



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS
FL.
 1413234-69.2014.8.12.0000

17 de dezembro de 2014

Órgão Especial

Mandado de Segurança - Nº 1413234-69.2014.8.12.0000 - Campo Grande

Relator – Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Impetrante : Sofia Arce Nunes Brites

Advogado : Reginaldo de Souza Vieira Filho (OAB: 17364/MS)

Impetrados : Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e outros

Proc.Est. : Rodrigo Silva Lacerda Cesar (OAB: 8588/MS)

Litisconsorte : Estado de Mato Grosso do Sul

EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO – CARGO DE PROFESSOR- CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS INICIALMENTE PREVISTAS NO EDITAL - APOSENTADORIA DE PROFESSORA DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME - VAGA PURA NÃO EVIDENCIADA- AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE A VAGA DECORRENTE DA APOSENTADORIA REFERE-SE AO CARGO EFETIVO PARA O QUAL A IMPETRANTE FOI APROVADA NO CONCURSO- EXPECTATIVA DE DIREITO NÃO CONVOLADA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO – ORDEM DENEGADA.

I) O fato de ter surgido vaga decorrente de aposentadoria durante o prazo de validade do concurso, por si só, sem que exista a comprovação documental que a vaga refere-se ao cargo em disputa no certame que foi realizado de maneira regionalizada, não gera o direito líquido e certo da impetrante ser subsequente nomeada, eis que o preenchimento do cargo vacante é medida de conveniência e oportunidade da Administração, que pode escolher ou esperar o melhor momento para a nomeação, inclusive por questões orçamentárias, nas quais o Judiciário não pode se imiscuir.

II) Não havendo prova da ocorrência de nenhuma destas situações as quais poderiam, eventualmente, convolar a expectativa de direito da impetrante em direito líquido e certo a ser nomeada, deve ser denegada a segurança pleiteada.

III) Ordem denegada, com o parecer ministerial.



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS
FL.
1413234-69.2014.8.12.0000

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2014.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS
FL.
1413234-69.2014.8.12.0000

R E L A T Ó R I O

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

SOFIA ARCE NUNES BRITES impetra mandado de segurança contra ato do GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO DE MATO GROSSO DO SUL e SECRETÁRIA DE ESTADO DE EDUCAÇÃO DE MATO GROSSO DO SUL, alegando, em síntese:

(a) que foi aprovada em quarto lugar no concurso público para o cargo de professor da língua portuguesa/literatura, regido pelo Edital n. 1/2013-SAD/SED;

(b) que o certame disponibilizou, inicialmente, 03 (três) vagas para o cargo de professor da língua portuguesa na cidade de Bela Vista-MS;

(c) que foram preenchidas as três vagas constantes no edital do concurso e, ainda, no dia 23 de junho de 2014, foi publicada a aposentadoria da professora Lenara Beatriz Raffel Fernandes, a qual ocupava o cargo concorrido pela impetrante;

(d) que a aposentadoria da professora Lenara, publicada no Diário Oficial nº 8.699, de 23 de junho de 2014, transformou a mera expectativa de direito em direito líquido e certo à nomeação e posse da impetrante no cargo;

(e) que a vaga decorrente da aposentadoria trata-se de vaga *pura* que evidencia a necessidade do serviço pela administração, ensejando assim a necessidade de concessão da ordem para assegurar a sua nomeação;

(f) que ao deixar de nomear a impetrante devidamente classificada e aprovada em concurso público para o cargo em comento, as autoridades coatoras praticaram ato ilegal, uma vez que o entendimento hoje predominante é de o candidato aprovado em concurso público tem direito líquido e certo a nomeação em vaga que surja no decorrer da validade do concurso.

Ao final, defende o seu direito líquido e certo à nomeação e posse no cargo de professora, função docência, do Quadro Permanente de Pessoal da secretaria de Estado, diante do surgimento de nova vaga durante o prazo de validade do concurso e do seu preenchimento com observância da ordem classificatória.

A liminar foi indeferida em razão da ausência de verossimilhança das alegações. (fls. 1609-1612).

As informações foram prestadas às fls.1631-1636.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão da segurança (fls. 1638-1648).

V O T O

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (Relator)

Conforme relatado, **SOFIA ARCE NUNES BRITES** impetra mandado de segurança contra ato do **GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO DE**



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS

FL.

1413234-69.2014.8.12.0000

MATO GROSSO DO SUL e SECRETÁRIA DE ESTADO DE EDUCAÇÃO DE MATO GROSSO DO SUL, alegando, em síntese, que possui direito a nomeação e posse no cargo de professor de língua portuguesa/literatura na cidade de Bela Vista-MS, tendo em vista que a aposentadoria da professora Lenara, publicada no Diário Oficial nº 8.699, de 23 de junho de 2014, transformou o que era mera expectativa de direito, decorrente da aprovação em concurso público fora do número de vagas previstas no edital, em direito líquido e certo a ocupar a nova vaga.

Explicou que a vaga decorrente da aposentadoria da Sra. Lenara trata-se de vaga *pura* que evidencia a necessidade do serviço pela administração, ensejando assim a necessidade de concessão da ordem para assegurar a sua nomeação e posse no cargo pleiteado.

I.

Ante a sua suficiência, adoto, como razões de decidir, a fundamentação que motivou o indeferimento da liminar. Eis o seu teor:

"(...)

Infere-se dos autos que o concurso público de provas e títulos para o ingresso no cargo de professor da carreira profissional da educação básica do quadro permanente de pessoal da secretaria de estado de educação disponibilizou 3 vagas para o cargo de professor da língua portuguesa-cidade de Bela Vista-MS (fl. 44).

Verifica-se, outrossim, que, pelo Decreto "P" nº 2710 de 5 de julho de 2013 foram nomeados os três primeiros colocados para o cargo de professor-língua portuguesa- cidade de Bela Vista. (fl. 1586).

Pois bem.

A impetrante afirma que obteve a quarta colocação no concurso e que após a aprovação e posse dos três primeiros colocados e posterior aposentadoria da Sra. Lenara Beatriz Raffel Fernandes, restou evidenciado seu direito líquido e certo a ser nomeada no cargo de professora da língua portuguesa/literatura na cidade de Bela Vista-MS.

Com efeito o entendimento dos Tribunais Superiores é no sentido de que a pessoa aprovada em concurso público, dentro do número de vagas, terá direito subjetivo de ser nomeada (STF- RE 598099, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Contudo, quando o candidato é aprovado fora do número de vagas previstas no edital, ele terá, em regra, apenas expectativa de direito.

Isso porque, a nomeação de candidato aprovado fora daquele número de vagas ofertadas no edital submete-se aos critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública. Logo, o candidato para comprovar o seu direito líquido e certo a nomeação deverá demonstrar não somente a existência de nova vaga, mas também o interesse da Administração Pública em preencher essa vaga que não se encontrava inicialmente prevista no certame.

E a referida prova pode advir segundo a própria jurisprudência dos tribunais

superiores da:

A) contratação de pessoal de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, com preterição dos aprovados (STJ RMS 34.319-MA);

B) quando a Administração está utilizando servidores requisitados de



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS

FL.

1413234-69.2014.8.12.0000

outros órgãos para desempenharem as funções dos candidatos aprovados (STF -RE 581.113/SC);

C) quando logo após (seis meses) o término de validade do concurso, a Administração realiza novo certame para os mesmos cargos dos aprovados que não foram chamados, sendo que havia vagas abertas mesmo antes do concurso expirar (STJ RMS 27.389-PB).

A propósito, colha-se o ensinamento do Superior Tribunal de Justiça:

"A jurisprudência deste Tribunal firmou a orientação de que, ao contratar pessoal de maneira precária, para ocupação de vagas efetivamente disponíveis, a Administração lesiona o direito líquido e certo dos candidatos aprovados, ainda que fora do número de vagas." (AgRg no RMS 23847, Relª Ministra Marilza Maynard, Sexta Turma, j. 07.08.2014).

"O candidato aprovado fora do número de vagas possui mera expectativa de

direito à nomeação, que se convola em direito subjetivo acaso demonstrada a existência de cargos vagos, bem como a ocorrência de preterição ao seu direito, em razão da contratação de servidores temporários." (AgRg no Resp 782681 / RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, j. 08.05.2014).

In casu, observa-se que a impetrante não trouxe aos autos a prova da ocorrência de nenhuma destas situações as quais poderiam, eventualmente, convolar sua expectativa de direito em direito líquido e certo.

Logo, a verossimilhança da alegação, assim, não se evidencia com características marcantes, suficientes para que a liminar pleiteada na inicial pudesse ser deferida."

Ademais, conforme já consignado na decisão que negou provimento ao agravo regimental interposto é importante notar que a impetrante não trouxe aos autos prova documental de que houve aposentadoria de servidor que ocupava o cargo para o qual foi aprovada no concurso público, razão pela qual não há falar que houve a transmutação da mera expectativa em direito líquido e certo.

Com efeito, apesar de a impetrante ter instruído o *mandamus* com diversos documentos o fato é que apenas a publicação no diário oficial da aposentadoria da servidora *Lenara Beatriz Raffel Fernandes*, sem qualquer outro documento que comprove que a referida servidora exercia o cargo de professora na cidade de Bela Vista-MS, não tem o condão de gerar a sua preterição e convolar sua expectativa de direito em direito líquido e certo.

Isso porque, o fato de ter surgido vaga decorrente de aposentadoria durante o prazo de validade do concurso, por si só, sem que exista a comprovação documental que a vaga refere-se ao cargo em disputa no certame que foi realizado de maneira regionalizada, não gera o direito líquido e certo de a ora impetrante ser subsequente nomeada, eis que o preenchimento do cargo vacante é medida de conveniência e oportunidade da Administração, que pode escolher ou esperar o melhor momento para a nomeação, inclusive por questões orçamentárias, nas quais o Judiciário não pode se imiscuir.



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS

FL.

1413234-69.2014.8.12.0000

Haveria a necessidade da vinculação da vaga nova ao cargo pleiteado para que se pudesse analisar a possibilidade de preterição de direito. Contudo, tal prova não consta nos autos, razão pela qual, revela-se prudente manter o indeferimento da medida liminar.

A propósito, trago à colação trecho do parecer emitido pela douta Procuradoria-Geral de Justiça:

"(...)É de rigor alinhar que a expectativa de direito se transmuta em direito subjetivo à nomeação e posse nas hipóteses em que se demonstra a necessidade da Administração Pública em efetivar candidatos aprovados fora das vagas inicialmente previstas, especialmente em decorrência do surgimento de vagas puras durante a validade do certame (...).

Entretanto, certo é que a impetrante não logrou êxito em demonstrar o surgimento superveniente de vagas puras para o cargo de professor de língua portuguesa/literatura no município de Bela Vista, haja vista que os documentos amealhados aos autos dão conta apenas de que se aposentou professora intitulada na mesma área e localidade da realização do certame, sem comprovar, no entanto, a necessidade de contratação pelo poder público." (fls.1643-1644).

Ademais, foi afirmado pelo Ministro Ives Gandra, Conselheiro do CNJ, na decisão proferida pela CNJ no Pedido de Providências n. 0001100-34.2011.2.00.0000, que **"a recusa justa e motivada da Administração em preencher vagas decorrentes de concurso público, como ora se dá, não viola os princípios encartados no art. 37 da CF, mormente o da legalidade. Se não há dotação orçamentária para fazer frente às nomeações, mesmo tendo-se buscado, não se pode brandir o direito subjetivo à nomeação, haja vista a responsabilização a que se submete o gestor, nos termos das leis orçamentárias e das disposições constitucionais. O reconhecimento da existência de necessidade de servidores não garante, por si só, a nomeação de candidatos, se o orçamento desse ano não suporta o acréscimo de despesas"**.

E ao prestar as informações nestes autos o Estado de Mato Grosso do Sul consignou que **não possui dotação orçamentária para nomear a impetrante, uma vez que o orçamento previa recursos somente para as vagas constantes do edital do certame** e ainda ressaltou que o Poder Judiciário não pode determinar a nomeação e posse da impetrante eis que configuraria violação ao princípio da separação dos poderes. (fls. 1633-1634).

Assim, em que pese a vacância de cargo público ser instituto capaz de evidenciar a existência de "vaga pura" a ser provida nas formas e meios legalmente previstos, tais como a realização de novo concurso ou a convocação de candidatos aprovados em certame ainda válido¹, na hipótese em exame **a impetrante não logrou demonstrar a existência de cargo efetivo vago durante o prazo de validade do**

¹ Recurso em Mandado de Segurança n° 30.947 - MG (2009/0227751-3), Rel. Min. Laurita Vaz



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS
FL.
1413234-69.2014.8.12.0000

concurso ao qual se submeteu, de sorte que não houve a comprovação de plano do direito líquido e certo à nomeação.

É sabido que **direito líquido e certo** é, segundo entendimento consolidado pela jurisprudência e externado pela doutrina, "*aquele direito titularizado pelo impetrante, embasado em situação fática perfeitamente delineada e comprovada de plano por meio de prova pré-constituída. É, em síntese, a pré-constituição da prova dos fatos alçados à categoria de causa de pedir do 'writ', independentemente de sua complexidade fática ou jurídica, que permite a utilização da ação mandamental*".²

O mesmo professor ensina ainda que o que esclarece o conceito de direito líquido e certo "*é a idéia de sua incontestabilidade, isto é, uma afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pelo Poder Público que praticou ato ilegal ou de abuso de poder*".

E arremata o culto professor, o que bem demonstra a total inviabilidade deste *mandamus*:

"Ele tem, na realidade, dois pólos: um positivo, porque se funda na lei; outro negativo, porque nasce da violação da lei. Ora, a lei há de ser certa em atribuir ao interessado o direito subjetivo, tornando-o insuscetível de dúvida. SE SURGE A SEU RESPEITO QUALQUER CONTROVÉRSIA, QUER DE INTERPRETAÇÃO, QUER DE APLICAÇÃO, JÁ NÃO PODE CONSTITUIR FUNDAMENTO PARA A IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. (Alfredo Buzaid, Juicio de Amparo e Mandado de Segurança – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 56(1): 223-233, 1961, e Do Mandado de Segurança, RF, 164:12-1).

Todas essas razões levam-me a acompanhar o Parecer da E. Procuradoria Geral de Justiça e denegar a ordem, confirmando a decisão monocrática que indeferiu a medida liminar pleiteada.

III.

Por tais considerações, e com o parecer do Ministério Público, julgo improcedente o pedido contido na inicial e **denego a segurança**, tornando definitiva a liminar indeferida *initio litis*.

Decreto a resolução do mérito, *ex vi* do artigo 269, I, primeira figura, do CPC.

Sem honorários, porque incabíveis à espécie (Súmula 512 do STF e 105 do STJ).

² SODRÉ, Eduardo. Ações Constitucionais – org. Fredie Didier Jr. Salvador: Jus Podivum, 2006, p. 107.



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

TJ-MS
FL.
1413234-69.2014.8.12.0000

D E C I S Ã O

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E, COM O PARECER, DENEGARAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro
Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2014.

JR