



ACÓRDÃO N°:

PROCESSO N°. 0015912-17.2016.814.0000.

ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL PLENO.

AÇÃO: MANDADO DE SEGURANÇA.

COMARCA: BELÉM.

IMPETRANTE: MAURA RUTH COSTA FONSECA.

ADVOGADA: MIRIAM DOLORES OLIVEIRA BRITO.

IMPETRADO: GOVERNADOR DO ESTADO DO PARÁ.

PROCURADORA DO ESTADO: MARCELENE DIAS DA PAZ VELOSOMARCELENE
DIAS DA PAZ VELOSO.

PROCURADOR DE JUSTIÇA: GILBERTO VALENTE MARTINS.

RELATORA: DESA. DIRACY NUNES ALVES.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PARA PROFESSOR ESPECIAL. EDITAL N°. 01/2012 SEAD-SEDUC. DA PRELIMINAR DE NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DO MANDAMUS EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE UMA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDEFERIDA. DA PREJUDICIAL DE MÉRITO. DECADÊNCIA. REJEITADA. AUTORA CLASSIFICADA NA POSIÇÃO 364. APROVADA, PORÉM NÃO CLASSIFICADA. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. PRESENÇA DE TEMPORÁRIOS. NÃO CARACTERIZA A PRETERIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DO ALEGADO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A existência de uma demanda coletiva não impede o ajuizamento da ação individual, não induzindo a litispendência (art. 104 do CDC) e garantindo o direito de acesso à Justiça contido no art. 5º, XXXV da CF.

2. Homologado o Concurso Público C-167, Edital n°. 01/2012-SEAD/SEDUC, em 28/12/12 (Diário Oficial do Estado n°. 32.308 de 28/12/12, Caderno 4, p.2/8) e tendo validade de dois anos, conforme item 12.1 do edital (prorrogados por mais dois anos, o certame teve validade até 28/12/2016). Impetrado o mandamus em 20/12/2016, observou o prazo de 120 (cento vinte) dias, o que força a rejeição da prejudicial de mérito arguida.

3. O Concurso Público C-167 previu 228 (duzentas e vinte e oito) vagas para Professor Classe I, Nível A, na modalidade Educação Especial para a 19ª URE (fl. 125), porém a autora alcançou a colocação de número 364 (trezentos e sessenta e quatro), gerando, tão somente, a mera expectativa de direito, já que foi aprovada, porém, não classificada dentro do número de vagas oferecidas no edital. Tema já dirimido pelo STF, através da temática da Repercussão Geral

4. A autora não trouxe aos autos prova pré-constituída do direito alegado, ou seja, não comprovou a sua reclassificação, tampouco a contratação de servidores temporários para o mesmo cargo em que foi aprovada, assim não conseguindo convolar a expectativa de direito em direito em si.

5. A presença de temporários nos quadros estatais não pode ser considerada, por si só, como caracterizadora da preterição dos candidatos aprovados para provimento de cargos efetivos, ainda mais quando não há prova do alegado

6. Segurança denegada.

ACÓRDÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes do Tribunal Pleno, à unanimidade, denegaram a segurança requerida, nos termos do voto da Relatora.



Plenário virtual com início em 23/10/2019 até 31/10/2019.
Belém, 31 de outubro de 2019.

DIRACY NUNES ALVES
DESEMBARGADORA-RELATORA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESA. DIRACY NUNES ALVES (RELATORA): Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido liminar, impetrado por MAURA RUTH COSTA FONSECA, em virtude de ter prestado concurso para professora especial (19ª URE), realizado através do Edital de nº. 01/2012 SEAD – SEDUC, sendo aprovada para o cadastro de reserva.

Distribuídos os autos em 10/01/2017, foram a mim redistribuídos em 04/05/2017.

Na exordial a impetrante alega que, foram ofertadas para o Município de Belém 240 (duzentas e quarenta vagas), sendo 228 (duzentas e vinte e oito) vagas para a ampla concorrência e 12 (doze) vagas para pessoas com necessidades especiais e segundo o regramento 9.8 do edital, o candidato seria considerado classificado se obtivesse a pontuação final suficiente à classificação para o número de vagas ofertadas ao cargo pleiteado no certame, ressalvando no item 9.9 do edital o cadastro de reserva para os não classificados.

Frisa, que o concurso teve o seu prazo de validade prorrogado por mais dois anos permanecendo vigente até o dia 17/12/2016.

Narra a impetrante que foi aprovada na posição 364, sendo convocados e nomeados para a 19ª URE no Município de Belém 329 (trezentos e vinte e nove) candidatos, sendo que 05 (cinco) nomeações foram tornadas sem efeito, através dos ofícios 084/GCAP/SAGE-DOE/PA de 30/09/2013 e 106/2013-DOE/PA de 13/11/2013, o que torna obrigatória a sua chamada.

Ressalta que no Município de Belém vinculado à 19ª URE, o número de desvios é de 447 (quatrocentos e quarenta e sete) professores temporários, 205 (duzentos e cinco) professores em nível médio e 443 (quatrocentos e quarenta e três) professores efetivos lotados na educação especial não ingressados pelo Concurso C-167, em sua maioria ocupando 40 horas semanais, 200 (duzentas) horas mensais, totalizando 1.095 (mil e noventa e cinco) vagas ocupadas, situação ilegal, já que existem candidatos aprovados em concurso público aguardando convocação.

Em razão dos desvios de função na educação especial no Estado do Pará e a existência de pessoas que exercem os cargos sem legitimidade, acaba por transformar a mera expectativa de direito em direito à nomeação.

Concluiu, pedindo a concessão da segurança para que a impetrante seja nomeada e empossada ao cargo para o qual prestou concurso.

Indeferido o pedido liminar às fls. 170/172, a autoridade coatora foi notificada para apresentar informações.

Intimado, o Governador do Estado prestou informações em que aponta a necessidade em se suspender o presente writ, em razão da existência de uma



Ação Civil Pública que trata do mesmo objeto aqui discutido.

Como preliminar, afirmou a inépcia da petição inicial, em razão da inexistência de prova pré-constituída, já que a impetrante não comprovou a contratação de servidores temporários para a unidade regional para qual foi aprovada.

Alegou como segunda preliminar, a carência da ação, já que o prazo de validade do concurso já expirou, o que impossibilitaria a nomeação dos candidatos aprovados para o cadastro de reserva, nos termos dispostos pelo art. 37, III do CPC.

Assinalou como prejudicial de mérito a ocorrência da decadência, já que a impetração do mandamus ocorreu após 120 (cento e vinte dias) da publicação do resultado final do concurso público, devendo ao caso ser aplicado o art. 23 da Lei nº. 12.016/2009.

Em relação ao mérito, afirmou que inexistente no caso dos autos o chamado desvio de função, já que os servidores da educação especial ocupam o mesmo cargo de professor de qualquer outra disciplina do ensino regular.

Diz que nos quadros do Estado do Pará não existe o cargo específico para professor da educação especial, sendo ele apenas uma especialização adquirida pelo próprio servidor. Asseverou o Governador do Estado que, a concessão da segurança trará prejuízos irreversíveis à área da educação, pois exigir que somente professor que fez o concurso C-167 seja lotado em educação especial é revogar a lei por edital de concurso e exigir o afastamento imediato de cerca de 800 professores concursados e capacitados na área de ensino especial e a posterior nomeação de candidatos aprovados no concurso C-167 além do número de vagas ofertadas.

Disse a autoridade, que o Estado do Pará convocou e nomeou todos os candidatos aprovados dentro do número de vagas ofertadas no edital C-167 para a modalidade de ensino educação especial, e que, atualmente, não existem professores temporários exercendo atividades na educação especial em locais onde foram aprovados, de modo que o Estado não possui recurso financeiros e orçamentários para nomear candidatos aprovados fora do número de vagas.

Falou quanto à necessidade em se vincular à presunção de legitimidade aos atos administrativos, já que o número de vagas ofertadas, necessárias para a substituição dos servidores temporários existentes à época, foram preenchidas pela nomeação dos aprovados e classificados no concurso, o que impede a convocação dos classificados para o cadastro de reserva.

Argumentou que ao Judiciário é vedada a análise do mérito administrativo, em razão do princípio da separação dos Poderes, devendo se limitar ao exame de irregularidades formais graves ou de manifesta ilegalidade; assim como a despesa com pessoal está sujeita à necessidade de previsão orçamentária com dotação prévia suficiente para atender as projeções e despesas.

Acrescentou que a despesa com pessoal está sujeita à necessidade de previsão orçamentária, com dotação prévia suficiente para atender às projeções de despesas, incidindo o art. 196, §1º, I da CF, em consequência, os pedidos são improcedentes.

Requer, ao final, a manutenção do indeferimento da liminar e, em consequência, seja denegada a segurança em razão da ausência de direito líquido e certo que ampare os pedidos formulados.

O Estado do Pará, ao ser devidamente intimado, se manifestou ratificando e aderindo, integralmente, aos termos das informações prestadas pela autoridade coatora (fls. 209/210).



Remetidos os autos ao Ministério Público, se posicionou o representante do Parquet pela denegação da segurança (fls. 215/218)

É o relatório.

VOTO.

A EXMA. SRA. DESA. DIRACY NUNES ALVES (RELATORA):

I- DAS PRELIMINARES:

A- DA EXISTÊNCIA DE UMA AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRATANDO DO MESMO ASSUNTO.

O art. 117 do CDC deverá ser aplicado a todas as categorias de Direitos Transindividuais, não se restringindo à tutela consumerista.

Assim, ao caso, deverá ser aplicada a ratio do art. 81 do CDC, em que a defesa do direito poderá ser feita de forma individual ou coletiva.

Portanto, a existência de uma demanda coletiva não impede o ajuizamento da ação individual, não induzindo a litispendência (art. 104 do CDC) e garantindo o direito de acesso à Justiça contido no art. 5º, XXXV da CF.

Logo, ficará a cargo do litigante escolher se prosseguirá com a Ação Individual ou ingressar na Ação Coletiva, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência do ajuizamento da referida demanda.

No mesmo sentido o STJ:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. APLICAÇÃO DOS TETOS DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003. QUESTÃO DE MÉRITO DECIDIDA SOB ENFOQUE INTEGRALMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. AÇÃO COLETIVA. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE SUSPENSÃO DE AÇÃO INDIVIDUAL. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. AJUIZAMENTO DA AÇÃO ORDINÁRIA INDIVIDUAL.

1. Quanto à aplicação dos tetos das Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, o entendimento da Corte regional está integralmente fundamentado em dispositivos constitucionais e interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal à quaestio iuris - mormente à decisão proferida pelo STF no RE 564.354 -, razão pela qual descabe ao STJ se manifestar sobre a vexata quaestio, sob pena de invasão da competência do STF.

2. No que concerne à prescrição, sua interrupção pelo ajuizamento da Ação Coletiva diz respeito à discussão do fundo de direito. No tocante ao prazo prescricional nas relações jurídicas de trato sucessivo, a interrupção da prescrição referente às prestações vencidas dependerá da opção do potencial beneficiário do litígio coletivo em aguardar o desfecho da Ação Coletiva para, oportunamente, executá-la.

3. Se a Ação Individual é anterior ao ajuizamento da Ação Coletiva, mister que a parte autora pleiteie a suspensão de seu processo no prazo legal, sob pena de não se beneficiar do resultado da Ação Coletiva. Da mesma forma, abdica dos efeitos da sentença coletiva a parte que resolve dar início e prosseguimento a uma Ação Ordinária Individual sem aguardar o desfecho da Ação Coletiva com identidade de objeto. 4. Na situação em que o potencial beneficiário da sentença coletiva opta por propor e dar prosseguimento à Ação Ordinária Individual - em vez de aguardar o fim da Ação Coletiva para então executá-la -, o termo inicial prescricional de eventuais prestações vencidas é o momento em que se entra com Ação Ordinária Individual, sendo forçoso interpretar sistematicamente os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (art. 104) e do Código Civil (art. 203).

5. Na hipótese dos autos, a opção do potencial beneficiário da Ação Coletiva em não aguardar o desfecho do litígio em massa tornou a Ação Ordinária Individual autônoma e independente da demanda coletiva, razão pela qual, in casu, a prescrição quinquenal de eventuais parcelas vencidas tem como marco inicial o ajuizamento da Ação Ordinária Individual, e não o da Ação Coletiva.

6. O acórdão merece reforma quanto ao lustro prescricional, devendo ser delimitada como termo inicial do prazo prescricional quinquenal (Súmula 85/STJ) a propositura da Ação Ordinária Individual, e não a da Ação Coletiva.

7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido.

(REsp 1772023/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 23/11/2018)

PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA COLETIVA. REQUERIMENTO DE INGRESSO NA FASE



EXECUTIVA. DEMANDA INDIVIDUAL ANTERIOR. OPÇÃO POR CONTINUIDADE. EXTENSÃO DOS EFEITOS. IMPOSSIBILIDADE 1. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).

2. O art. 104 do CDC preceitua que o titular da ação individual não será beneficiado com a procedência da ação coletiva se não requerer a suspensão do feito no prazo de trinta dias contados da ciência do ajuizamento da demanda coletiva.

3. Caso em que a Corte de origem rejeitou o pleito de ingresso do agravante na fase de cumprimento de sentença de demanda coletiva em razão de ação individual anterior proposta em litisconsórcio ativo e ao final julgada improcedente na qual, mesmo intimado para manifestar-se sobre a suspensão supracitada, optou por dar-lhe continuidade.

4. Se a parte preferiu prosseguir na lide individual, não pode beneficiar-se, na fase executiva, do cumprimento de sentença proferida em demanda coletiva, sob pena de furtar-se ao desfecho da sentença de mérito que lhe foi desfavorável.

5. Divergir do aresto recorrido para constatar que a demanda anteriormente ajuizada também possuía natureza coletiva, porquanto proposta por legitimado extraordinário, implica reexame de aspectos fático-probatórios, providência incompatível com a via especial, ante o óbice inserto na Súmula 7 do STJ.

6. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1425712/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/2017, DJe 07/08/2017)

Destarte, não há que se falar em suspensão do presente Mandado de Segurança.

B- DA INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE.

Quanto a referida preliminar arguida, ela se confunde com o mérito do Mandado de Segurança, uma vez que questiona a existência de direito líquido e certo, o que diz respeito diretamente ao objeto aqui pleiteado.

Por esta razão, deixo para analisá-lo no momento da discussão do mérito.

C- DA CARÊNCIA DE AÇÃO, EM RAZÃO DO FIM DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO.

Igualmente, em relação a este tópico, não há como analisá-lo por ocasião da arguição da prejudicial de mérito consistente na suposta ocorrência da decadência, pois restar clara a confusão entre os dois argumentos. Logo, deixo para apreciá-lo no momento oportuno.

II- DA PREJUDICIAL DO MÉRITO- DA DECADÊNCIA.

Alega a autoridade coatora que no caso sob análise ocorreu a decadência do direito da parte.

Porém, ao compulsar os autos constatei a inoccorrência do instituto.

Explico.

Foi homologado o Concurso Público C-167, Edital nº. 01/2012-SEAD/SEDUC, em 28/12/12 (Diário Oficial do Estado nº. 32.308 de 28/12/12, Caderno 4, p.2/8) tendo validade de dois anos, conforme item 12.1 do edital (fl.121), sendo prorrogado por mais dois anos, valendo o certame até 28/12/2016.

Como a validade do certame se deu até o dia 28/12/2016, a parte teria 120 (cento e vinte) dias para impetrar o Mandamus, ou seja, até 28/04/2017 poderia requerer a proteção do seu suposto direito. Nos exatos termos do art. 23 da Lei nº. 12.016/2009 e jurisprudência do STJ:

Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.



PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL QUE TEM INÍCIO COM A EXPIRAÇÃO DA VALIDADE DO CERTAME. DECADÊNCIA DA IMPETRAÇÃO.

1. Cuida-se de irrisignação contra a decisão do Tribunal de origem que reconheceu a decadência do direito de impetração.

2. O prazo decadencial para o aprovado em concurso público impetrar Mandado de Segurança contra ausência de nomeação deve ser contado da data de expiração da validade do certame. Quando já expirado o prazo de validade do concurso, não se pode falar em ato omissivo. Os efeitos da decadência passam a operar a partir do término do prazo de validade do concurso, por se tratar de um ato concreto.

Precedentes: AgRg no RMS 46.941/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 27.6.2016; AgRg no MS 22.297/DF, Rel. Min. Assuete Magalhães, DJe 25.4.2016. 3. Acerca do tema, a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça reconhece que o termo inicial para contagem do prazo decadencial de cento e vinte dias é a data do término do prazo de validade do concurso público, ou seja, no mesmo sentido da decisão recorrida (AgInt no RMS 50.428/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 1º.12.2017; AgRg no RMS 48.436/DF, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 19.9.2016).

4. Recurso Ordinário não conhecido.

(RMS 57.045/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 23/11/2018)

Deste modo, impetrado o mandamus em 20/12/2016, não há o que se falar em decadência, já que o feito foi ajuizado dentro do prazo de 120 (cento vinte) dias. Em consequência, rejeito a prejudicial de mérito arguida.

III- DO MÉRITO.

Requer a impetrante a sua imediata nomeação, devendo ser exonerados os servidores temporários nomeados para o mesmo cargo para o qual foi aprovada.

Pois bem.

O Concurso Público C-167 previu 228 (duzentas e vinte e oito) vagas para Professor Classe I, Nível A, na modalidade Educação Especial para a 19ª URE- Belém (fl. 125), porém a autora alcançou a colocação de número 364 (trezentos e sessenta e quatro), fl. 129, gerando, tão somente, a mera expectativa de direito, já que foi aprovada, porém, não classificada dentro do número de vagas oferecidas no edital. Tema já dirimido pelo STF, através da temática da Repercussão Geral e também pacificado pela jurisprudência do STJ:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO A NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÁRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

(RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO



ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE ANALISTA DE FINANÇAS E CONTROLE DA CGU, ÁREA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. CANDIDATO APROVADO NO CADASTRO DE RESERVA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ORDEM DENEGADA, EM HARMONIA COM O PARECER MINISTERIAL.

1. É firme o entendimento do STJ de que os candidatos classificados além das vagas inicialmente oferecidas pelo Edital não têm direito líquido e certo à nomeação, não sendo a criação de vagas por lei e, tampouco o reconhecimento da necessidade de preenchimento dos cargos pela Administração Pública, motivo suficiente para convolar a mera expectativa de direito em direito líquido e certo. Nesse sentido: AgInt nos EDcl no RMS 37.559/DF, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 26.8.2016.

2. (...)

(MS 21.014/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2018, DJe 10/12/2018)

Ademais, para se reconhecer o direito subjetivo da impetrante à nomeação ao cargo pleiteado, cabia-lhe provar, no tocante às vagas remanescentes:

- a) Que os candidatos melhor classificados não teriam interesse ou condições de ocupar o cargo;
- b) Que ocorreu a preterição ou violação da ordem de classificação dos candidatos nomeados ou a contratação de outras pessoas, precariamente, para estas mesmas vagas, ainda na vigência do concurso público;
- c) A abertura de novo certame, ainda na vigência do anterior

Preenchidos os referidos requisitos, excepcionalmente seria reconhecido o direito subjetivo à nomeação à impetrante, já que a Administração, de forma inequívoca, declararia a existência de vagas, bem como da necessidade em se convocar novos servidores. Todavia, a autora não trouxe aos autos prova pré-constituída do direito alegado, ou seja, não comprovou a sua reclassificação, tampouco a contratação de servidores temporários para o mesmo cargo em que foi aprovada, assim não conseguindo convolar a expectativa de direito em direito em si.

Ante a ausência de prova pré-constituída do direito da impetrante, pressuposto indispensável para a concessão da segurança, como disposto no art. 1º da Lei nº. 12.016/09, não há como se conceder o pedido requerido.

No mesmo sentido o STJ:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ART. 535 DO CPC/73. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA N. 284/STF. MATÉRIA DE NATUREZA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO STF. CANDIDATO APROVADO FORA DAS VAGAS OFERECIDAS NO EDITAL. CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ E STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. I - O presente feito decorre de mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), objetivando a nomeação do impetrante para o cargo de Tecnologista em Saúde Pública no concurso público da Fundação Oswaldo Cruz. Na sentença, julgou-se procedente o pedido. No Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a sentença foi reformada.

II - Em relação à alegada omissão no julgado, verifica-se que o recorrente limitou-se a afirmar, em linhas gerais, que o acórdão recorrido incorreu em omissão ao deixar de se pronunciar acerca das questões apresentadas nos embargos de declaração, fazendo-o de forma genérica, sem desenvolver argumentos para demonstrar especificamente a suposta mácula. III - Nesse panorama, a apresentação genérica de ofensa ao art. 535, II, do CPC/73 atrai o comando do enunciado sumular n. 284/STF, inviabilizando o conhecimento dessa parcela recursal. Sobre o assunto, confirmam-se: AgInt no AREsp 962.465/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA,



julgado em 6/4/2017, DJe 19/4/2017 e AgRg no AREsp 446.627/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 6/4/2017, DJe 17/4/2017.

IV - Não cabe ao STJ a análise de suposta violação de dispositivos constitucionais, ainda que para o fim de prequestionamento, porquanto o julgamento de matéria de índole constitucional é de competência exclusiva do STF, consoante disposto no art. 102, III, da Constituição Federal. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.604.506/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 16/2/2017, DJe de 8/3/2017; EDcl no AgInt no REsp 1.611.355/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 14/2/2017, DJe de 24/2/2017.

V - No mais, é cediço que o candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital possui mera expectativa de direito à nomeação, convolvando-se em direito subjetivo somente na hipótese de comprovação do surgimento de cargos efetivos durante o prazo de validade do concurso público, bem como o interesse da Administração Pública em preenchê-las. Nesse sentido: AgRg no RMS 43.596/PR, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/3/2017, DJe 30/3/2017, AgInt no RMS 49.983/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/3/2017, DJe 20/3/2017 e AgRg nos EDcl no RMS 45.117/PE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 3/2/2017.

(...)

(AgInt no REsp 1741669/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2018, DJe 24/10/2018)

Afirmo, ainda, que a presença de temporários nos quadros estatais não pode ser considerada, por si só, como caracterizadora da preterição dos candidatos aprovados para provimento de cargos efetivos, ainda mais quando não há prova do alegado. Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: AgInt no RMS 51.806/ES, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/3/2017, DJe 30/3/2017 e AgInt no RMS 51.478/ES, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/3/2017, DJe 24/3/2017.

Ademais, a ausência do direito líquido e certo da autora, fica evidente pelo fato do writ ter sido impetrado durante a vigência do certame. No mesmo sentido o STJ:

ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA CLASSIFICADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO NÃO EXPIRADO NO MOMENTO DA IMPETRAÇÃO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 100/2007 PELO STF (ADI 4.876/DF). AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. 1. Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por Karla Oliveira Ferreira contra ato imputado ao Governador do Estado de Minas Gerais com o objetivo de assegurar o seu direito à nomeação para o cargo de Professora de Educação Básica - PEB - Nível I - Biologia, SER Metropolitana A, Município de Belo Horizonte, para o qual foi aprovada e classificada em 155ª lugar (fora do número de vagas).

2. O Edital SEPLAG/SEE 01/2011 previu 27 (vinte e sete) vagas para o referido cargo, sendo 4 (quatro) delas reservadas a pessoas com deficiência.

3. É assente no STJ o entendimento de que candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital ou em concurso para cadastro de reserva não possuem direito líquido e certo à nomeação, mesmo que novas vagas surjam no período de validade do concurso por criação de lei ou por força de vacância, cujo preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da Administração.

4. Observa-se dos autos ainda que o concurso público ainda estava em sua validade (15.11.2016) na ocasião da impetração (abril/2016) pela candidata aprovada fora do número de vagas.

5. A jurisprudência do STJ está pacificada no sentido de que não há falar em direito líquido e certo à nomeação se ainda houver tempo de validade do concurso (mesmo que o candidato esteja aprovado dentro do número de vagas, o que não é o caso da recorrente), pois, em tais situações, subsiste discricionariedade à Administração Pública para efetivar a nomeação.

6. Quanto ao fato de ter sido contratada a título precário, registro que tal circunstância, por si só, não autoriza a presunção de que existe cargo vago, uma vez que as contratações são admitidas na hipótese previstas no art. 10 da Lei Estadual 10.254/1990, ou seja, em substituição de servidores temporariamente afastados do cargo.

7. E ainda que tenha sido declarada a inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual 100/2007, não há nos autos prova pré-constituída a indicar preterição arbitrária e imotivada por



parte da Administração em efetivar a substituição dos servidores precários, nos moldes modulados pela Suprema Corte, no âmbito da ADI 4.876/MG.

8. Desse modo, não havendo direito líquido e certo a amparar a pretensão da recorrente, deve ser mantido o aresto proferido na origem.

9. Recurso Ordinário não provido.

(RMS 53.476/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 02/05/2017)

Ante ao exposto, seguindo a mesma linha do parecer Ministerial, DENEGO A SEGURANÇA, nos termos do art. 1º da Lei nº. 12.016/09, Tema 784 da Repercussão Geral do STF.

É como voto.

DIRACY NUNES ALVES
DESEMBARGADORA RELATORA.