alegação.

E mesmo à Administração Pública tento o poder, de anular seus próprios atos quando eivados de ilegalidade, ou revogá-lo por questões de conveniência, verifica-se que, na hipótese, a Universidade não demonstrou os motivos determinantes do ato praticado,

Foi assim, impôs a anulação do ato da Administração que revogou a nomeação da autora e o reconhecimento do direito da demandante à investidura no cargo pretendido, com efeitos retroativos desde a data da sua publicação.

CONCLUSÃO

Foram realizadas leituras em várias decisões e muitas se repetiram por isso foram trazidas a este trabalho algumas que representavam o conteúdo a ser estudado de forma suficiente. Os casos de inovação que inicialmente se imaginava existir grandes quantidades, na verdade se mostrar exceções e foram difíceis de serem localizados.

Referente a convocação do direito subjetivos do candidato classificado no cadastro de reserva em concursos públicos o eixo chave tem sido o RE 837.311-RG (TEMA 784) que cita três maneiras para que o candidato na situação do cadastro de reserva tenha convertido a expectativa em direito subjetivo que são: 1– Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2 – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; 3 – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração nos termos acima.

A primeira hipótese em si não se trata de um candidato em cadastro de reserva, mas de um aprovado dentro do número de vagas que tem direito a ingressar na instituição mesmo após vencido o concurso e esse direito é tão evidente que mesmo sem previsão orçamentária o candidato deve ser obrigatoriamente nomeado.

O item dois promove a meritocracia não permitindo que os candidatos com melhores classificações sejam chamados primeiros, sendo assim ocorrer da Administração pular algum candidato no chamamento, ele passa a ter diretamente direito subjetivo a nomeação não necessitando de mais nenhuma evidencia, mesmo que a Administração não possua distinção orçamentária o direito já é adquirido.

Por fim, o item três é o mais complexo e discutido nos tribunais, isso porque a palavra preterição arbitrária é genérica e permite discussões em mais de uma hipóteses, como por exemplo, por contratação temporária, terceirização ou ainda omissão do Administrador Público, e outras possibilidades poderiam abrir mais páginas para este estudo. Em especial, esse item exigem dois pré-requisitos para a convocação do direito subjetivo que se trata de surgimento de novas vagas (ou novo concurso) e preterição arbitrária e imotivada.

A maioria dos casos estudados que se encaixaram no item três apresentam semelhanças nos indeferimentos muitas vezes os candidatos provavam apenas um desses requisitos, por vezes apenas preterição arbitrária, por outras apenas a existência de novas vagas. O que tornou-se insuficiente a convocação do direito subjetivo.

Por outras vezes foi possível perceber a dificuldade do candidato em provar, por exemplo, que a contratação de terceirizados ou de temporários era ilegal no caso do RMS

67097 /SP foi levantada essa questão e ainda se tornou evidente a confusão do julgador no sentido de não nomear o candidato em vista da evidente comprovação de vacância dentro do mesmo concurso o que de acordo com o AREsp 1882633 que prevê o direito a nomeação nos casos em que surgirem vagas dentro do mesmo concurso.

Foi percebido também neste trabalho, uma tendência dos tribunais a preservarem o direito a discricionariedade da Administração, que precisa ser tratado com maior rigidez, haja vista a Administração possa ter liberdade para fazer algumas coisas, isso deve estar limitado ao que a lei permite, e nesses pontos justamente quando são tocados no que tange a preterição arbitrária e imotivada são muitas vezes difíceis de produzir provas, sendo que no caso tenha na prática total aparência de preterição a produção de evidências se torna quase que impossível.

Para finalizar, em relação as possibilidades inovadoras, poucos são os casos que o candidato teve seu direito adquirido por decisões diferentes do que está apresentado no RE871.311 PI de repercussão geral que originou o Tema 784 sendo este o principal responsável pela convolação do direito subjetivo, por outro lado em se tratando da não de convolação da mera expectativa em direito subjetivo, os grandes desafios tem sido a produção de provas cabais, e real existência de irregularidade do ato, pois mesmo nos casos de terceirização e de contrato temporários, há hipóteses em que a lei permite e assim não há que se falar em preterição arbitrária e imotivada, consubstanciando tudo isso para a tese final de que os tribunais tem seguido uma padrão determinado pelo RE871.311 PI e que a produção de provas tem sido o principal impecílio para a consagração da convolação do direito subjetivo, seja por ela ser de difícil comprovação, inobservância do advogado ao produzir o mandado de segurança ou por realmente não existir um fato que convole o direito e assim não sendo possível a produção da prova.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da união, das autarquias e das fundações públicas federais.** Brasília,DF, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm> : Acesso em 10 set 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Brasília,DF, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> : Acesso em 10 set 2021.

SÚMULA Nº 15. In: _____ Súmulas. Brasília. **Supremo Tribunal Federal**, 1964.

Disponível em :< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1456>> Acesso em 12 set 2021.

SUMULA Nº 266. In: _____ Súmulas. Brasília. **Superior Tribunal Justiça**, DJ 29.05.2002, p.135. Disponível em :< https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula266.pdf> Acesso em 16 de out 2021.

RE nº 598.099 em 10-8-2011. In: _____Jurisprudências. Brasília. **Superior Tribunal Justiça**, Disponível em :< <https://scon.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em 16 de out 2021.

MARCELINO, Carla Andréia Alves da Silva. **Metodologia de pesquisa**. Curitiba: Contentus, 2020.

ALVES, Felipe Dalenogare. **Direito Administrativo**. 1.ed. São Paulo: Rideel, 2021A

ABRAHÃO, Anderson Jamil. **Legislação de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo : Rideel, 2020.

ALVES, Felipe Dalenogare. **Direito Administrativo: teoria e prática 1ª e 2ª fases da OAB**. 3. ed. São Paulo : Rideel, 2021B

COSTA, Leandro Sousa. **Filosofia hermenêutica**. Curitiba: InterSaber, 2017.

MORAES MELLO, Cleyson de. **Hermenêutica e direito - A hermenêutica de Heidegger na (re)fundamentação do pensamento jurídico** - 2ª ed, Rio de Janeiro: Processo, 2018

SENA, Daniel. **Direito Constitucional**. 1.ed. São Paulo: Rideel, 2021.

HIGA, Alberto Shinji, CASTRO, Marcos Pereira e OLIVEIRA, Simone Zanotello. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Rideel, 2018.

ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética, 2006.

HIGA, Alberto Shinji. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Rideel, 2018.

PRIBERAM, **Dicionário da língua portuguesa**. Disponível em < <https://dicionario.priberam.org/cabal>> Lisboa. Portugal. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. ; 33ª ed. São Paulo-SP: Editora Forense 2020.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo** - 9ª Edição. Salvador-BA: JUSPODIVM. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44ª.ed. Salvador:BA JUSPODIVM. 2020.

CERVO, Amado Luiz. **Metodologia científica**. 6.ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

BRESSER-PEREIRA. Luiz Carlos. **Da Administração Pública Burocrática à Gerencial.** Revista do Serviço Público. Brasília-DF. Janeiro -Abril 1996

CEBRASPE. Concursos. **Polícia Federal 2021.** Brasília,DF, Disponível em <https://www.cebraspe.org.br/concursos/pf_21> : Acesso em 31 mar 2022.

LIMA, Edney Silva de . **Terceirização proposta no Brasil à luz da Constituição de 1988.** <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/194596>> Brasília: 2018 . JUSLABORIS. Biblioteca digital da justiça do trabalho. Acesso em 31 mar 2022.

TCU. **ACÓRDÃO N° 1618_2018**<https://www.tst.jus.br/informativos-lp/-/asset_publisher/0ZPq/document/id/24629285>: Acesso em 14 mar 2022.

STJ. **RMS 67097 (ACÓRDÃO) Ministro SÉRGIO KUKINA DJe 27/04/2022 Decisão: 19/04/2022.** Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>> Pesquisar: Nomeação de Cadastro de Reserva. Acesso em 30 de abr 2022.

STJ. **AgInt no AREsp 1972307 (ACÓRDÃO) Ministro HERMAN BENJAMIN DJe 25/04/2022 Decisão: 11/04/2022.** Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>> Pesquisar: Nomeação de Cadastro de Reserva. Acesso em 30 abr 2022

STJ. **AgInt no AREsp 1744941 (ACÓRDÃO) Ministra ASSULETE MAGALHÃES DJe 23/03/2022 Decisão: 21/03/2022.** Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>> Pesquisar: Nomeação de Cadastro de Reserva. Acesso em 30 abr 2022

STJ. **AREsp 2046781 (DECISÃO MONOCRÁTICA) Ministro FRANCISCO FALCÃO DJe 26/04/2022.** Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>> Pesquisar: Nomeação de Cadastro de Reserva. Acesso em 30 abr 2022

STJ. **RE no RMS 66396 (DECISÃO MONOCRÁTICA) Ministro JORGE MUSSI DJe 26/04/2022.** Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>> Pesquisar: Nomeação de Cadastro de Reserva. Acesso em 30 abr 2022

STJ. **AREsp 1882633 (DECISÃO MONOCRÁTICA) Ministra ASSULETE MAGALHÃES DJe 29/04/2022.** Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>> Pesquisar: Nomeação de Cadastro de Reserva. Acesso em 07 de mai 2022.

STJ. **REsp 1352607 Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO 15/06/2016.** Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>> Pesquisar: Nomeação de Cadastro de Reserva Inovação. Acesso em 07 de mai 2022.

DECLARAÇÃO DE AUTORIA

Eu, ANAXIMANDRO FERNANDES DE OLIVEIRA CAMARGOS, acadêmico do Curso de Direito da Ulbra, Palmas, TO, declaro para todos os fins de direito que sou autor deste artigo intitulado **AS POSSIBILIDADES DE CONVOLAÇÃO EM DIREITO SUBJETIVO DO CANDIDATADO APROVADO EM CADASTRO DE RESERVA EM CONCURSOS PÚBLICOS**.

Outrossim, asseguro que nos termos do artigo 5º, inciso VIII, alínea “d” da Lei no 9.610, dita obra é original e inédita.

Palmas, 20 de junho de 2022.

ANAXIMANDRO FERNANDES DE OLIVEIRA CAMARGOS