MANDADO DE SEGURANÇA E APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO: DA EXPECTIVA DE DIREITO AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO, POSSE E EXERCÍCIO

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO, Doutor e mestre pela Universidade Federal do Pará, Procurador do Estado do Pará, Professor de Graduação e Pós Graduação da Universidade da Amazônia- UNAMA, do Centro Universitário do Pará – CESUPA e da Faculdade do Pará - FACI. Advogado.

1- Aspectos iniciais

Um dos assuntos mais interessantes envolvendo o mandado de segurança diz respeito a existência ou não de direito líquido e certo à nomeação de candidato aprovado em curso público.

Não é de hoje que o *mandamus* vem sendo utilizado visando salvaguardar direito líquido e certo eventualmente violado durante o andamento de concurso público. Normalmente, o que pretende o impetrante é discutir direito à nomeação (inclusive *sub judice*), posse, exercício ou mesmo garantia de participação em etapas seguintes do certame.

O assunto vem provocando evolução jurisprudencial, discutindo desde a mera expectativa de direito até a própria existência de direito líquido e certo à nomeação, mesmo que provisória, ao cargo ou emprego que estava sendo ofertado no edital do concurso.

Vamos aos argumentos.

2- Concurso público: o limite entre a expectativa de direito e direito líquido e certo à nomeação

Várias situações jurídicas podem ocorrer durante o andamento de concurso úblico, enquadrando-se em mera expectativa de direito e, por vezes, em direito líquido e certo passível de controle judicial via mandado de segurança.

A indagação a ser enfrentada é a seguinte: o candidato aprovado em concurso tem direito líquido e certo à nomeação e posse? A resposta é variável.

A *priori,* o aprovado em concurso possui apenas expectativa de direito à nomeação e posse durante o período de validade do certame. Nesse caso, não

será cabível demanda judicial pelo aprovado visando garantir sua nomeação[1]. Sobre o assunto, já decidiu o STJ:

> "Recurso em mandado de segurança. Concurso público. Aprovação. Nomeação. A aprovação em concurso público confere ao candidato expectativa à nomeação. Não tem direito de exigi-la. Ilegalidade haverá caso a pública administração promova nomeação em desrespeito à ordem de classificação" (ROMS 494/MS. Rel. Min. Vicente Cernicchiaro – 2ª Turma – J. em 28/11/1990 – DJ de DJ 25.02.1991 p. 1455).

Nesse fulgor, o direito subjetivo (líquido e certo) apenas passaria a existir em caso de preterição da ordem de classificação no certame. O entendimento inicial seria, portanto, o de que a nomeação e posse ocorreriam de acordo com a discricionariedade administrativa, garantindo ao aprovado mera expectativa de direito. Contudo, a evolução jurisprudencial do tema passou a enfrentar uma situação específica: aprovação dentro do número de vagas contidas no edital do concurso.

Vejamos três recentes julgados do STJ:

> "Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Aprovação dentro do número de vagas. Direito líquido e certo. Recurso provido. 1. O princípio da moralidade impõe obediência às regras insculpidas no instrumento convocatório pelo Poder Público, de sorte que a oferta de vagas vincula a Administração pela expectativa surgida entre os candidatos. 2. A partir da veiculação expressa da necessidade de prover determinado número de cargos, através da publicação de edital de concurso, a nomeação e posse de candidato aprovado dentro das vagas ofertadas, transmuda-se de mera expectativa à direito subjetivo. 3. Tem-se por ilegal o ato omissivo da Administração que não assegura a nomeação de candidato aprovado e classificado até o limite de vagas previstas no edital, por se tratar de ato vinculado. 4. Recurso provido para determinar a investidura da recorrente no cargo de Médico Generalista para o qual foi devidamente aprovada" (STJ RMS 26507 / RJ - 5ª T. - Rel. Min. Napoleão

[1] Importante não confundir duas situações diferenciadas: *direito à nomeação e posse* e aquele *ligado aos eventuais prejuízos decorrentes de anulação* ou *revogação do certame*. Neste último caso, nada impede que o candidato demonstre em juízo, mediante demanda de indenizatória, os eventuais prejuízos decorrentes da omissão do poder público.

Nunes Maia Filho – J. em 18/09/2008 DJe 20/10/2008)[2]-[3].

"Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Candidato. Nomeação. Número certo de vagas. Previsão. Edital. Necessidade de preenchimento. Direito líquido e certo. Caracterização. Recurso provido. 1. Em conformidade com a jurisprudência que vem se firmando na 3ª Seção do STJ, o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação, e, não mera expectativa de direito. 2. Consoante precedentes da 5ª e 6ª Turmas do STJ, a partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital. 4. Recurso ordinário conhecido e provido, para conceder a ordem apenas para determinar ao Estado de Minas Gerais que preencha o número de vagas previstas no Edital" (RMS 22597 / MG – 6ª T. – Rel. Jane Silva - Desembargadora convocada do TJ/MG) - J. em 12/06/2008 – DJe de 25/08/2008).

"Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público para o provimento de cargo de técnico judiciário. Direito à nomeação. Inexistência. Candidatas aprovadas fora das vagas previstas no edital. Ausência de preterição. Direito líquido e certo não reconhecido. Recurso desprovido. 1. Cabe à parte interessada opor Embargos Declaratórios, na hipótese de omissão do Tribunal em analisar ponto por ela invocado, que possa ser essencial ao deslinde da controvérsia, por ser este o recurso cabível para sanar referido vício. 2. A citação dos demais aprovados não se faz necessária, uma vez que os efeitos de eventual concessão da segurança não incidiriam sobre eles, em razão do

[2] No voto, constam outros precedentes no mesmo sentido, dentre os quais o RMS 15.420/ PR, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJU de 19.05.2008 e RMS 15.034/RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJU de 29.03.04.

[3] Em passagem do voto, entendeu o Min. Relator que: "Destarte, a partir da veiculação expressa da necessidade de prover determinado número de cargos, através da publicação de edital de concurso, a nomeação e posse de candidato aprovado dentro das vagas ofertadas, transmuda-se de mera expectativa à direito subjetivo. Tem-se, pois, por ilegal o ato omissivo da Administração que não assegura a nomeação de candidato aprovado e classificado até o limite das vagas previstas no edital, por se tratar de ato vinculado".

> entendimento, já pacificado por esta Corte, de que os habilitados em certame público não possuem direito subjetivo à nomeação, mas tão-somente uma mera expectativa de direito. 3. A Constituição previu duas ordens de direito ao candidato devidamente aprovado em concurso público: o direito de precedência, dentro do prazo de validade do certame, em relação aos candidatos aprovados em concurso superveniente e o direito de convocação por ordem descendente de classificação de todos os aprovados. 4. A jurisprudência mais abalizada já assentou a orientação de que referidos direitos estão condicionados ao poder discricionário da Administração quanto à conveniência e oportunidade do chamamento dos aprovados, salvo se ficar comprovado nos autos que houve a contratação de pessoal, de forma precária, dentro da validade do concurso, para o preenchimento de vagas existentes, hipótese que não se coaduna com a presente. 5. Recurso Ordinário desprovido, em consonância com o parecer Ministerial" (RMS 24721 / ES – 5ª T. – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – J. em 04/09/2008 – DJe 29/09/2008).

Percebe-se, pelos julgados em questão, que a solução para o problema é variável e situacional. Ora, se a administração é vinculada às regras do edital e à moralidade e impessoalidade administrativas, passa a nomeação a ser direito líquido e certo em caso de aprovação dentro do número de vagas.

Em síntese: é razoável interpretar que a omissão administrativa em prover os cargos dentro do limite das vagas ofertadas no edital viola direito líquido e certo, amparável por meio do mandado de segurança. Com isso protege-se o candidato que goza de boa-fé e foi aprovado dentro do limite de vagas, evitando-se ressarcimento de eventuais danos causados pela espera indeterminada em decorrência da omissão administrativa[4].

Outrossim, se o candidato for aprovado fora do número de vagas, permanece o entendimento de que possui apenas a expectativa de direito, excetuando-se os casos de preterição da ordem de classificação ou mesmo contratação precária. Realmente, se o êxito no concurso fora do número de vagas conditas no instrumento convocatório não gera direito líquido e certo, o mesmo existirá se

---

[4] E os concursos cujos editais garantem apenas "cadastro de reserva" geram direito à nomeação pelos candidatos aprovados que desconhecem o número de vagas em decorrência da omissão do promovente? A falta de publicidade do número de vagas viola direito líquido e certo dos candidatos aprovados? Ora, se o candidato tem direito à nomeação quando aprovado dentro do número de vagas, é mister refletir que tal requisito deve constar expressamente no edital, sob pena de ser discutível a necessidade de nomeação dos aprovados. Se este não for o raciocínio, poder-se-á gerar verdadeira "indústria de concursos", gerando omissões administrativas e percepção de quantia elevada em decorrência das inscrições, sem qualquer garantia aos aprovados.

não for obedecida a ordem de classificação, bem como se houver contratação precária para o cargo em que houver candidato aprovado em concurso[5].

Realmente, há direito a ser amparado em favor do candidato aprovado em caso de preterição de ordem classificatória, podendo o Judiciário conceder liminar, ou mesmo sentença mandamental, determinando o atendimento à referida classificação, com a conseqüente nomeação e posse do candidato melhor aprovado.

Não se deve olvidar que em tal situação também poderá ocorrer a impetração de MS por titular de direito decorrente, *ex vi* art. 3º da Lei 1.533/51[6].

Nesse sentido, a súmula 15 do STF consagra que: "dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação". Há, portanto, direito líquido e certo à nomeação de candidato quando, existindo vaga, o administrador nomeia precariamente outro servidor. Tanto no caso da burla à ordem quanto na hipótese de nomeação de terceiro estranho aos aprovados no certame, deve-se apontar a presença de direito líquido e certo a ser amparado por meio de mandado de segurança[7], bem como justifica a necessidade de concessão de liminar com duplo caráter: i- declaratório – declarando a nulidade do ato administrativo impugnado; ii- constitutivo – constituindo nova relação jurídica antes inexistente entre o impetrante e a pessoa jurídica de direito público.

Para finalizar este item, importante destacar que estas hipóteses poderão atingir interesse de terceiro, devendo ser citado como litisconsorte passivo necessário o servidor que eventualmente está exercendo a atividade

---

[5] Nesse sentido, já decidiu o STJ: "Administrativo. Novo concurso público. Contratação. Professor substituto. Concurso público válido. Segundo lugar. Preterição. I – É entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito à nomeação, competindo à Administração, dentro de seu poder discricionário, nomear os candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência e oportunidade. II - Entretanto, a mera expectativa se convola em direito líquido e certo a partir do momento em que, dentro do prazo de validade do concurso, há contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição àqueles que, aprovados em concurso ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. Agravo regimental desprovido" (STJ - AgRg no REsp 652789 / SC - 5ª T - Rel. Ministro Felix Fischer – J. em 06/06/2006 – DJ de DJ 01/08/2006 p. 515). Em outro julgado, assim entendeu a Corte Especial: "Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Concurso público para o cargo de professor. Contratações, a título precário, durante a validade do certame. Convolação da expectativa de direito à nomeação e posse em direito líquido e certo. Precedentes. 1. É cediço que os concursandos não possuem direito subjetivo à nomeação, mas apenas expectativa. Contudo, essa expectativa se convola em direito subjetivo, com a imposição à Administração de nomear o aprovado dentro do prazo de validade do certame, caso tenha havido contratação a título precário para o preenchimento de vaga existente, em detrimento da nomeação de candidato aprovado em certame ainda válido, exatamente como ocorrera na espécie, daí a liquidez e certeza do direito. Precedentes. 2. Recurso conhecido e provido para determinar à autoridade coatora que efetive a nomeação e posse do Recorrente no cargo para o qual foi aprovado em concurso público"(RMS 17302 / MS – 5ª T – Rel. Min. Laurita Vaz - J. em 21/09/2006 – DJ de 30/10/2006 p. 331).

[6] No Projeto de Lei da Câmara 125/2006 também consta previsão de mandado de segurança em caso de direito decorrente, fixando, ao contrário do art. 3º da Lei 1.533/51, prazo de 30 dias para o titular do direito originário manifestar interesse na impetração do *mandamus*.

[7] Não se deve confundir nomeação e posse. Aquela é condicionante desta. Com a nomeação, passa o interessado a ter direito líquido e certo à posse, como prevê a súmula 16 do STF.

impugnada judicialmente (Súmula 631 do STF). Deve-se citar, na qualidade de litisconsorte passivo, *v.g.*, o candidato que está exercendo a atividade cuja nomeação e posse estão sendo discutidas judicialmente.

3- Aprovação *sub judice*. Direito à posse e nomeação ou mera expectativa?

Outra situação relevante e muito comum no cotidiano forense refere-se ao candidato aprovado *sub judice*. Será que a aprovação no concurso por força de liminar concedida em etapa anterior do certame garante direito à nomeação e posse?

Vejamos um exemplo: "A" impetrou mandado de segurança visando impugnar questão da prova objetiva de concurso público. O magistrado que apreciou a inicial concedeu medida liminar para garantir que o mesmo participasse da etapa seguinte do concurso. Com a aprovação nesta segunda fase, participou das demais e, ao final, constou como *aprovado sub judice*.

In casu, considerando que a liminar foi apenas para garantir a participação na etapa subseqüente do certame, algumas ponderações deve ser feitas: i- terá o aprovado direito líquido e certo à nomeação? ii- caso seja nomeado outro candidato, sem qualquer pendência judicial, ocorrerá burla na ordem classificatória?

Visando solucionar o caso concreto, deve o intérprete analisar o teor e o objeto da medida liminar. No exemplo proposto, a mesma garantiu apenas a participação na etapa seguinte, sem qualquer indicação quanto a conduta a ser adotada em caso de aprovação. Logo, a autoridade coatora atendeu à ordem judicial na medida em que garantiu a permanência do candidato, não havendo razões para ampliação do objeto litigioso do processo para incluir direito à nomeação e posse.

Há a necessidade de mensuração dos riscos a serem evitados. O principal deles refere-se à eventual nomeação e posse de candidato *sub judice*, com o conseqüente investimento - pecuniário e/ou estratégico - por parte da administração pública, com posterior decisão judicial invalidando a ordem anterior.

Tal aspecto é bastante significativo e deve ser analisado com cautela pelo intérprete. Em decorrência da nomeação e posse *sub judice,* o servidor normalmente é treinado, passa a conhecer o funcionamento da máquina administrativa e, posteriormente, pode ser excluído pela denegação da segurança e revogação da ordem anterior.

Claro que, neste caso, ganha corpo a análise da teoria do fato consumado[8]. Contudo, visando evitar conseqüências administrativas irreversíveis, bem como

---

[8] Defende-se a inadmissibilidade de tal teoria quando o servidor, nomeado, empossado e em exercício, é sabedor de sua condição de sub judice. Sobre o assunto, vale transcrever a seguinte decisão do STJ:

a infração ao art. 37 da CF/88, é razoável defender apenas a reserva de vaga e não a posse imediata.

Com efeito, nestas situações, tendo a liminar ordenado apenas a participação em etapas seguintes, deve ser garantida apenas a reserva da vaga até a resolução do mérito do *mandamus*, e durante o período de validade do concurso público. Nesse caso, não há que se falar em direito líquido e certo à nomeação e posse, bem como inexiste qualquer burla na ordem de classificação dos aprovados sem restrição judicial.

Aliás, a ordem é cumprida com a simples garantia de participação, não se estendendo para eventual nomeação e posse. Sobre o tema, vale citar os seguintes precedentes do STJ:

> "Direito administrativo. Mandado de segurança. Estágio de adaptação ao oficialato. Candidato sub judice. Direito líquido e certo à nomeação e à convocação. Inexistência. Reserva de vaga. Cabimento. Segurança parcialmente concedida. 1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o candidato aprovado e classificado em concurso público na condição sub judice, ou seja, aquele que seguiu no certame por força de decisão judicial de natureza cautelar, não tem direito líquido e certo à nomeação. Assegura-se-lhe tão-somente a reserva de vaga. 2. Segurança parcialmente concedida"(MS 12786 / DF 3ª Seção – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – J. em 23/06/2008 – DJe de 21/11/2008).
>
> "Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Candidatos sub judice. Nomeação no curso do processo. Falta interesse processual superveniente. Candidatos remanescentes.

"Processual Civil e Administrativo. Embargos de declaração. Art. 535 do CPC. Ausência dos pressupostos. Concurso público. Delegado de polícia. Homologação final. Prescrição. Candidato no exercício do cargo. Aplicação da "teoria do fato consumado". Inadmissibilidade. Precedentes. Embargos rejeitados. I - Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade, não havendo qualquer um desses pressupostos, rejeitam-se os mesmos. II - Consoante entendimento desta Corte, o prazo de validade do concurso para cargos da Polícia Federal previsto no Edital n.º 001/93 teve início com a homologação do resultado final da primeira etapa do certame. Assim, sendo correta a homologação final procedida pela Administração, verifica-se que se encontra prescrito o direito de ação de candidato, conforme previsão do art. 11 do Decreto-Lei 2.320/87. Precedentes. III - A Eg. Terceira Seção possui entendimento no sentido de afastar a aplicação da "Teoria do Fato Consumado" nas hipóteses em que os candidatos tomaram posse sabendo que o seus processos judiciais ainda não haviam findado, submetendo-se aos riscos da reversibilidade do julgamento. IV - O julgador não está obrigado a responder a todos os questionamentos formulados pelas partes, competindo-lhe, apenas, indicar a fundamentação adequada ao deslinde da controvérsia, observadas as peculiaridades do caso concreto, como ocorreu in casu, não havendo qualquer omissão ou obscuridade no julgado embargado, já que houve a efetiva análise das matérias anteriormente expostas. V - Embargos de declaração rejeitados"(EDcl no AgRg no Ag 740721 / MG – 5ª T Rel. MIn. Gilson Dipp – J. em 17/10/2006 – DJ de 13.11.2006, p. 288).

> Inexistência de direito à nomeação. Direito apenas à reserva de vaga. I- Se, por força de decisões judiciais em outros feitos que asseguraram a participação dos candidatos no concurso, estes foram nomeados nos cargos públicos, o mandamus impetrado para assegurar essas mesmas nomeações deve ser extinto, por ausência de interesse processual superveniente. II - A investidura em cargo público efetivo exige prévia aprovação em concurso público. Por isso, inviável a nomeação de candidato cuja permanência no certame foi garantia por decisão judicial ainda não transitada em julgado, hipótese em que se admite tão-somente a reserva de vagas até o trânsito em julgado da decisão que assegurou ao candidato o direito de prosseguir no certame. Precedentes. Recurso ordinário desprovido" (RMS 22473 / PA – 5ª T- Rel, Min. Felix Fischer – J. em 19/04/2007 - DJ de 04/06/2007 p. 382).

.

> "Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Delegado da polícia federal. Aprovação sub judice. Nomeação indeferida pela autoridade coatora. Direito à reserva de vaga. Precedentes desta corte. 1. Não pode a Administração Pública preterir candidato aprovado sub judice em concurso público, em obediência ao princípio de que trata o inciso IV do art. 37 da Carta Federal; por outro lado, não há como determinar a nomeação e posse em virtude da falta de trânsito em julgado da decisão judicial que lhe assegurou a participação no certame, razão pela qual garante-se-lhe apenas a reserva de vaga. Precedentes desta Corte. 2. Ordem concedida parcialmente tão-somente para determinar a reserva de vaga ao Impetrante até o trânsito em julgado da decisão que lhe assegurou o direito a prosseguir no certame (STJ – MS/DF – 3ª Seção - Data da decisão: 27.10.2004 - Documento: 595293 – Relator Laurita Vaz).

Ratifica-se, por oportuno, que o raciocínio a ser feito passa pela análise do teor da ordem judicial. Se esta foi apenas para garantir a participação do impetrante em etapa seguinte do concurso, é defeso ampliá-la para alcançar suposto direito à nomeação e posse. Deve, nesse mister, ser aguardada a resolução definitiva do mérito do *mandamus* a fim de garantir ou não o direito à nomeação do impetrante que passará, se vencedor da demanda judicial, a não mais ter a qualificação de *sub judice*.

Por outro lado, nada impede que candidato impetre novo Mandado de Segurança, desta feita discutindo suposto direito líquido e certo à nomeação e

posse. Enfim, visando até mesmo atender ao princípio da congruência (arts. 2º, 128 e 460 do CPC), deve ser interpretada de forma restrita a ordem judicial em comento, garantindo-se a nomeação e posse após o trânsito em julgado da sentença eventualmente concessiva da segurança.