

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60.228 - MG (2019/0061161-9)**

**RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA**  
**RECORRENTE : LUCELMA APARECIDA ANDRADE**  
**ADVOGADO : CRISTIANE APARECIDA DE AGUIAR - MG120158**  
**RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**PROCURADOR : ANA CRISTINA SETTE BICALHO GOULART E**  
**OUTRO(S) - MG075627**

**DECISÃO**

**Vistos.**

Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto por **LUCELMA APARECIDA ANDRADE**, com base nos arts. 105, II, *b*, da Constituição da República e 1.027, II, *a*, do Código de Processo Civil de 2015, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

***MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS. PRETERIÇÃO. ÔNUS DA PROVA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. O candidato aprovado fora do número das vagas previstas no edital, que não comprova de forma segura a existência de cargo vago e preterição arbitrária, não possui direito subjetivo à nomeação.***

Nas razões recursais, alega-se, em síntese:

I. “no caso em tela, conforme informado pela Recorrente, essa não foi aprovada dentro do número de vagas. No entanto, segundo demonstra a própria documentação juntada pela autora, esta prestou concurso para a cargo de Professor de Educação Básica - PEB - Nível I Grau A - para vaga no município de Três Corações/MG, para o qual foram oferecidas 07 vagas, sendo aprovada na 63ª colocação (Documentos de Ordem 10). Posteriormente, 13 em janeiro de 2017, antes do encerramento da validade do concurso, foi publicado Edital de Divulgação de vagas para Designação no cargo em questão, constando do documento emitido pela Secretaria de Estado de Educação de Minas Gerais (Documento de Ordem 8). Restando comprovado, ainda, a nomeação do candidato aprovado até a 51ª colocação, (Documento de Ordem 9). Após essas 51 nomeações, ainda restaram 19 (nove) cargos vagos NÃO preenchidos, conforme informação clara da Diretora de pessoal da Superintendência Regional de

Varginha confirma a preterição da Administração Pública. (Documento de Ordem 41)” (fl. 676e);

II. “numa outra perspectiva, embora a existência de contratação temporária não comprove, por si só, a existência de cargos vagos ou de preterição, no caso específico dos autos a Recorrente trouxe documento relativo à abertura de 44 Cargo Vagos em Janeiro de 2017 (Documento de Ordem 6) e no mesmo período a Recorrente foi contratada, por dois anos consecutivos, para ocupar o mesmo cargo em função pública de forma precária. (Documento de Ordem 14). Registre-se que a manifestação inequívoca da administração, a propósito da existência de vagas e da necessidade do seu preenchimento importa em situação excepcional, que revela injusta e arbitrária preterição daqueles que se encontram aprovados em concurso vigente, mesmo quando fora do número de vagas previsto no edital. (Documento de Ordem 6 e 41)” (fl. 677e);

III. “muito embora a Recorrente esteja fora do número de vagas ofertadas no edital, isso não justifica a contratação de temporários. Durante a validade do concurso público, tendo a necessidade de servidores para exercício de cargos efetivos, pode a administração, excepcionalmente chamar aqueles aprovados, na ordem de classificação. Compulsando os autos nota-se a irregularidade na atividade dos Recorridos, tendo em vista que haviam vagas sendo ocupadas por servidores temporários, enquanto haviam concursados, habilitados e qualificados para ocupar os referidos cargos” (fl. 677e); e

IV. “observa-se que a Administração Pública não lançou qualquer argumento pautado na necessidade temporária de excepcional interesse público, a teor do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, para justificar a contratação dos servidores temporários. Na verdade, o único motivo ressaltado foi de que para ocorrer nomeações devem levar em conta a Lei de Responsabilidade Fiscal” (fl. 679e).

Sem contrarrazões (fls. 701e), subiram os autos a esta Corte, admitido o recurso na origem.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 707/710e, pelo improvimento do recurso.

**Feito breve relato, decidido.**

Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão

realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

Nos termos do art. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o art. 34, XVIII, *b*, do Regimento Interno desta Corte, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a negar provimento a recurso ou pedido contrário à tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral (arts. 1.036 a 1.041), a entendimento firmado em incidente de assunção de competência (art. 947), à súmula do Supremo Tribunal Federal ou desta Corte ou, ainda, à jurisprudência dominante acerca do tema, consoante Enunciado da Súmula n. 568/STJ:

*O Relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, passo ao exame do recurso.

Extrai-se dos autos que a Recorrente participou do Concurso Público para o cargo de Professor de Educação Básica – PEB – Nível I Grau A, no qual havia previsão de 07 (sete) vagas para o Município de Três Corações/MG, tendo sido aprovada na 63ª colocação.

Entende fazer jus à nomeação, porquanto há vagas disponíveis para seu cargo, a Administração necessita de mais contratações e vem efetuando contratações temporárias em afronta direta ao direito dos concursados.

Ao analisar a documentação juntada aos autos, o tribunal de origem consignou a sua insuficiência para provar o direito alegado, uma vez não evidenciada a existência de vagas no quadro efetivo em quantidade suficiente para a convocação da Recorrente. Asseverou, ainda, que o candidato aprovado fora das vagas previstas no edital não possui direito líquido e certo à nomeação, o *in verbis*:

*No caso em apreço, após ser oficiada a Diretoria de Informações Gerenciais, restou esclarecido que dos 44 (quarenta e quatro) cargos vagos ocupados por designados, informados inicialmente, "apenas 14(quatorze) são passíveis de provimento por nomeação via concurso público, considerados VAGOS na forma do artigo 103 da Lei 869/52".*

*(documento de ordem 55) Isso porque, dos 44 cargos informados, "30(trinta) cargos pertencem a servidores que encontram-se em afastamento preliminar à aposentadoria e fazem parte da reserva técnica, uma vez que estes servidores ainda não tiveram seus atos de aposentadoria publicados", (documento de ordem 55)*

*Com efeito, neste caso específico a Administração Pública foi oficiada e afirmou expressamente que não estamos diante de cargos efetivos vagos na forma do art. 103 da Lei Estadual nº 869/52, fato que elide a possibilidade de concessão da segurança.*

*Isso porque segundo demonstra a própria documentação juntada pela autora, essa prestou concurso para PROFESSOR DE EDUCAÇÃO BÁSICA - ANOS INICIAIS, SRE: Varginha, Município de Classificação: Três Corações, para o qual foram oferecidas 07 (sete) vagas, sendo aprovada na 63ª colocação (Documento de Ordem 16 e 10).*

*Em dezembro de 2016, conforme informação acima, haviam 14 (quatorze) cargos vagos ocupados por designados.*

*Ocorre que no dia 28 de janeiro de 2017, foram nomeados 14 candidatos, incluindo aquele classificado na 51ª posição (documento de ordem 9).*

*Por conseguinte, não há prova da existência de cargos vagos ocupados por designados em número suficiente para atingir a classificação da impetrante.*

*Assim, apesar de toda a argumentação contida na exordial e do documento juntado pela impetrante falar em designação em "cargo vago", nestes autos foi prestada informação sobremaneira detalhada e clara, que afasta a existência de cargo vago e preterição arbitrária, sendo completamente despicienda a produção de mais provas.*

*Neste contexto, vale lembrar que o Mandado de Segurança é o remédio processual cabível para tutelar um direito calcado em situações líquidas e certas, seara em que não há campo para dúvidas ou dilação probatória.*

*(...)*

*Assim, não demonstrada a preterição arbitrária, deve-se respeitar a conveniência e oportunidade de que dispõe a Administração Pública para prover seus cargos.*

De fato, a impetração de mandado de segurança pressupõe a existência de direito líquido e certo, comprovado mediante prova pré-constituída.

Nesse sentido, de destacada importância os ensinamentos do Professor Hely Lopes Meirelles a respeito da matéria:

*"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada;*

*se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.*

*Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança ".*

*(Mandado de Segurança, 28ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, pp. 36/37).*

Na mesma linha, se posiciona a jurisprudência desta Corte, traduzida nos acórdãos assim ementados:

**PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DOS SERVIÇOS PRESTADOS. NÃO COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO ATO COATOR. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

1. *Direito líquido e certo é aquele que se apresenta manifesto de plano na sua existência, ostentando, desde o momento da impetração, todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício, já que o Mandado de Segurança não comporta dilação probatória. Trata-se, na verdade, de uma condição processual do remédio de rito sumaríssimo que, quando ausente, impede o conhecimento ou admissibilidade do mandamus.*

2. *Dessa forma, mostra-se defeso na via especial da ação mandamental a juntada posterior de documentos suficientes a comprovar o invocado direito líquido e certo.*

3. *Agravo Regimental desprovido.*

(RCDESP no MS 17.832/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 08/03/2012)

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO. JUNTADA DE DOCUMENTO EM SEDE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.**

1. *A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que, em se tratando de mandado de segurança, a prova do direito líquido e certo deve ser manifesta, pré-constituída, apta, assim, a favorecer, de pronto, o exame da pretensão deduzida em juízo, sendo totalmente descabida a juntada de documentos suficientes a comprovar o invocado direito líquido*

*e certo somente em sede recursal.*

(...)

4. *Embargos de declaração rejeitados.*

(EDcl no RMS 37.882/AC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 09/04/2013)

Com efeito, verifico que o acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual o candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas previstas no edital, em razão de possuir mera expectativa de direito à nomeação, deve demonstrar a existência de cargo efetivo vago em quantidade suficiente para alcançar sua classificação, bem como que houve contratações precárias irregulares em igual número e para realizar as mesmas funções do cargo disputado, de modo a possibilitar a análise da alegada preterição, haja vista a vedação de dilação probatória na via mandamental.

Nesse sentido:

***RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROFESSORES DO QUADRO EFETIVO DO ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO. NOMEAÇÃO DE CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS NA VIGÊNCIA DO CERTAME. SIMULTÂNEA CONTRATAÇÃO DE PROFESSORES TEMPORÁRIOS. POSSIBILIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE SURGIMENTO DE VAGAS NO QUADRO EFETIVO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO.***

(...)

2. - *Nos termos da jurisprudência da Excelsa Corte, "Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação..." (RE 598.099/MS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03/10/2011).*

(...)

4. - *No caso concreto, a impetrante, classificada fora do número de vagas em concurso para o quadro de carreira do magistério estadual, sustenta que, tendo havido a concomitante contratação de professores temporários para a mesma função, demonstrada estaria a existência de vagas no correspondente quadro efetivo, ensejando a ilegalidade de sua não nomeação.*

5. - *A impetrante, contudo, não trouxe prova pré-constituída que evidenciasse o alegado surgimento de vagas dentro do quadro efetivo, não se prestando a essa comprovação a tão só contratação temporária de docentes, sabido que, de acordo com a Constituição Federal (art. 37, IX),*

*a contratação por tempo determinado destina-se a atender situações de "necessidade temporária de excepcional interesse público". Noutros termos, a contratação temporária, só por si, não faz presumir o surgimento de vagas no correlato quadro efetivo, o que faz eliminar possível vestígio de preterição na convocação e nomeação da autora.*

6. - *Em suma, não demonstrada, na espécie, a ocorrência de ato ilegal ou abusivo que tenha implicado em violação a direito líquido e certo da candidata recorrente, como exigido pelo art. 1º da Lei nº 12.016/09, descabe a concessão da almejada proteção mandamental.*

7. - *Recurso ordinário a que se nega provimento.*

(RMS 33.662/MA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 15/05/2015 - destaque meu).

**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO DO JULGADO. ACOLHIMENTO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE OFICIAL DE APOIO JUDICIAL (CLASSE D). APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. INEXISTÊNCIA DE CARGOS VAGOS.**

1. *Os embargos de declaração constituem instrumento processual com o escopo de eliminar do julgamento obscuridade, contradição ou omissão sobre tema cujo pronunciamento se impunha pelo acórdão ou, ainda, de corrigir evidente erro material, servindo, dessa forma, como instrumento de aperfeiçoamento do julgado (CPC, art. 535). Havendo omissão, impõe-se o seu acolhimento. No presente caso, houve omissão no acórdão embargado acerca da inexistência de cargo vago no concurso em questão, uma vez que as designações dos ora embargados foram feitas em razão de motivos determinados.*

2. *A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o candidato aprovado fora do número de vagas possui direito de ser nomeado, caso demonstre a existência de cargos vagos, bem como a ocorrência de efetiva preterição de seu direito, em razão da contratação de servidores temporários.*

3. *No presente caso, os impetrantes apontam que foram aprovados para o concurso público para provimento do cargo de Oficial de Apoio Judicial (Classe D), fora do número de vagas previstas no edital; no entanto, foram designados precariamente para o exercício da mesma função pública. Nesse sentido, alegam seu direito à nomeação.*

4. *A autoridade coatora, Presidente a época do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao prestar suas informações, consignou: (i) a inexistência de cargo vago; (ii) a necessidade transitória na contratação, em razão do afastamento temporário dos servidores efetivos.*

5. *Apesar de ter sido demonstrada a efetiva contratação precária dos impetrantes para o exercício da função pública de Oficial de Apoio Judicial, cargo para o qual foram aprovados fora do número de vagas, o que induziria a preterição, verifica-se que não há cargos vagos a serem preenchidos e que as contratações ocorreram com a finalidade de suprir*

*a necessidade temporária do Tribunal, em razão dos afastamentos transitórios dos titulares, o que afasta a convolação da expectativa de direito dos candidatos, ora embargados.*

*6. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para negar provimento ao recurso ordinário.*

(EDcl nos EDcl no RMS 35.459/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 20/08/2013, destaque meu)

**ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. EDUCAÇÃO BÁSICA. MAGISTÉRIO. PROFESSOR. APROVAÇÃO FORA DAS VAGAS. VIA MANDAMENTAL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INCABÍVEL. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO. ACERVO PROBATÓRIO. INAPTO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES.**

*1. Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança no qual se postula a nomeação da recorrente por alegada preterição em razão de contratações temporárias. A recorrente foi aprovada na 14º colocação para certame que previa 10 vagas no polo de Pontes e Lacerda, no Município de Vila Bela da Santíssima Trindade (MT).*

*2. É certo que a jurisprudência consigna que deve haver a nomeação de candidatos aprovados em concurso público, quando na sua validade se dá a contratação de pessoal temporário para ocupar a função referida à vaga desocupada. A Súmula 15, do STF: "Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação".*

*3. Para que haja processamento, a via mandamental exige a comprovação cabal de violação ao direito líquido e certo por meio de acervo documental pré-constituído, sobre o qual não pode haver controvérsia fática, já que, em mandado de segurança, não é cabível a dilação probatória.*

*4. Não há prova de contratação temporária apta à prejudicar diretamente a expectativa de direito da recorrente, uma vez que tal comprovação exigiria a demonstração da ocupação de função docente no polo de Pontes e Lacerda, no Município de Vila Bela da Santíssima Trindade.*

*5. A jurisprudência é pacífica no sentido de que, em não existindo a prova de preterição por contratação temporária, deve ser denegada no mandado de segurança. Precedentes: AgRg no RMS 41.952/TO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28.5.2014; AgRg no RMS 43.089/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma DJe 23.5.2014; RMS 44.475/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.2.2014. Recurso ordinário improvido. (RMS 46.771/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 05/12/2014, destaques meus).*

Vale destacar que a contratação temporária para atender a necessidade



transitória de excepcional interesse público, consoante o art. 37, IX, da Constituição da República, não tem o condão, por si só, de comprovar a preterição dos candidatos regularmente aprovados, bem como a existência de cargos efetivos vagos.

Isso porque, nesse regime especial de contratação, o agente exerce funções públicas como mero prestador de serviços, sem a ocupação de cargo ou emprego público na estrutura administrativa, constituindo vínculo precário, de prazo determinado, constitucionalmente estabelecido.

Nesse sentido:

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROFESSORES DO QUADRO EFETIVO DO ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO. NOMEAÇÃO DE CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS NA VIGÊNCIA DO CERTAME. SIMULTÂNEA CONTRATAÇÃO DE PROFESSORES TEMPORÁRIOS. POSSIBILIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE SURGIMENTO DE VAGAS NO QUADRO EFETIVO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO.**

(...)

2. - Nos termos da jurisprudência da Excelsa Corte, "Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação..." (RE 598.099/MS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03/10/2011).

3. - O mesmo Supremo Tribunal Federal também pacificou o entendimento de que "O direito à nomeação também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital na hipótese em que surgirem novas vagas no prazo de validade do concurso" (AgRg no ARE 790.897, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 07/03/2014).

4. - No caso concreto, a impetrante, classificada fora do número de vagas em concurso para o quadro de carreira do magistério estadual, sustenta que, tendo havido a concomitante contratação de professores temporários para a mesma função, demonstrada estaria a existência de vagas no correspondente quadro efetivo, ensejando a ilegalidade de sua não nomeação.

5. - A impetrante, contudo, não trouxe prova pré-constituída que evidenciasse o alegado surgimento de vagas dentro do quadro efetivo, não se prestando a essa comprovação a tão só contratação temporária de docentes, sabido que, de acordo com a Constituição Federal (art. 37, IX), a contratação por tempo determinado destina-se a atender situações de "necessidade temporária de excepcional interesse público". Noutros termos, a contratação temporária, só por si, não faz presumir o surgimento de vagas no correlato quadro efetivo, o que faz eliminar

*possível vestígio de preterição na convocação e nomeação da autora.*

6. - *Em suma, não demonstrada, na espécie, a ocorrência de ato ilegal ou abusivo que tenha implicado em violação a direito líquido e certo da candidata recorrente, como exigido pelo art. 1º da Lei nº 12.016/09, descabe a concessão da almejada proteção mandamental.*

7. - *Recurso ordinário a que se nega provimento.*

(RMS 33.662/MA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 15/05/2015 - destaque meu).

Com efeito, no caso dos autos, não há direito líquido e certo a ser amparado, porquanto a Impetrante não comprovou a existência de cargo efetivo vago na região em que foi aprovada em quantidade que lhe beneficie, nem tampouco que as contratações precárias de servidores comissionados fossem, de fato, irregulares e em número suficiente para alcançar a sua colocação no concurso.

Posto isso, com fundamento no art. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015 e art. 34, XVIII, *b*, do Regimento Interno desta Corte, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Ordinário.

Publique-se e intemem-se.

Brasília (DF), 04 de abril de 2019.

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora