

José Henrique Mouta Araújo

MANDADO DE SEGURANÇA

revista,
ampliada
e atualizada

10^a
Edição

2024

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 17

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO OMISSIVO: ASPECTOS LIGADOS À APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO

SUMÁRIO • 1. A falta do ato e a possível violação de direitos; 2. O controle da omissão administrativa: limite entre a segurança preventiva e a por omissão; 3. A fluência do prazo de 120 dias para impetração do mandamus: variação interpretativa; 4. Caso específico do candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas: segurança por omissão ou preventiva?

1. A FALTA DO ATO E A POSSÍVEL VIOLAÇÃO DE DIREITOS

É muito comum, nos dias atuais, o manejo de mandado de segurança para discutir eventual ato abusivo comissivo, em que há violação ao direito líquido e certo do impetrante. Neste caso, a utilização desta demanda fica sujeita a presença de dois requisitos básicos: prazo para impetração e a demonstração dos elementos fáticos suficientes para comprovar a violação ao direito.

Contudo, existem situações em que a omissão administrativa configura ato a ser amparado pelo instituto de controle constitucional. Nestas hipóteses, ao contrário do MS contra ato comissivo, a falta da realização do ato viola direito do autor e demonstra a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Assim, cumpre enfrentar, neste espaço, o cabimento do instrumento de controle contra a omissão administrativa e os aspectos jurídicos específicos.

Existem várias situações jurídicas que podem provocar o controle judicial, dentre as quais podemos citar: a) omissão geradora de responsabilidade civil; b) omissão oriunda de ato judicial; c) omissão violadora de direito líquido e certo para fins de mandado de segurança.

Em relação a este último caso, pretende-se discutir os seguintes aspectos: o que é ato omissivo; o papel e a limitação do Judiciário em atuar no lugar da autoridade coatora, a contagem do prazo decadencial, etc. Ademais, serão enfrentadas as variáveis ligadas ao

mandado de segurança e a aprovação em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital.

Vamos aos argumentos:

2. O CONTROLE DA OMISSÃO ADMINISTRATIVA: LIMITE ENTRE A SEGURANÇA PREVENTIVA E A POR OMISSÃO

Vale iniciar com uma premissa: a autoridade pública deve pautar-se, em sua atuação, pelos princípios estabelecidos no art. 37 da CF/88. Assim, pode ser considerado abusivo o *não fazer administrativo*; ou seja, a omissão pode ser considerada ilegal ou abusiva, violando direito líquido e certo a ser protegido por meio da impetração da ordem de segurança.

Lógico que é mais fácil a conceituação de ato comissivo como violador de direito líquido e certo. Neste caso, o prazo para impetração poderá variar se o caso tratar de tratar de ato único de efeito continuado ou de ato com trato sucessivo, cujo prazo decadencial para o manejo do *writ* renova-se periodicamente.

Por outro lado, quando há a necessidade da prática do ato e ocorre a omissão da autoridade pública, este *não fazer administrativo* pode ser considerado abusivo e, consequentemente, provocar o controle judicial por meio do mandado de segurança.

Deve o intérprete ter a cautela para não confundir duas espécies de MS em que pode ser discutida a falta da realização do ato: por omissão e preventivo. Essa diferenciação é fundamental para a boa compreensão das variáveis envolvendo o mandado de segurança.

Na segurança por omissão, a falta da conduta administrativa já está violando direito do impetrante. Trata-se, a bem da verdade, de um *mandamus* repressivo, em que a falta da conduta configura violação ao direito.

Neste caso, o impetrante deve demonstrar que seu pretense direito já está sendo violado e irá requerer a imediata intervenção judicial em decorrência da falta da prática do ato administrativo por parte da autoridade coatora.

Já na segurança preventiva, ainda não houve violação ao direito; mas se utiliza do remédio heróico visando evitar a ocorrência deste ato abusivo¹. A rigor, no momento da impetração, ainda não ocorreu a violação do direito, mas está na iminência de sua ocorrência.

E não é só.

O *mandamus* preventivo pode impugnar o ato comissivo ou mesmo omissivo, bastando demonstrar que a conduta positiva, ou a falta dela, está na iminência de violar o direito líquido e certo do impetrante.

Especificamente em relação ao MS em decorrência de falta do ato, existem duas situações bem distintas: a) quando a lei estipula prazo para a sua prática; b) quando há omissão

1 O tema voltará a ser tratado mais adiante, quando for analisada a situação do candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital e a utilização da segurança preventiva ou por omissão.

legislativa. Na primeira hipótese, pondera-se que a falta do ato no prazo estipulado configura omissão ilegal, ilícita, abusiva e, portanto, atacável judicialmente.

Por outro lado, quando a lei não indica prazo para a prática do ato, em qual momento a omissão configura violação ao direito líquido e certo? Apesar da divergência interpretativa, parece-me adequado o posicionamento de Sérgio Ferraz, ao afirmar que, “em nosso entendimento, reiteramos, os crivos da razoabilidade e da proporcionalidade, aliados à circunstância de que a Administração tem o *dever* de agir, sem necessidade de qualquer estímulo, ensejarão a resposta cabível”².

Neste sentido, acompanhando o citado professor³, também apresento críticas às decisões que impõem ao impetrante a demonstração de que provocou a autoridade para a prática do ato, bem como as que atribuem ao juiz a indicação de prazo razoável para a atuação administrativa.

Ora, se há a falta da realização do ato, o ônus é da autoridade coatora e não do impetrante, tendo em vista que a omissão administrativa demonstra a clara violação ao seu direito.

Deve, portanto, o autor apenas demonstrar a ocorrência de omissão e requerer que o Poder Judiciário imponha ao administrador a prática do ato, sob pena de aplicação das medidas de apoio previstas no art. 461 do CPC, aplicável ao procedimento do mandado de segurança.

A simples omissão administrativa, quando há indicativos para a conduta positiva, configura ato abusivo e violador de direito líquido e certo, podendo ser objeto de controle judicial por meio do mandado de segurança, independente de qualquer ciência ou notificação da autoridade coatora. A rigor, seguindo os ditames previstos no art. 37 da CF/88, a sua obrigação do administrador é praticar o ato, pelo que a sua ausência já permite a ingerência e controle judicial.

3. A FLUÊNCIA DO PRAZO DE 120 DIAS PARA IMPETRAÇÃO DO MANDAMUS: VARIAÇÃO INTERPRETATIVA

Uma situação interessante e de interpretação diversificada gira em torno da seguinte indagação: quando começa a contar o prazo decadencial de 120 dias (art. 23, da Lei 12.016/09) para o manejo do mandado de segurança por omissão?

A resposta não é simples e leva em conta algumas especificidades.

Com efeito, a primeira variável que o intérprete deve observar é se legislação fixa/ indica o prazo para a conduta administrativa. Se isto ocorrer, é fácil aduzir que após a fluência do prazo é que há omissão sujeita a controle judicial.

2 *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 139.

3 *Idem*, *Ibidem*, p. 139.

Imagine o seguinte exemplo: determinada norma específica que o administrador deve adotar certa conduta comissiva em, no máximo, 06 meses, visando regulamentá-la e aplicá-la. Após a fluência deste interstício é que começa a omissão administrativa a provocar o manejo da segurança. Logo, os 120 dias para a impetração iniciam-se após o prazo legal para a conduta administrativa voluntária.

Uma indagação poderia ser feita: será possível a utilização do MS por omissão ou mesmo o preventivo, antes do encerramento do período fixado em lei? De início, não vislumbro qualquer abusividade na conduta administrativa omissiva durante o período de tempo em que a norma estabelece a possibilidade de realização do ato. Pela mesma razão, também não vejo móvel para utilização do MS preventivo durante o período que a legislação fixou para a conduta administrativa.

Contudo, não se pode fechar o raciocínio de afastar o mandado de segurança em tal hipótese, tendo em vista que poderá ocorrer alguma circunstância específica que permita sua utilização, mesmo antes do encerramento do prazo fixado em lei para a realização da conduta administrativa.

Logo, mesmo durante a fluência do prazo fixado em lei, há a necessidade de ponderação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que podem indicar a possibilidade de impetração do mandado de segurança por omissão.

Será possível a ocorrência de outra hipótese: se estiver encerrando o período fixado pela legislação sem nenhuma indicação de prática da conduta administrativa? Neste caso, verifico, desde que comprovada que a omissão administrativa viola a proporcionalidade e razoabilidade, que será possível o manejo da segurança.

A falta do ato e de qualquer indicativo de que será praticado antes do encerramento do período fixado na legislação, poderá fundamentar o uso do *mandamus*. Objetiva o instrumento constitucional, portanto, evitar a surpresa que pode ocorrer em decorrência da omissão administrativa e, portanto, demonstrar que não há liberdade absoluta à autoridade pública para optar em praticar o ato nos últimos momentos do prazo fixado legalmente.

Por derradeiro, uma vez encerrado o interstício legal, é fato que a omissão administrativa fica sujeita ao controle judicial por meio deste instrumento constitucional.

Existem ainda duas outras situações: a) quando a lei não fixa prazo; b) quando há ciência, ao interessado, da negativa da prática do ato.

Há, no caso de ausência de fixação legislativa de prazo para a prática do ato, no mínimo três posicionamentos quanto a data de início da violação ao direito líquido e certo, a saber: a) a administração, tendo dever de agir, a violação ocorre desde logo, resguardada a interpretação de acordo com a razoabilidade e proporcionalidade; b) a violação apenas estaria configurada após a ciência da autoridade administrativa, por parte do impetrante, para que possa provocar sua atuação; c) a indicação, pelo Judiciário, de prazo razoável para a prática do ato.

Apesar da divergência, ratifica-se a defesa pela primeira posição; ou seja, há a possibilidade de manejo da segurança imediatamente, amparado pela razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista que a administração tem o dever de agir.

Importante ressaltar que, no projeto que culminou com a nova Lei do MS (Lei 12.016/09), havia uma previsão para o art. 5º, parágrafo único, que exigia a prévia notificação judicial ou extrajudicial, sendo este ato o início para o prazo de 120 dias. Na mensagem de veto no. 642, de 07.08.09, publicada em 10.08.09, consta o seguinte:

“A exigência de notificação prévia como condição para a propositura do Mandado de Segurança pode gerar questionamentos quanto ao início da contagem do prazo de 120 dias em vista da ausência de período razoável para a prática do ato pela autoridade e, em especial, pela possibilidade da autoridade notificada não ser competente para suprir a omissão”.

Ainda neste contexto, é mister afirmar que, se o ordenamento jurídico não fixa prazo, não há que se falar em início e, muito menos, em encerramento do período de 120 dias para impetração do MS. A omissão administrativa é continuada, não tendo como se fixar momentos para início e fim do prazo decadencial.

Carlos Alberto Menezes Direito, citando o julgamento do RE nº 79.831-MG, escreve que⁴:

“Se o ato impugnado for omissivo, em princípio, o tempo inicial não tem como ser computado, inexistindo a decadência, porque não flui o prazo. Há, no caso, omissão contínua. Todavia, em certas circunstâncias, é possível configurar a omissão, como decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal, com o voto condutor do Ministro Ilmar Galvão, quando da impetração de ordem de segurança contra ato omissivo da Mesa Diretora do Senado Federal, na esteira de precedentes da Corte. Assim, marcando a lei prazo para a prática do ato, após o decurso desse prazo começa a omissão a violar o direito do impetrante, com o que a contar do fim daquele prazo começou a ilegalidade por omissão, devendo iniciar-se daí a contagem do prazo de 120 dias para ingresso em Juízo”.

Esta discussão não é nova no âmbito dos Tribunais Superiores, pelo que vale a pena extrair os seguintes acórdãos:

“Recurso ordinário em mandado de segurança – Enquanto há omissão continuada da Administração Pública, não corre o prazo de decadência para a impetração do mandado de segurança, sendo certo, porém, que essa omissão cessa no momento em que há situação jurídica de que decorre inequivocamente a recusa, por parte da Administração Pública, do pretendido direito, fluindo a partir daí o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a impetração da segurança contra essa recusa. – Em se tratando de concurso público, a abertura de novo concurso pela Administração Pública traduz situação jurídica de evidente recusa de aproveitamento dos candidatos do concurso anterior, pondo termo, assim, à omissão continuada pela falta desse aproveitamento, começando a correr o prazo de decadência para a impetração da segurança. – Ocorrência, no caso, da decadência. Recurso ordinário a que se nega provimento.” (ROMS 239879, STF, Min. Moreira Alves em 25-03-2003)

4 *Manual do mandado de segurança*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 82-83.

“Decadência – Mandado de Segurança – Ato Omissivo. Tratando-se de ato omissivo – no caso, a ausência de convocação de candidato para a segunda fase de certo concurso –, descabe potencializar o decurso dos cento e vinte dias relativos à decadência do direito de impetrar mandado de segurança, prazo estranho à garantia constitucional.” (ROMS 236578, STF, Min. Marco Aurélio, em 21-11-2000).

Em outra situação específica, o STJ entendeu (item 4 do acórdão no AgInt no AREsp 1462892 / MS – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – 1ª T – J. em 05/03/2020 – DJe 11/03/2020): “com efeito, não se verifica a ofensa ao artigo 23 da Lei 12.016/2009, uma vez que o acórdão recorrido se alinha à jurisprudência desta Corte Superior, de que a existência de ato omissivo continuado, envolvendo obrigação de trato sucessivo, faz com que se renove mês a mês o prazo para a interposição do Mandado de Segurança, como na hipótese dos autos, em que o Comando do 6o. Distrito Naval se omite em promover a parte recorrida ao posto de Primeiro-Tenente, mesmo após o cumprimento dos requisitos legais. Precedentes: REsp. 1.424.563/DF, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 12.2.2016; AgRg no REsp. 1.250.399/ES, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 27.8.2015”.

Pelo que se percebe, é fácil concluir que, como a omissão administrativa é continuada, não há a possibilidade de fixação do início e término de prazo para a impetração da segurança. A violação de direito ocorre exatamente em decorrência da inexistência da conduta que deveria, mas não foi, adotada pela autoridade coatora. Não há ato administrativo e, conseqüentemente, não há prazo para o controle judicial da omissão.

Outrossim, se houver a prática do ato em desconformidade com o ordenamento jurídico, a eventual alegação de abusividade/ilegalidade passa a ser em decorrência de ato comissivo, sendo necessária a observância do prazo decadencial previsto na Lei 12.016/09.

Interessante é notar a proximidade interpretativa de duas situações fáticas bem distintas: omissão continuada e ato comissivo sucessivo (ou de trato sucessivo). Na primeira hipótese, a falta de indicativo da prática do ato gera a omissão continuada e, portanto, sem a possibilidade de indicação do início do prazo decadencial.

No caso de ato de trato sucessivo, o prazo é reiniciado a cada nova violação ao direito líquido e certo. Há renovação do ato comissivo abusivo, o que gera nova contagem do prazo para o manejo da segurança.

Por outro lado, se a lei fixa prazo para a prática do ato, a omissão administrativa sujeita ao MS começa efetivamente após a sua fluência, como no caso citado acima em que há 06 meses legalmente previstos para a prática de determinado ato administrativo.

Ainda há a situação específica que, mesmo não havendo prazo legal para a sua prática, ocorre a comunicação ao interessado de que não será realizado o ato administrativo que estava aguardando. A fluência do prazo decadencial para o manejo do MS, neste caso, inicia a partir desta ciência.

Vale a pena citar um exemplo: servidor público toma ciência de que não haverá realização de promoção na carreira que ocupa, em que pese a previsão legal de que a mesma seria realizada nos próximos meses.

A comunicação ao interessado quanto a não realização do ato administrativo que almeja poderá gerar, pelo menos em tese, o controle judicial da eventual omissão administrativa. No tema, vale citar julgado oriundo do STF, ainda com base na legislação anterior do MS:

“Administrativo – Mandado de Segurança por Omissão – Marco inicial do prazo de decadência – Ciência da recusa materializada em ato concreto da administração pública – Precedentes do STF – Impetração ocorrida depois de exaurido o prazo previsto no art. 18 da Lei 1.533/1951 – Recurso desprovido. – Enquanto há omissão continuada da Administração Pública, não corre o prazo de decadência para a impetração do mandado de segurança, sendo certo, porém, que essa omissão cessa no momento em que há situação jurídica de que decorre inequivocamente a recusa, por parte da Administração Pública, do pretendido direito, fluindo a partir daí o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a impetração da segurança contra essa recusa” (STF – RMS 23987/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ. 02.05.2003).

Portanto, com a ciência da recusa, tem-se por iniciado o prazo de 120 dias para a impetração do mandado de segurança, não podendo mais ser alegada a tese de omissão continuada.

Por derradeiro, vale lembrar a situação prevista no Enunciado 429 de Súmula da Jurisprudência Dominante do STF⁵. Se o caso concreto disser respeito ao MS por omissão, não há que se falar em obstáculo decorrente do recurso administrativo interposto com efeito suspensivo.

Fazendo interpretação do Enunciado de Súmula em comento, é fácil perceber que não há qualquer ato praticado pela autoridade, pelo que não se pode falar em impossibilidade de manejo do remédio constitucional durante a tramitação do recurso administrativo.

4. CASO ESPECÍFICO DO CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS: SEGURANÇA POR OMISSÃO OU PREVENTIVA?

Neste último item, cumpre aprofundar o tema e analisar a situação específica do aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital e o início do prazo para a impetração da segurança⁶.

Segundo as decisões mais recentes⁷, há direito líquido e certo a nomeação e posse dos aprovados em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital. Contudo, a indagações a serem enfrentadas são as seguintes: em qual momento passa a ser possível a

5 “A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade”.

6 O assunto também foi tratado no capítulo 7.

7 No STJ, ver, dentre outros, o RMS 26447 e o REsp 1232930 e, no STF, o RE 598099.

impetração do *mandamus* (imediatamente, após ou perto de encerrar o prazo de validade do certame)? Será MS por omissão ou preventivo?

Aqui também existem algumas variáveis que devem ser ponderadas.

Inicialmente, vale aduzir que a administração pública, quando realiza um concurso público, deve ser pautada pelas premissas orçamentárias, nos termos das previsões contidas no art. 169, § 1º, I e II, do Texto Constitucional, visando a nomeação dos respectivos aprovados. É dever a ser atribuído ao administrador fazer a necessária previsão orçamentária para nomeação dos aprovados no concurso por ele promovido, não podendo utilizar de escusas ligadas a impossibilidade econômica para a prática da conduta administrativa.

Sobre o assunto, assim decidiu o STJ (sem grifo no original):

“Administrativo. Recurso ordinário em Mandado de Segurança. Concurso Público. Aprovação dentro do número de vagas previsto em edital. Direito subjetivo a nomeação e posse dentro do prazo de validade do certame. 1. Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado com o objetivo de obter nomeação e posse em razão de aprovação em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital. 2. A instância ordinária denegou a segurança sob o argumento de que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito aos regularmente aprovados, notadamente porque, no caso concreto, o próprio edital do certame condicionava a nomeação e o empossamento à disponibilidade orçamentário-financeira. 3. Nas razões recursais, sustenta a parte recorrente, em síntese, que prevalece na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entendimento segundo o qual candidato aprovado dentro do número de vagas oferecidas no edital tem direito subjetivo à nomeação e posse. 4. Penso que assiste razão à recorrente. 5. Esta Corte Superior adota entendimento segundo o qual a regular aprovação em concurso público em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital confere ao candidato direito subjetivo à nomeação e posse dentro do período de validade do certame. Precedentes. 6. Na espécie, a recorrente-impetrante classificou-se em 3º (terceiro) lugar para um concurso com 4 (quatro) vagas disponíveis para não portadores de deficiência – v. fls. 52/53. 7. **A simples alegação da Administração Pública de que não possui disponibilidade orçamentário-financeira, sem provas contundentes neste sentido, não é suficiente para afastar o direito subjetivo da parte, segundo o art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil, sobretudo tendo em vista a exigência constitucional de previsão orçamentária antes da divulgação do edital (art. 169, § 1º, I e II, CF).** 8. Recurso ordinário provido”. (RMS 33708 / SP – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – 2ª Turma – J. em 06.09.2011, Dje 14.09.2011).

Outra não poderia ser a solução para o problema em questão. Não poderia a administração pública lançar argumento contrário à nomeação dos candidatos, pelo fato de inexistir previsão orçamentária, sabendo-se que esta deve ser feita antes mesmo da publicação do edital de abertura do certame.

Neste momento, cumpre citar um exemplo hipotético para, em seguida, sugerir uma solução: imagine a realização de concurso para cargo ligado ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público. O presidente do Tribunal ou o Procurador Geral de Justiça alocou a previsão orçamentária necessária para a nomeação dos aprovados dentro do número de vagas; mas, ao finalizar o concurso, foi surpreendido com a falta de repasse da verba em questão.

O que deve ser feito se, em tese, há previsão e necessidade de nomeação de juízes, promotores, etc., mas não ocorre a efetivação do repasse da quantia? Será que, neste caso, poderá ser utilizada esta escusa para deixar de nomear os aprovados?

Não podemos esquecer que no procedimento do mandado de segurança não se admite ampla dilação probatória. Logo, se a autoridade indicar que não houve repasse da verba prevista no orçamento, será afastado o direito líquido e certo do aprovado dentro do número de vagas de nomeação imediata?

Penso que não. Não se pode utilizar este frágil argumento para afastar o direito líquido e certo do candidato. A solução, a meu ver, passa pela determinação, como medida de apoio (arts. 536, § 1º, c/c 139, IV, do CPC/15), à autoridade competente que imediatamente repasse a verba necessária para a nomeação dos aprovados, sob pena de fixação de multa pessoal, além das demais sanções cabíveis.

Caso não seja adotada uma solução coercitiva, a simples alegação de falta de repasse de verba poderá afastar a efetividade do remédio heróico. Em última análise, poderá deixar uma margem para o descumprimento de ordem judicial envolvendo a nomeação dos aprovados em concurso público.

Por outro lado, será necessária a análise se existe ou não discricionariedade administrativa em relação a data de nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas. Aqui, também existem duas circunstâncias específicas, a saber: a) nomeação atendendo a ordem de aprovação; b) nomeação de alguns candidatos aprovados no mesmo certame; c) existência de terceirização.

Em relação ao primeiro aspecto, entendo que a nomeação dos aprovados deve seguir um padrão mínimo de tempo, sem ultrapassar o período previsto no edital. Sobre o assunto, vale citar a apreciação, pelo Supremo Tribunal Federal, do RE nº 598099 (DJe de 30.09.2011, Rel Min. Gilmar Mendes). O Pretório Excelso, ao negar provimento ao recurso extremo, considerou a existência de repercussão geral e o direito a nomeação dentro do prazo do edital (transcreve-se até o item III da ementa do acórdão):

“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. II. Administração pública. Princípio da segurança jurídica. Boa-fé. Proteção à confiança. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança.

Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.

Do voto do relator (Min. Gilmar Mendes), extrai-se a seguinte passagem:

“Assim, é possível concluir que, 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”.

O acórdão em questão é extremamente interessante e merece leitura, especialmente em relação aos aspectos ligados à *boa-fé* e à *liberdade* na atuação administrativa envolvendo a escolha da melhor época para nomeação, dentro do prazo de validade do certame.

Apesar desta *liberdade* na fixação do melhor momento para a nomeação dos aprovados, a omissão quanto a prática do ato administrativo pode gerar a impetração do *mandamus*. No tema, acredito que a melhor interpretação é aquela pautada pela razoabilidade e proporcionalidade também quanto a escolha do melhor momento para a nomeação.

Não se pode, a meu ver, deixar ao livre arbítrio do administrador a escolha, sem qualquer critério, do melhor momento para a prática do ato.

As circunstâncias como a necessidade do serviço, a urgência na contratação, a função a ser exercida e o decurso de tempo legitimam a necessidade de se ponderar para aplicar a melhor interpretação. Logo, a administração pública não pode se quedar passiva durante o transcorrer do prazo de validade do concurso sem qualquer justificativa plausível.

Em suma, defende-se que a omissão continuada, mesmo no prazo de validade do concurso, pode ser considerada abusiva e fundamentar a impetração do mandado de segurança, desde que demonstradas estas circunstâncias específicas⁸.

São três situações distintas: a) *aprovado dentro do número de vagas*, que tem direito à nomeação (RE RG 598.099/STF), salvo situações excepcionais (STJ – Resp 1.770.399/RO, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 21/3/2019, DJe 27/3/2019; RMS 59.979/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado

8 Seria razoável, *v.g.*, deixar de nomear imediatamente um médico aprovado em 1º lugar no concurso público realizado por um hospital pertencente à administração indireta, quando o noticiário local demonstra que a crise na saúde pública decorre da falta de profissionais qualificados? Se já há previsão orçamentária, é razoável defender a ampla liberdade do administrador de nomear este profissional em qualquer momento, desde que durante o prazo de validade do certame? Acredito que não. O ato administrativo deve ser praticado imediatamente, tendo em vista o interesse social envolvido.

em 19/3/2019, DJe 16/4/2019); b) *aprovado fora do número de vagas e que passa a ter direito à nomeação em razão da desistência de outros candidatos, dentro do prazo de validade do certame* (STJ - AgInt no RMS 56.417/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 10/12/2018; AgInt no REsp 1.576.096/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 8/3/2018; RMS 55.667/TO, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2017; RMS 52.251/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 7/12/2017); c) *aprovado fora do número de vagas, tendo sido tornado sem efeito o ato de nomeação dos aprovados em melhor classificação, após o prazo de validade do concurso, não terá direito à nomeação, eis que encerrou a eficácia jurídica do concurso* (gRg no RMS 46.535/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Relator(a) p/ Acórdão Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 29/4/2019; AgInt no RMS 52.660/ES, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 18/6/2018; AgRg no RMS 42.244/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26/4/2016).

Em relação ao aprovado dentro do número de vagas e o momento de sua nomeação, importante transcrever o item 2 do acórdão em AgInt no RMS 61912 / MG (Rel. Min. Regina Helena Costa – 1ª T - J. em 09/03/2020 – DJe 12/03/2020): “o acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual, enquanto não expirado o prazo de validade do concurso público, o candidato aprovado, ainda que dentro do número de vagas, possui mera expectativa de direito à nomeação, dependente do juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública”.

Neste mesmo sentido, “conforme sedimentado pela jurisprudência pátria, no prazo de validade do concurso público a Administração Pública possui discricionariedade para realizar as nomeações em atenção à conveniência e à oportunidade. AgInt no RMS 69252 / SC - Rel. Min. Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF5) - 1ª T/STJ - J. 03/10/2022 - DJe 05/10/2022”.

De outro prisma, se, durante o prazo de validade de concurso, há a nomeação de outros candidatos aprovados no concurso, mesmo para cargos distintos, parece-me que o ato administrativo passa a ser vinculado e não meramente discricionário.

Uma coisa é a preterição da ordem de classificação, que gera a possibilidade de controle judicial desse ato comissivo abusivo; outra coisa é a nomeação de aprovados em cargos diversos oriundos do mesmo concurso, o que fundamenta a impetração em decorrência de ato omissivo.

Vejamos mais um exemplo: concurso público para vários cargos, com vários aprovados. O administrador, sem qualquer justificação plausível, passa a escolher quais cargos são as suas prioridades para nomeação imediata. Ora, se começou a nomeação em relação a alguns cargos, parece-me que o ato passa a ser vinculado e há a necessidade de fundamentação para apontar os motivos que levaram a indicação da prioridade, em detrimento aos aprovados em outros cargos.

Assim, na demanda mandamental a ser promovida, poderá ser discutida a abusividade na omissão sem fundamentação, eis que não há justificativa para a nomeação de aprovados

em alguns cargos do mesmo concurso e a omissão administrativa em relação a outros, especialmente quando se verifica que o órgão beneficiário do concurso informa que há necessidade da força de trabalho especializada. A omissão é abusiva e ofensiva a direito líquido e certo, devendo ser objeto de controle judicial.

Há, portanto, a *transformação* do ato administrativo que seria discricionário (escolha do melhor momento para a sua prática), em vinculado (obrigatoriedade de conduta)⁹, com a necessária fundamentação em relação aos motivos da escolha praticada. Deve, portanto, o administrador justificar os motivos pelos quais nomeou, *v.g.*, os 20 aprovados para o cargo X e não o fez em relação ao 1º lugar do cargo Y.

O mandado de segurança seria por omissão e não preventivo. Em verdade, não há qualquer prevenção de violação e sim a própria violação ao direito líquido e certo. A omissão administrativa em relação a conduta em favor do aprovado para o cargo X fundamenta o mandado de segurança.

O liame que separa a duas situações deve ser observado: uma coisa é a omissão na nomeação: e outra, é a iminência de encerramento do prazo de validade do certame sem a adoção da conduta. Dependendo do caso concreto, será hipótese de MS por omissão (quando a violação decorre da omissão da conduta) ou preventivo (a fim de evitar a ocorrência do ato abusivo – expiração do prazo sem a prática do ato).

De toda sorte, considerando que o objetivo principal do mandado de segurança é a proteção ao direito líquido e certo do aprovado, parece-me adequada a aplicação da fungibilidade entre as duas modalidades, desde que seja garantido o direito à nomeação e posse no cargo público.

Há, ainda, uma derradeira hipótese que merece reflexão. Se, no caso concreto, existir mão-de-obra terceirizada exercendo a mesma atividade do aprovado em concurso, a omissão em relação a sua nomeação é ato abusivo e sujeito a controle judicial imediato.

Neste caso, é razoável aduzir que a falta de nomeação dos aprovados dentro do número de vagas viola os preceitos insculpidos no art. 37 da CF/88. A partir do momento em que o administrador divulga o edital do concurso, deve começar a afastar os terceirizados, evitando, com isso, que ocorra a situação em comento.

E se houver apenas cadastro de reserva e contratação de terceirizados? Vejamos a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“Concurso para provimento de cargo publico. Candidato aprovado e não aproveitado. Vagas ocorridas dentro do período de validade do concurso. Serviços terceirizados. Direito a nomeação. Princípio da impessoalidade. Apelação em Mandado de Segurança.

9 Francisco Antônio de Oliveira ensina que: “nos atos vinculados, a autoridade pública sujeita-se ao que determina a norma ou regulamento, ficando adstrita aos ditames legais, sob pena de viciá-los. Discricionários são os atos que podem ser praticados de acordo com a conveniência, não só quanto à oportunidade como quanto ao modo de realizá-lo, não se confundindo, é óbvio, com o arbitrário, que é sempre abusivo e ilegítimo”. *Mandado de segurança e controle judicial*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 64.

Concurso Público para preenchimento de cargo de advogado de Furnas. Competência de Justiça Comum. Desnecessidade de citação dos demais candidatos aprovados. Preliminares refutadas. Contratação de mão-de-obra terceirizada na função para a qual foi aprovado o impetrante. Conveniência, oportunidade e existência de dotação orçamentária para a contratação. Ao optar por servidores terceirizados, mesmo dispondo de cadastro de reserva com número de aprovados suficiente para o preenchimento das vagas, Furnas violou princípio fundamental insculpido no art. 37, II, da Constituição Federal, que é conecatório lógico de outro princípio igualmente constitucional, qual seja, o da impessoalidade. A terceirização no presente caso revela manobra que visa burlar a forma prescrita na Lei Maior para o preenchimento de emprego público. Desprovimento do recurso. Manutenção da sentença" (TJRJ – Apelação 0077779-19.2006.8.19.0001 – 2007.001.13137 – Rel. Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho – Julgamento: 21/08/2007 – 18ª Câmara Cível. Ementário: 02/2008 – nº 04 – 17/01/2008).

Interessante observar, neste contexto, que poderá haver violação ao direito do aprovado (dentro e fora do número de vagas) em caso de contratação de terceirizados, dependendo de uma análise concreta. De fato, a omissão do administrador de nomear aprovados, mesmo que em cadastro de reserva, poderá significar violação aos princípios norteadores da administração pública (art. 37 da CF/88) e sujeitar-se ao controle judicial. Logo, cabe ao intérprete analisar o caso concreto para concluir se há ou não direito líquido e certo em nomeação dos aprovados, mesmo no caso de cadastro de reserva.

Capítulo 18

POLÊMICAS SOBRE O MS COLETIVO E A LEI 12.016/09

SUMÁRIO • 1. Introdução; 2. Interesses discutidos: o problema dos difusos e o limite entre o MSC e a ação popular; 3. A legitimação ativa; 4. O direito de renunciar a tutela coletiva e a coisa julgada no MSC. (in) constitucionalidade do art. 22 da Lei 12.016/09.

1. INTRODUÇÃO

No presente capítulo, pretendo enfrentar alguns aspectos ligados ao mandado de segurança coletivo (MSC) e regulamentação advinda da Lei do Mandado de Segurança (LMS – nº 12016/09)¹.

Na verdade, o MSC está incluído numa temática maior, ligada ao sistema processual coletivo, estabelecido pelas Leis da Ação Civil Pública (LACP), da Ação Popular (LAP), pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) e pela própria Constituição Federal de 1988.

Visando o enfrentamento das questões polêmicas da legislação do mandado de segurança, é necessário partir de uma premissa: não havia, até a edição da Lei 12.016/09, regulamentação específica do MSC, pelo que o sistema processual coletivo sustentava o seu procedimento, bem como era utilizado grande assento doutrinário e jurisprudencial, inclusive com Enunciados de Súmula (como os de nº 101, 629 e 630 do STF).

A partir de 2009, portanto, os arts. 21 e 22 da lei em comento passaram a tratar desta modalidade de ação coletiva. O que a legislação fez foi apenas estabelecer alguns aspectos procedimentais relativos ao MSC, tentando regulamentar a sua previsão constitucional (art. 5º, LXX, da CF/88).

Deve-se ressaltar, nesse aspecto introdutório, que não se trata de um novo MS, mas apenas de uma regulamentação de tutela coletiva². Portanto, os requisitos gerais para o

1 Sobre cumprimento individual de decisão em mandado de segurança coletivo, ver Cap. 13.6.

2 Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery escreveram, antes da Lei 12.016/09, que: “o MSC nada mais é do que a possibilidade de impetrar-se o MS tradicional por meio de tutela jurisdicional coletiva. O adjetivo

cabimento do *mandamus* e seu processamento, estão presentes também na sua forma coletiva³, a saber: conceito de direito líquido e certo; restrições ao cabimento de liminar; notificação da autoridade coatora e citação da pessoa jurídica de direito público; prioridade de tramitação; cabimento de pedido de suspensão de liminar e de segurança; etc.

Neste fulgor, fazendo um necessário corte metodológico, não se pretende enfrentar os requisitos genéricos para o MSC⁴, mas os aspectos específicos e polêmicos advindos da legislação de 2009, em especial: os direitos discutidos, os legitimados para a impetração; a concomitância entre a tutela coletiva e a individual; a coisa julgada coletiva e a oitiva do representante judicial da pessoa jurídica de direito público antes da apreciação do pedido de liminar.

2. INTERESSES DISCUTIDOS: O PROBLEMA DOS DIFUSOS E O LIMITE ENTRE O MSC E A AÇÃO POPULAR

O § único, do art. 21, da Lei 12.016/09 consagra, expressamente, o cabimento de MSC para proteger os direitos coletivos e individuais homogêneos. Tal dispositivo restringe, se comparado ao CDC, o campo de utilização da ação coletiva.

Explica-se.

Como já mencionado, não se deve perder de vista que o MSC faz parte do sistema processual coletivo de proteção aos direitos transindividuais⁵, o qual possui como legislação

‘coletivo’ se refere à forma de exercer-se a pretensão mandamental, e não à pretensão deduzida em si mesma. O MSC se presta à tutela de direito difuso, coletivo ou individual. O que é coletivo não é o mérito, o objeto, o direito pleiteado por meio de MSC, mas sim a ação”. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 139. Também Athos Gusmão Carneiro observa que: “não estamos frente a um novo instituto jurídico, mas sim a Constituição veio, principalmente, a ampliar o elenco das pessoas capacitadas ao ajuizamento da garantia mandamental, para tanto utilizando a técnica da substituição processual”. *Da antecipação de tutela*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 139.

- 3 Após a análise do anteprojeto de Constituição que culminou com o texto Constitucional de 1988, defendeu José da Silva Pacheco: “o exame dos antecedentes legislativos levam, desse modo, à convicção de que o mandado de segurança coletivo, como simples tipo da espécie mandado de segurança, absorve, por sua natureza, os caracteres e requisitos comuns, diferenciando-se apenas pela legitimidade ativa”. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 323.
- 4 Caso o leitor pretenda estudar os requisitos específicos do MSC, indica-se a seguinte leitura, dentre outros: a) antes da Lei 12.016/09: CARVALHO, Ivan Lira de Carvalho. *O mandado de segurança coletivo e os partidos políticos* RePro 72/75; CALMON DE PASSOS, Elizabeth Nogueira. *Mandado de Segurança Coletivo*. RePro 69/164.; b) após a Lei 12016/09: BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130; Medina, José Miguel Garcia e ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; ARRUDA ALVIM, Eduardo; RAMOS, Glauco Gumerato; MELO, Gustavo de Medeiros; ARAÚJO, José Henrique Mouta (coords). *O novo mandado de segurança*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- 5 Interessante transcrever a pergunta e a resposta conceitual formuladas por Vigliar: “Qual a diferença entre as expressões *interesses transindividuais*, *interesses metaindividuais*, *interesses supra-individuais* e outras, utilizadas pela doutrina e jurisprudência? Você encontrará as três formas. Alguns autores preferem uma delas. Outros, no decorrer de seus trabalhos, utilizam-se das três. Embora a língua portuguesa seja muito rica e, assim, cada prefixo tenha o seu significado, as expressões tornaram-se sinônimas e pretendem indicar interesses que vão além dos interesses individuais”. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ações coletivas – provas e concursos*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 53.