RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60.467 - MG (2019/0089021-8)

RELATORA	**: MINISTRA REGINA HELENA COSTA**
RECORRENTE	: BRUNA FERREIRA SOARES
RECORRENTE	: ELEN BARBOSA PEREIRA BORGES
ADVOGADO	: FELIPE FERRO LOPES E OUTRO(S) - MG121008
RECORRIDO	: ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR	: NÚBIA NETO JARDIM E OUTRO(S) - MG087998

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto por **BRUNA FERREIRA SOARES e OUTRA**, 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:

> ***EMENTA: <MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL SEPLAG/SEE N. 01/2011. PROFESSOR DE EDUCAÇÃO BÁSICA PEB - ANOS INICIAIS PARA O MUNICÍPIO GOVERNADOR VALADARES. NOMEAÇÃO PRETENDIDA. CLASSIFICAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS. CASO CONCRETO. INEXISTÊNCIA DO DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO ALEGADO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.***
> *O mandado de segurança, tido como remédio de natureza constitucional, visa proteger direito líquido e certo violado ou na iminência de ser violado por ação ou omissão ilegal ou abusiva advinda de autoridade, seja de que categoria for ou sejam quais forem as funções que exerça, exigindo-se da parte impetrante prova pré-constituída, ou seja, produzida de plano, como condição essencial à verificação da existência do alegado direito líquido e certo, independentemente de dilação probatória. O candidato aprovado dentro do número de vagas oferecidas pelo edital do certame do qual regularmente participou possui direito subjetivo à nomeação durante o prazo de validade do concurso. Todavia, a concessão do mandado de segurança a candidato aprovado fora dos números de vagas somente ocorrerá mediante prova suficiente da ocorrência de hipótese excepcional a caracterizar o alegado direito líquido e certo.>*

Nas razões recursais, alega-se, em síntese:

I. “nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal, o candidato

aprovado fora do número de vagas previsto no Edital, terá direito subjetivo à nomeação, sempre que comprovada a existência de vagas, a necessidade do serviço e a preterição por ato expresso ou tácito da Administração Pública, sendo esta, exatamente, a hipótese dos autos" (fl. 617e); e

II. "a documentação anexa ao item 08, de forma inequívoca, que mesmo após o final do prazo de validade do concurso, há 240 cargos vagos Professor de Educação Básica -PEB nível I, grau A - Anos Iniciais, para a localidade de Valadares, como se infere da declaração da Secretaria de Educação de Estado de Minas Gerais. Todos esses cargos são imprescindíveis à estrutura da Educação no Estado. Sem eles, não é possível atender à totalidade dos alunos do Município. Tanto é assim que, anualmente, a Secretaria de Estado de Educação (SEE) divulga Resolução para regulamentar o preenchimento das referidas vagas por meio de contratos administrativos temporários, processo popularmente conhecido no âmbito da educação como Designação. A designação resulta na preterição dos candidatos aprovados, já que historicamente os sucessivos governos estaduais optam por preencher as vagas existentes na Educação mineira, por servidores não efetivos, através de contratos temporários, em flagrante ofensa a Constituição Federal. Ademais, o Supremo Tribunal Federal determinou no julgamento da ADI 4876 que julgou inconstitucional a LC n° 100/07 (que efetivou milhares de servidores públicos do Estado de Minas Gerais) que os servidores efetivados fossem substituídos por servidores efetivos, devendo serem nomeados os servidores aprovados em concurso vigente, sendo esta decisão tomada em Abril do ano de 2014. Portanto, restou comprovada a existência das vagas, a necessidade do serviço e a preterição da Recorrente que possui direito líquido e certo de ser nomeada no cargo em que foi aprovada, conforme previsto no artigo 37, incisos II e IV da CF/88, na linha do que restou estabelecido pelo STF - em sede de repercussão geral - no julgamento do RE 837.311" (fl. 618e).

Com contrarrazões (fls. 625/649e), subiram os autos a esta Corte, admitido o recurso na origem.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 658/662e, pelo improvimento do recurso.

Feito breve relato, decido.

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 as Recorrentes participaram do Concurso Público para o cargo de professor da educação básica PEB nível I grau A para a localidade de Governador Valadares, na Superintendência Regional de Ensino de Governador Valadares-MG, no qual havia previsão de 91 (noventa e uma) vagas, tendo sido aprovadas na 390ª e 392ª colocação.

Entendem fazer jus à nomeação, porquanto há vagas disponíveis para seu cargo, 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 das Recorrente, nem que as contratações precárias apontadas violaram o art. 37, IX, da Constituição da República. 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 análise, não há como reconhecer direito líquido e certo

defendido na inicial. Isso porque, as vagas previstas para o cargo escolhido pelas impetrantes eram apenas 91 (noventa e uma) e as impetrantes alcançaram somente a classificação número 390º e 392°.
Aparentemente, não houve qualquer preterição no que se refere à convocação dos candidatos aprovados.
Ainda, não há nos autos qualquer demonstração de nomeações além do número previsto no edital ou designações para o cargo escolhido que alcancem a colocação das impetrantes.
Conforme destaquei, apenas o candidato aprovado dentro do número de vagas oferecidas pelo edital, atendidos os requisitos, passa a dispor de direito subjetivo à nomeação ao cargo para o qual concorreu. Àqueles habilitados, fora do número de vagas, possuem apenas mera expectativa de direito.
Reitero, não restou configurada a preterição das impetrantes em relação ao direito de ser observada a ordem de classificação. De fato, elas não demonstram, mediante prova pré - constituída, a existência de tantas nomeações quantas necessárias para comprovar que são as próximas na lista dos classificados. Dito de outro modo, não há prova da prática de ilegalidade contra suposto direito de candidatos classificados na condição de excedente, ou mesmo a existência contratações precárias reiteradas de forma a demonstrar a existência de cargo vago a alcançar a colocação das impetrantes.

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-constituida, 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 as Impetrantes não comprovaram a existência de cargo efetivo vago na região em que foram aprovadas em quantidade que lhes beneficiem, nem tampouco

que as contratações precárias 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 intimem-se.

Brasília (DF), 12 de abril de 2019.

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora