

O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO: Uma Contextualização Jurisprudencial das Vagas do Edital e do Cadastro Reserva.

Lúdheiner R. Martins¹

Resumo: O presente artigo vislumbratracer à baila um assunto que deixa muitos de cabelo em pé quando se veem aprovados em concursos públicos. Refere-se ao tratamento dispensado aos aprovados dentro dos números de vagas disponibilizadas e os eventuais cadastros reservas. Talvez os concurreiros de primeira viagem não se atentem muito aos detalhes em tela. A negligência pode lhes custar caro. Na constância de um ordenamento omissivo a respeito, os editais têm articulado políticas para evadir-se o máximo possível dos posicionamentos fixados pelo ativismo dos tribunais. Identificar quais são as diretrizes fixadas pelo Judiciário, direitos aplicáveis e como busca-los, tendo em vista as peculiaridades dos mecanismos como o writ mandamental, é de suma importância para os candidatos, aliás, estar atento ou não as condutas imorais da Administração pode traduzir na nomeação ou perca da vaga almejada.

Palavras chave: Concurso Público, Vaga, Edital, Preterição, Contratação

Abstract: The present article vislumbratracer to dance a subject that leaves many of hair standing when they are approved in public competitions. Refers to the treatment accorded to those approved within the number of vacancies made available and any possible reservations. Maybe the first-time competitors do not pay attention to the details on the screen. Neglect can cost you dearly. In the constancy of an omissive order in this regard, the edicts have articulated policies to evade as much as possible of the positions set by the activism of the courts. Identifying what are the guidelines set by the Judiciary, applicable rights and how to search them, given the peculiarities of mechanisms such as the writ mandamental, is of paramount importance to the candidates, in fact, whether or not they are aware of the immoral conduct of the Administration can translate in the appointment or loss of the desired position.

1. INTRODUÇÃO AOS PRECEITOS DO CONCURSO PÚBLICO

Neste ambiente moderno, porém instável que vivemos nos dias de hoje, é de praxe que se encontre muitos acadêmicos, professores e até mesmo aqueles que a muito tempo deixaram os estudos de lado almejando algum cargo público. De fato, os benefícios somam as vezes números consideráveis. A estabilidade vem como elemento sedutor dos precavidos, afinal, quem não desejaria ter altos salários, em comparação com o âmbito privado, e ainda gozar de garantias constitucionais, que certos casos, impedem a remoção do servidor, a redução do seu salário, entre outras benesses.

¹ Acadêmico do 10º Período de Direito da Faculdade Almeida Rodrigues – FAR. Email: Ludheyner@hotmail.com

A demanda é altíssima, sem dúvida, por esse exato motivo a Constituição da República do Federativa do Brasil de 1988 elencou como mandamentos algumas diretrizes a serem observadas pela administração pública no geral:

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:
(...)

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;
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; (BRASIL, 1988, pg. 37) (Grifei)

Com as ressalvas que o texto constitucional faz é de clareza meridiana que servidores públicos de caráter efetivo predispõe a aprovação em certame, excetuando-se, como citado, os cargos comissionados de livre nomeação e exoneração para exercício de funções de assessoramento, chefia e direção.

Em síntese, concurso público é o procedimento administrativo realizado pelo Poder Público para realizar a seleção criteriosa dos candidatos mais qualificados para as exigências e incumbências do cargo em tela. Os princípios estampados no “caput” do artigo 37, da CRFB/88 reflete com imperatividade minimizando os riscos de preferências pessoais e monopólio do serviço público. (MAZZA, 2012)

Embora muito se discuta sobre a necessidade de uma lei específica para tratar dos temas correlatos ao concurso público, a previsão normativa não ficou só na constituição, a Lei nº 8.112/90, embora trate sobre assuntos de plano federal, é muito utilizada diante da escassez de normas, principalmente seu artigo 12º, §2º, já que tenta coibir abusos e reconhecer o direito de nomeação dos aprovados:

Art. 12. O concurso público terá validade de até 2 (dois) anos, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período.

[...]

§ 2º Não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado. (Grifei)

Destarte, a melhor exegese desta norma, à luz dos ditames constitucionais é que um novo concurso poderá ser aberto, desde que os aprovados tenham prioridade no certame, conforme já supracitado acima no Art. 37, VI, da CRFB/88. (MAZZA, 2012)

Em síntese, são essas as normas de especial relevância e amplitude federal que se podem encontrar vasculhando o ordenamento. MEIRELLES, Hely Lopes, comenta a respeito:

Sendo assim se torna relevante destacar que, o concurso rege-se pelas Constituições, Federal e Estadual, pelas leis estatutárias ou específicas e por um edital. Além do mais, essa modalidade eletiva já reclama lei que forme normas gerais reguladores da matéria, pois muitos são os conflitos havidos, alguns dos quais promovidos pela Administração Pública, que infiltra nos editais exigências incompatíveis com a razoabilidade, outros decorrem de condutas imorais, com regras que pretendem afastar a concorrência. (apud Douglas Ferreira Magalhães, 2017, pg. 64)

Neste desiderato, a construção jurisprudencial e doutrinária vem dedicando-se a positivar informalmente e casuisticamente os efeitos decorrentes da aprovação e seus desdobramentos em cada caso. Veremos a seguir quais são tais efeitos.

2. DO DIREITO À NOMEAÇÃO

Desde já é mister distinguir, evitando alvoroços, que o mecanismo de certames adotado no Brasil tem o costume de gerenciar vagas excedentes as previstas no edital. A ideia central é não vincular muitas vagas a princípio, evitando que no aparato da vigência do concurso a Administração Pública seja obrigada a convocar todos os aprovados dentro daquele limite de vagas.

O modelo de gerenciamento denomina-se cadastro reserva, outrora já denominados simplesmente reserva técnica. Trata-se de uma verdadeira “mão na roda” para a Administração. A finalidade precípua tem o condão de separar determinado grupo de aprovados, fora do número de vagas do edital, e eventualmente convocá-los durante a vigência do certame. Assim, o Poder Público atende as necessidades de serviços públicos que surgirem e não se onera com a obrigatoriedade do preenchimento de vagas destinadas no edital, caso por prognose fizesse constar amplo número.

2.1 Da Evolução no Tratamento Jurisprudencial e Doutrinário no Tocante as Vagas do Edital.

Nos primeiros anos que se seguiram a constituinte de 1988, firmou-se o entendimento que aqueles cujo a aprovação se deu dentro do número de vagas, em que pese aprovados nos termos do edital respectivo, estariam adstritos a conveniência da Administração em convocá-los. Leciona com brilhantismo MAZZA, Alexandre:

Tradicionalmente, a doutrina pátria sempre sustentou que a aprovação em concurso público gera ao candidato somente expectativa de direito, e não direito adquirido à posse no cargo. Tal expectativa de direito transforma-se em verdadeiro direito à posse somente nas hipóteses de preterição da ordem classificatória ou de contratação temporária de pessoal em cargo para cujo provimento ainda haja candidato aprovado. (2012, p. 2.941)

Após uma análise constitucionalista pelos tribunais a orientação mudou. O Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento que: “candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas anunciadas no edital possui direito subjetivo, líquido e certo à nomeação. ” (STJ, 2008, on-line). A lógica argumentativa é simples, a demonstração da necessidade do preenchimento de vagas através do edital publicado, e então, a não convocação sobre o prisma da discricionariedade, é incontestável violação aos princípios da boa-fé e a moralidade administrativa.

Ademais, ao se inscrever no certame, ciente das normas do edital, o candidato coloca na Administração toda sua confiança na convicção que, se aprovado dentro dos números de vagas certamente será nomeado. LENZA, Pedro, em sua reconhecidíssima obra Direito Constitucional Esquemático, ressalta:

O impacto é brutal. Muitos alteram o curso de suas vidas em busca desse grande sonho. As renúncias são inevitáveis. O isolamento, necessário e inerente à tomada de decisão, é muitas vezes penitencial. Isso tudo leva as pessoas a testarem os seus limites. E, como se disse, o estopim dessa mudança de comportamento é a expectativa decorrente da abertura do concurso com a fixação do número das tão sonhadas vagas a serem preenchidas. A Administração não pode “brincar” com a vida das pessoas. Se o candidato tem os seus deveres, e olha que são muitos, como horário, regras durante a prova e tantos outros, a Administração também deve estar atrelada aos termos do Edital. (2016, pg. 1660)

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento extremamente importante do Recurso Especial 598.099, na data de 10 de agosto de 2011, corroborando e sedimentando o entendimento esposado pelo STJ, decidiu que, “sendo a aprovação dentro do número de vagas do edital e dentro da validade do concurso, o candidato terá sim, o direito à nomeação”. (STF, 2011). A ementa pode ser

visualizada abaixo:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. (STF, 2011)

Em suas palavras, o Min. Marco Aurélio bem define essa importante vitória dos Concurseiros do Brasil:

“... o Estado não pode brincar com o cidadão. O concurso público não é o responsável pelas mazelas do Brasil, ao contrário, busca-se com o concurso público a lisura, o afastamento do apadrinhamento, do benefício, considerado o engajamento deste ou daquele cidadão e o enfoque igualitário, dando-se as mesmas condições àqueles que se disponham a disputar um cargo”. “Feito o concurso, a administração pública não pode cruzar os braços e tripudiar o cidadão” (apud LENZA, 2016, pg. 1.660)

Entremostra desta forma que não há, *a priori*², justificativas para o não reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados dentro do número de vagas. Entrementes, existe a vertente dos cadastros reservas, sobre a qual debruçaremos a seguir.

2.2 Da Evolução no Tratamento Jurisprudencial e Doutrinário no Tocante ao Cadastro Reserva.

Neste tópico não traz grande similitude com o anterior, os pontos aqui jazidos são outros, e conseqüentemente o sucedâneo jurisprudencial e doutrinário também; em verdades, há mesmo grandes diferenças em razão da subjetividade e complexidade do direito do candidato que conquistou vaga do edital do que conquistou cadastro reserva, logo, o arcabouço neste tirocínio é bem maior.

Existe uma arquitetura bastante visível atualmente, os editais têm previsto cada vez menos vagas e deixado os limites de cadastro reserva sem quantificação, criando primo *ictu oculi*³, tornando nebulosa a visão, pois não é

2 Expressão Latina. Significa: a princípio, em primeiro momento.

3 Expressão Latina. Significa: à primeira vista, logo ao primeiro olhar, ao primeiro relance

previsível a quantidade de cargos que serão efetivamente ocupados.

No receio de que esta prática tomasse proporções mais duvidosas, como já se constava em alguns editais que previam zero vagas e apenas o cadastro reserva, o tema foi objeto de Projeto de Emenda Constitucional, nº 483/2010, que busca incluir no artigo 37, da CRFB a proibição de concurso público para a formação de cadastro reserva. A PEC foi arquivada e desarquivada em 2015, porém continua parada na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados desde então.

Nessa austeridade, já havia começado a construção normativa nos tribunais no compendiado coerente de que, ao se publicar um edital normatizando a abertura de um concurso há sim de se observar a quantidade de vagas para o certame, bem como se há cadastro reserva ou não, neste íterim, os aprovados no quantum das vagas reservas subjugam-se em normas igualitárias:

- **Direito de precedência**, dentro do prazo de validade do concurso, em relação aos candidatos aprovados em certame superveniente ou a abertura de vaga, seja pela própria vacância ou pela presunção.
- **Direito de convocação**, por ordem descendente de classificação de todos os aprovados.

Esta é uma conclusão de todo o aparato que vai ser desferido a seguir, que embora divirja em posições casuais, caminham rumo a uma unificação, pois, diferenciando novamente, enquanto os aprovados dentro do número de vagas têm direito vincutivo (vide tópico anterior), os inseridos no cadastro reserva sofrem a conversão de sua mera expectativa em direito subjetivo se algumas ocasiões ocorrerem. Senão vejamos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÁRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE

da vista.

E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...] 2. O edital do concurso com

número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10- 2011. [...] 7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (Ermessensreduzierung auf Null), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. (STF, 2016) (Grifei e sublinhei)

Deve-se inferir e interpretar os precedentes em consonância e observar que as hipóteses de vacância tácita ou expressa, conforme assentado no parâmetro da supracitada repercussão geral – Tema 784 do STF, junto as várias jurisprudências a respeito, revelam que o surgimento de vagas não convola de imediato a mera expectativa dos aprovados em cadastro reserva em direito subjetivo à nomeação, sendo mister a demonstração de situações específicas que comprovem a necessidade pública do preenchimento dos cargos. Esquematizando as hipóteses já analisadas pelos tribunais:

- Demonstração de preterição na lista de aprovados: Nessa hipótese, a administração pública não obedece a ordem de colocação dos candidatos. Verbete sumular 15 do STF:

STF -- Súmula 15. Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

- Contratações precárias para os cargos para os quais consta aprovados em cadastro reserva: Ocorre quando a administração pública

faz contratações de pessoal para o exercício das mesmas atribuições dos cargos para os quais consta aprovados em certame público. Observe:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. EXPECTATIVA DE DIREITO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. DIREITO ADQUIRIDO.1- A mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público (fora do número de vagas) convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. 2- Agravo regimental improvido. (STJ, 2015) (Sublinhei)

- Convocações de candidatos para preenchimento de vagas disponibilizadas e consequente não nomeação: A convocação de candidato para preencher determinada vaga e consequente não nomeação, seja qual for o motivo, gera direito à nomeação dos aprovados, haja vista que a convocação pressupõe a necessidade da administração do exercício daquelas atribuições. Veja:

MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS - NOMEAÇÃO DO CANDIDATO IMEDIATAMENTE ANTERIOR - NÃO COMPARECIMENTO - NOMEAÇÃO TORNADA SEM EFEITO - COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE VAGA E NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO IMEDIATO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO. Ao nomear o candidato aprovado como excedente, a Administração demonstra a necessidade imediata do preenchimento da vaga, independentemente da quantidade de vagas prevista inicialmente no Edital. Assim, como o candidato nomeado não compareceu para tomar posse, deveria o ente público nomear imediatamente o próximo candidato aprovado, porquanto demonstrou a existência de vagas e a necessidade de preenchê-las, independentemente da quantidade de vagas prevista inicialmente. (TJMG 2017) (Sublinhei)

- Demais comportamentos tácitos ou expressos que revele a necessidade de nomeação: A amplitude é tremenda, você deve ter imaginado o mesmo, não se sabe quais comportamentos seriam esses diante do subjetivismo envolto. Em vez de adentrar no mérito do que seriam estes comportamentos, os exemplos devem falar por si só. Existe uma situação julgada pelo STJ que merece destaque, o *mandamus*⁴ versa sobre fatos ocorridos durante a validade do certame, como indica o STF no R.E. 837.311. Os ínlitos julgadores entenderam que, diante do comportamento da administração, ficou revelado a necessidade do preenchimento de vagas na procuradoria do Banco Central do Brasil –

4 **Termo Latino.** Usado para se referir ao Mandado de Segurança.

Bacen, veja o julgado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PARA PROCURADOR DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. ALEGADA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. DESCABIMENTO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA PROFERIDA E NÃO RECORRIDA. CONFIRMAÇÃO DESSE DECISÓRIO. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO LIMITE DE VAGAS. DEMONSTRAÇÃO DE INTERESSE NA SUA NOMEAÇÃO POR PARTE DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. OMISSÃO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO NA RESPOSTA AO PEDIDO DE PROVIMENTO DOS CARGOS FEITO PELO BANCO CENTRAL. AUSÊNCIA DE PROVA DE RESTRIÇÃO FINANCEIRA OU DE QUALQUER OUTRO OBSTÁCULO ORÇAMENTÁRIO PARA A NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS. MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. 3. No que concerne à questão de mérito objeto deste mandamus, o Plenário do STF, por ocasião do julgamento do RE 837.311/PI, Rel. Min. Luiz Fux, julgado sob a sistemática da repercussão geral, reconheceu que a aprovação em concurso público só decorre direito subjetivo à nomeação, se estiver demonstrada alguma das seguintes situações: a) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas inserido no edital (RE 598.099); b) quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); c) quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração, considerando os fundamentos declinados no acórdão. 4. Ocorre que o julgado do STF consignou, ao final, outra premissa de direito, a qual, embora tratada como excepcionalidade de caso, igualmente se verifica na situação em exame, que consiste no fato de surgirem novas vagas e houver manifestação inequívoca da administração sobre a necessidade de seu provimento, bem como, por óbvio, inexistir prova de restrição orçamentária ou de qualquer outro obstáculo de ordem financeira, a ser provado pelo poder público, para tal nomeação. **5. No caso, os impetrantes foram aprovados fora do limite de vagas conforme previsão editalícia.** De sua parte, o Banco Central do Brasil, autarquia a quem interessava o provimento dos cargos, **dentro do período de validade do certame**, enviou pedido escrito ao Ministério do Planejamento, no qual informava a existência das vagas e da “extrema relevância” quanto à nomeação adicional, uma vez que considerou que os seus quadros jurídicos se encontravam “muito aquém do necessário para que o órgão jurídico bem desempenhe sua missão institucional de garantir a segurança legal dos atos dos gestores da Autarquia, a integridade de seu patrimônio e a plena recuperação de seus créditos”. **Assim, no que se refere à manifestação inequívoca da administração quanto à existência de vagas e à necessidade premente do seu provimento, a prova é indene de dúvidas.** [...]. 7. Mandado de segurança concedido. (STJ, 2018) (Grifei e sublinhei)

O Conselho Nacional de Justiça já havia tratado o assunto de maneira semelhante em 2010, no julgamento do Pedido de Providências nº 5662-23.2010.2.00, firmou o entendimento de reconhecer o direito subjetivo à

nomeação aos candidatos aprovados fora do número de vagas quando o órgão público manifesta, por ato inequívoco, a necessidade de preenchimento de novas vagas. (MAZZA, 2010, p. 2949)

A discussão sobre o alcance dessa última hipótese pode levar décadas, engloba uma análise de ato, fato administrativo e da administração. Cabe a evolução jurisprudencial ir sedimentando e aparando as beiradas, mas esse é um assunto que merece um enfoque exclusivo, não caberia aqui.

Ademais, para concluir o raciocínio, as hialinas exegeses do Ministro Mauro Campbell, 2014:

“[...] Não é possível, com todas as vênias, admitir outra finalidade e outra razão de ser para a formação de cadastro de reserva se não for para que, uma hora ou outra durante o prazo de validade do certame, os candidatos deixem de ser reservas e passem a ser titulares de cargos públicos assim que surgirem as vagas [...]. (STJ, 2014).

2.3 Da Possibilidade da Administração Pública Não Nomear.

Ocorrendo a convocação em direito subjetivo, a administração pública assume o ônus da prova e deve demonstrar que data vênias máximas a existência de direito subjetivo à nomeação, existe a impossibilidade de nomear os candidatos que adquiriram tal direito, obviamente, por justificativas e fundamentos de extrema relevância, quase sempre, acredito, envolvendo questões orçamentárias. Nestes termos, exurge as hialinas exegeses de LUCIANO FERRAZ:

(...) Com efeito, se a Administração deixar transparecer, seja na publicação do Edital, seja mediante a prática de atos configuradores de desvio de poder (contratações temporárias e terceirizações de serviço), que necessita de mão de obra dos aprovados, ou ainda se surgiram novas vagas durante o prazo de validade do concurso, a expectativa se transmuda em direito subjetivo. Vislumbra-se (...) que os aprovados no concurso possuem direito subjetivo presumido à nomeação e à prorrogação do prazo de validade, inteligência que na prática, transfere à Administração Pública o ônus de demonstrar, com argumentos razoavelmente aceitáveis (v.g. excesso de despesas de pessoal), os motivos que ensejaram a não-adoção dessas medidas. (2005. p. 255)

E citando novamente o julgado do STJ sobre o concurso do Bacen, (texto omitido anteriormente):

[...] 6. O Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, a quem competia provar a restrição orçamentária ou qualquer outro obstáculo financeiro como óbice ao interesse público no provimento de tais cargos, nos termos estritos como decidido pelo STF no julgamento do RE 837.311/PI, Rel. Min. Luiz Fux, ignorou solenemente o pleito

do Banco Central do Brasil, nada obstante os fundamentos nele deduzidos. Demais disso, no âmbito deste mandado de segurança, quando poderia fazer a referida prova, nada objetou nesse sentido, como se depreende do teor das informações juntadas aos autos, do que se **conclui que inexistente qualquer impedimento orçamentário ou financeiro para atendimento ao pleito de estrito interesse público na nomeação dos impetrantes.** formulado pelo ente da administração a quem competia fazê-lo. (STJ, 2018) (Grifei e sublinhei)

É por este e outros embasamentos que se infere que no fim das contas, a administração pública poderia ainda se justificar respaldando-se em impedimento orçamentário, fulminando na não nomeação.

3. PECULIARIDADES NO USO DO MANDADO DE SEGURANÇA IN CASU.

A Lei 12.016 de 07 de agosto de 2009 disciplina o Mandado de Segurança, elencando no artigo 23, “caput, um prazo decadência para impetração do *writ*⁵, “O direito de requerer mandado de segurança extingue-se á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.”

Diante do imenso contexto que pode orbitar ao surgimento do tão sonhado direito subjetivo, indagava-se quando seria o marco inicial para o pleito. Em razão disso, a jurisprudência, novamente, fez o seu papel:

MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - DECADÊNCIA - INOCORRÊNCIA - CADASTRO DE RESERVA - COMPROVAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE VAGA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - PRECEDENTE DO STJ - SEGURANÇA CONCEDIDA. Conforme a jurisprudência do STJ, o exaurimento da validade do concurso não enseja a caducidade automática do acesso à via mandamental, considerado que a impetração gira em torno da ilegalidade da falta de nomeação dos aprovados e não das regras previstas no edital ou correções executadas no certame. O candidato aprovado em concurso público, ainda que para cadastro de reserva, que comprova a existência de vaga suficiente à sua nomeação, como na hipótese, não possui simples expectativa, mas direito subjetivo à nomeação e posse. (TJMS, 2013) (Sublinhei)

Por ter o viés de demonstração do direito líquido e certo relacionado a não nomeação pelas hipóteses já discutidas, o aprovado combate a ilegalidade da falta de nomeação e não as normas do concurso em si, logo, obtempera-se que o fim da vigência do certame não teria o condão de impedir a impetração do Mandado de Segurança, mas de fazer iniciar o seu prazo, id est, a partir do dia seguinte ao fim da validade do edital.

Outro ponto a ser demonstrado é que a finalidade precípua do mandamus

5 **Termo Latino.** Usado para referir-se aos remédios constitucionais.

é trazer à baila a evidência de um direito que se tornou líquido e certo, logo, se não carreado da documentação necessária, o pleito pode ser indeferido por razões de inadequação de via eleita. Veja:

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À SAÚDE. DISPENSAÇÃO, PELO ESTADO, DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. AUSÊNCIA DO ATO COATOR. INICIAL INDEFERIDA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. DECISÃO MANTIDA. 1- Não tendo sido o mandado de segurança aparelhado com documentos hábeis à aferição do direito líquido e certo supostamente ofendido (prova pré-constituída do alegado), mormente no que tange à demonstração do ato administrativo tido por coator, impõe-se o indeferimento da inicial e a consequente extinção do writ. 2- Inexistindo nos autos argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, impõe-se sua manutenção. (TJGO, 2017) (Sublinhei)

AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. MANDADO DE SEGURANÇA. MOLÉSTIA COMPROVADA. TRATAMENTO PEDIASUIT. PRESCRIÇÃO MÉDICA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DA EFICÁCIA DO MÉTODO PLEITEADO. Na ação mandamental, é necessária a apresentação da prova pré-constituída do direito líquido e certo perseguido, por ser inadmissível a dilação probatória em seu rito especial. Inexistindo nos autos prova de que o tratamento solicitado, sem evidências científicas de melhoras é, de fato, a melhor opção para o caso do paciente, que já recebe atendimento pelo SUS, não há como reconhecer a certeza e a liquidez do direito postulado pelo impetrante. Desta forma, deve ser extinto o feito, sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 6º, § 5º, da Lei nº. 12.016/09. SEGURANÇA DENEGADA. (TJGO, 2018) (Sublinhei)

Em síntese, é importante que se assegure e tenha em mente que não haverá dilação probatória no rito mandamental, logo, o candidato que pretende fazer valer seu direito deve demonstrar a liquidez e certeza. Elucida PEDRO LENZA citando MEIRELLES a explicação pertinente:

O direito líquido e certo é aquele que pode ser demonstrado de plano mediante prova pré-constituída, **sem a necessidade de dilação probatória**. Trata-se de direito “manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”. (2016, p. 1.349)

O exposto acima não esgota as possibilidades de acionamento do Judiciário, em verdades, existem aqueles que optam por ações como a obrigação de fazer, onde se é possível produzir provas, entretanto, nada terá celeridade como o mandado de segurança.

CONCLUSÃO

Pelo o exposto, resta cediço do pacote jurisprudencial, até o momento,

que a administração pública está vinculada a nomear aqueles aprovados dentro o número de vagas previstas em edital, isto é fato consumado e ninguém ousa duvidar. Obviamente, existem situações excepcionalíssimas que não nos aprofundamos por não ser o objeto do nosso estudo, como as questões orçamentárias, justificadoras, mas tenha em mente que poderão ocorrer. Ademais, no tocante ao nosso foco, cadastro reserva, em que pese possa contar com a formação de reserva técnica em seus certames, a administração paira-se sobre uma linha demasiadamente tênue, posto que na demonstração tácita ou expressa da necessidade do serviço, seja pela preterição da ordem; contratação precária; nomeações frustradas; comportamentos que revelem a necessidade do serviço; a mera expectativa convola-se em direito subjetivo a nomeação. Por derradeiro, na busca de seus direitos, o aprovado deve buscar a via mandamental e concomitantemente levar todo o aparato probatório suficiente a justificar sua pretensão, sob pena de extinção sem resolução de mérito pela inadequação da via eleita.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Edição administrativa do Senado Federal, Secretaria de Editoração e Publicações, Brasília, 2017.

BRASIL, Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. (Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências). Mini Vade Mecum Penal, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017/2018

BRASIL. Lei nº 8.112, de 1 de dezembro de 1990, (Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais). Vade Mecum Administrativo / Alexandre Mazza, 13ª ed., São Paulo: Rideel, 2015.

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR ALMEIDA RODRIGUES, Faculdade Almeida Rodrigues – FAR. Anais – II Congresso Regional de Direito. Goiânia: Kelps, 2017.

DANTAS, Alessandro, Cadastro de Reserva e Burla aos Princípios da Administração. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24700/cadastro-de-reserva-e-burla-aos-principios-da-administracao>>. Acesso em: 28/08/2018.

FERRAZ, Luciano. Concurso Público e Direito à Nomeação. In: MOTTA, Fabrício

(Coord.). Concurso Público e Constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 20ª ed., revista atualizada e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

PATRIORA, Gonzaga. Projeto de Emenda Constitucional nº 483/2010. Disponível em: [.<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=475585>](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=475585). Acesso em: 28/08/2018.

STF. RE 598.099. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe 10/08/2011. Disponível em: [.<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/re598099GM.pdf>](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/re598099GM.pdf). Acesso em: 28/08/2018.

STF.R.E.837.311.Relator:MinistroLuizFux.DJe09/12/2015.Disponívelem:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10744965>>. Acesso em: 01/09/2018.

STJ. RMS 39.167/DF. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. DJe de 12/08/2014. JusBrasil. Disponível em: [.<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/449697814/recurso-em-mandado-de-seguranca-rms-40374-df-2013-0001249-0>](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/449697814/recurso-em-mandado-de-seguranca-rms-40374-df-2013-0001249-0). Acesso em: 31/08/2018

STJ. RMS: 20718 SP 2005/0158090-4. Relator: Ministro Paulo Medina. DJe 03/03/2008. JusBrasil, 2008. Disponível em: [.<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19179653/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-20718-sp-2005-0158090-4/inteiro-teor-19179654>](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19179653/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-20718-sp-2005-0158090-4/inteiro-teor-19179654). Acesso em: 28/08/2018.

STJ. AgRg no REsp: 1168473 PE 2009/0225967-7. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. DJe 14/05/2015. JusBrasil, 2015. Disponível em: [.<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188886705/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1168473-pe-2009-0225967-7/relatorio-e-voto-188886723?ref=juris-tabs>](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188886705/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1168473-pe-2009-0225967-7/relatorio-e-voto-188886723?ref=juris-tabs). Acesso em: 31/08/2018.

TJ – MG. MS: 10000160853750000 MG. Relator: Dárcio Lopardi Mendes. DJe 13/12/2017. Disponível em: [.<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do). Acesso em: 31/08/2018.

TJ-MS. MS 0015200-23.2012.8.12.0000. Relator: Des. João Carlos Brandes Garcia. DJe 28/01/2013.

TJGO. Mandado de Segurança 5295023-82.2017.8.09.0000. Relator: Mauricio Porfirio Rosa. DJe de 11/12/2017.

TJGO. Mandado De Seguranca 64833-45.2016.8.09.0000. Relator: Fausto Moreira Diniz. DJe 2539 de 05/07/2018.