



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 48.367 - AC
(2015/0117530-0)**

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : ESTADO DO ACRE
PROCURADOR : THOMAZ CARNEIRO DRUMOND E OUTRO(S)
AGRAVADO : ANA CAROLINA XIMENES GUERRA
ADVOGADO : BRUNO DE ALMEIDA MELO E OUTRO(S)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NUMERO DE VAGAS. INICIAL DESACOMPANHADA DO DIPLOMA DE CONCLUSÃO DO CURSO. EXIGÊNCIA. MOMENTO DA POSSE. SÚMULA 266/STJ.

1. O Tribunal de origem denegou a segurança, tendo em vista que "a Impetrante não logrou êxito em instruir devidamente o *writ* com toda a prova pré-constituída, estando a inicial desacompanhada de diploma de conclusão de curso superior, de forma a demonstrar o preenchimento pela Autora dos requisitos previstos em edital para o cargo almejado".

2. Com efeito, o Mandado de Segurança detém entre os seus requisitos a demonstração inequívoca de direito líquido e certo pela parte impetrante, por meio da chamada prova pré-constituída, inexistindo espaço para a dilação probatória na célere via do *mandamus*. Para a demonstração do direito líquido e certo, é necessário que, no momento da sua impetração, seja facilmente aferível a extensão do direito alegado e que este possa ser prontamente exercido.

3. Contudo, a jurisprudência do STJ entende que o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo não poderá ser exigido na inscrição ou em qualquer outra fase do concurso público anterior à posse. Tal entendimento restou consolidado na Súmula 266/STJ, que dispõe: "O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público".

4. O Ministério Público Federal, em seu parecer Ministerial, registrou que "a extinção do processo sem julgamento do mérito, sob alegação de ausência de prova pré constituída, contradiz decisão anterior do órgão regulador do concurso, no caso o MP/AC, pois no instante em que foi deferido o pedido para relocação da Impetrante em outro local na lista de classificação, confere-se a esta, em tese, oportunidade e credibilidade para obtenção do certificado de conclusão do bacharelado" (fl. 275, e-STJ).

5. Hipótese em que o Recurso Ordinário foi provido para anular o acórdão recorrido com o consequente retorno ao Tribunal de origem a fim de que seja analisado o mérito do *mandamus* e, se constatado o preenchimento de todas as exigências editalícias, seja a candidata empossada dentro do número de vagas, obedecendo-se à ordem de classificação.

6. A parte agravante não apresentou argumentos hábeis a infirmar os fundamentos da decisão regimentalmente agravada, devendo ela ser mantida por seus próprios fundamentos.

7. Agravo Regimental não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes (Presidente), Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de outubro de 2015(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 48.367 - AC
(2015/0117530-0)**

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : ESTADO DO ACRE
PROCURADOR : THOMAZ CARNEIRO DRUMOND E OUTRO(S)
AGRAVADO : ANA CAROLINA XIMENES GUERRA
ADVOGADO : BRUNO DE ALMEIDA MELO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo Estado do Acre contra decisão monocrática (fls. 279-284, e-STJ) que deu provimento ao Recurso Ordinário da ora agravada.

No Regimental, o agravante sustenta:

O Tribunal *a quo* acertadamente decidiu que diante da ausência de elementos e de provas pré-constituídas o Mandado de Segurança impetrado não poderia lograr êxito.

(...)

Da leitura dos autos verifica-se que a Recorrente deixou de colacionar aos autos a íntegra do edital, juntando-o apenas parcialmente, o que não permite a análise de todos os termos da lei do certame.

Ainda, a Recorrente não colacionou aos autos qualquer indicativo de quantas vagas já estariam preenchidas, ou quantas restariam preenchimento, inclusive para que se pudesse verificar a existência ou não de vagas atualmente e real posição da Recorrente em relação à fila de candidatos a serem nomeados.

Desta feita, sendo impossível a dilação probatória nesta via estreita, não há como os autos retornarem a origem para julgamento devendo ser extinto o feito sem julgamento do mérito.

(...)

A pretensão da Recorrente é de configurar a preterição ao seu direito de nomeação a determinado cargo público para o qual fora aprovada em concurso, afirmando ter havido a contratação precária de cargos comissionados terceiros para o exercício das mesmas funções, não tendo ocorrido, contudo, a comprovação documental pré-constituída dessa situação.

Esses elementos causais da demanda mandamental, contudo, não foram previamente comprovados, como deveria ter ocorrido em razão de a angusta via mandamental não contemplar fase de dilação probatória.

Depois, nem mesmo a suposta contratação de cargos comissionados foi evidenciada, visto que a configuração de preterição, nesse particular, exigiria da interessada a demonstração de que isso ocorreria para o mesmo cargo ofertado em concurso.

Logo, não subsiste razão a Recorrente que justifique o retorno dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autos à origem para julgamento do mérito do Mandado de Segurança devendo ser mantida a acertada decisão do Tribunal *a quo* (fls. 300-303, e-STJ).

Pleiteia, ao final, o provimento do presente recurso.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 48.367 - AC
(2015/0117530-0)**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 9.9.2015.

O Agravo Regimental não merece prosperar, pois a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado. Portanto não há falar em reparo na decisão.

Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por Ana Carolina Ximenes Guerra contra suposto ato praticado pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Acre, objetivando a concessão do *mandamus* no sentido de determinar que o impetrado proceda à nomeação da impetrante para o cargo de Analista Processual do Ministério Público daquele Estado, para o qual foi aprovada em concurso público dentro do número de vagas disponibilizadas, sendo classificada, ao final, na 50ª posição. Tal certame previa o preenchimento de 68 (sessenta e oito) vagas existentes, com lotação no Município de Rio Branco, segundo informou a impetrante.

Conforme consignado na decisão agravada, o Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que os candidatos aprovados em posição classificatória compatível com as vagas estabelecidas em edital possuem direito subjetivo a nomeação e posse dentro do período de validade do concurso, não havendo mera expectativa de direito.

A propósito:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E POSSE.

1. Ao denegar a segurança pelo fundamento de que o aprovado em concurso público, classificado dentro do número de vagas oferecidas, tem apenas expectativa de direito à nomeação e posse, a Corte local divorciou-se do entendimento jurisprudencial consolidado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

2. Embora no prazo de validade do certame seja facultado à Administração escolher o melhor momento para fazê-lo, certo é que nesse interregno não poderá deixar de efetivar a nomeação de candidato aprovado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dentro do número de vagas previsto no edital.

Precedentes.

3. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

(RMS 38.422/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 19/08/2015)

A jurisprudência deste Tribunal Superior também é firme 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 é o caso da impetrante), pois, em tais situações, subsiste discricionariedade à Administração Pública para efetivar a nomeação.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. IMPETRAÇÃO DURANTE O PRAZO DE VALIDADE. EXPECTATIVA DE DIREITO. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS. - RE 598.099/MG. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática que negou provimento ao recurso ordinário no qual se pleiteava a nomeação de candidato aprovado fora das vagas previstas no Edital. O writ of mandamus foi impetrado durante a vigência da validade do concurso público.

2. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está pacificada no sentido de que não há falar em direito líquido e certo à nomeação se ainda houver tempo de validade do certame pois, em tais casos, subsiste discricionariedade da administração pública para efetivar a nomeação.* Precedentes: MS 18.717/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 5.6.2013; e RMS 43.960/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 10.12.2013.

3. Ademais, cabe anotar que a Primeira Seção, nos autos do MS 17.886/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 14.10.2013, reafirmou o entendimento do Supremo Tribunal Federal, havido nos autos do RE 598.099/MG, de que os 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 (seja por criação em lei, seja por força de vacância), uma vez que tal preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da administração pública.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no RMS 45.464/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 29/10/2014, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese em exame, o Tribunal *a quo* denegou a segurança, sem exame do mérito, por ausência de prova pré-constituída, sob os seguintes fundamentos:

Com relação à alegada preliminar de ausência de prova pré-constituída, entendo que esta merece acolhida.

É cediço que o Mandado de Segurança é remédio processual destituído de dilação probatória, sendo necessária, para a demonstração do direito líquido e certo ferido, que o impetrante comprove suas alegações por meio de provas pré-constituídas. Vejamos o que diz a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXIX, *litteris*:

(...)

Com efeito, tem-se que a via excepcional da ação de mandado de segurança é estreita, não admitindo dilação probatória, exigindo-se, portanto, que a peça inicial venham acompanhada de provas pré-constituídas que demonstrem de plano o direito líquido e certo do Paciente.

(...)

Dessa forma, a noção de direito líquido e certo, para efeito de impetração de mandado de segurança, ajusta-se, em seu específico sentido jurídico, ao conceito de situação que deriva de fato incontestável, ou seja, de fato passível de comprovação documental imediata e inequívoca. Deve, pois, o direito alegado exsurgir límpido e inquestionável do arcabouço probatório trazido aos autos.

No caso sob julgamento, a Impetrante não logrou êxito em instruir devidamente o writ com toda a prova pré-constituída, estando a inicial desacompanhada de diploma de conclusão de curso superior, de forma a demonstrar o preenchimento pela Autora dos requisitos previstos em edital para o cargo almejado.

De fato, não há nos autos qualquer informação a respeito de sua diplomação, o que evidencia a falta de comprovação de direito líquido e certo por parte da Impetrante, levando-se em conta que no processo de mandado de segurança, como já dito anteriormente, é defeso a dilação probatória, mormente sobre questão de fato, a qual já deveria estar previamente demonstrada através da prova pré-constituída a denotar o direito líquido e certo tido por violado.

(...)

Dessarte, verifica-se que a Impetrante não logrou êxito em demonstrar a existência de direito líquido e certo a amparar sua demanda exercida através da via do mandado de segurança. Nada impede, todavia, que a Autora possa se valer da via ordinária para que possa provar seu alegado direito, tendo em vista que este voto se ampara na determinação contida no art. 19 da Lei do Mandado de Segurança.

Por esse motivo, acolho a preliminar de carência de ação, por ausência de prova pré-constituída, e voto pela denegação da segurança (fls. 166-169, e-STJ, grifei).

Como se vê, o Tribunal de origem denegou a segurança, tendo em vista que "a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Impetrante não logrou êxito em instruir devidamente o writ com toda a prova pré-constituída, estando *a inicial desacompanhada de diploma de conclusão de curso superior*, de forma a demonstrar o preenchimento pela Autora dos requisitos previstos em edital para o cargo almejado".

Com efeito, o Mandado de Segurança detém entre os seus requisitos a demonstração inequívoca de direito líquido e certo pela parte impetrante, por meio da chamada prova pré-constituída, inexistindo espaço para a dilação probatória na célere via do *mandamus*. Para a demonstração do direito líquido e certo, é necessário que, no momento da sua impetração, seja facilmente aferível a extensão do direito alegado e que este possa ser prontamente exercido.

Contudo, a jurisprudência do STJ entende que o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo não poderá ser exigido na inscrição ou em qualquer outra fase do concurso público anterior à posse. Tal entendimento foi consolidado na Súmula 266/STJ, que dispõe: "O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público".

Veja-se:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. OUTORGA DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS DE NOTAS E DE REGISTROS. CANDIDATO APROVADO NAS FASES OBJETIVA E SUBJETIVA. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO EXIGIDO NO EDITAL. CERTIDÃO NEGATIVA DE DISTRIBUIÇÃO NA JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO EMITIDA PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1a. REGIÃO. POSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DA CERTIDÃO NO MOMENTO POSTERIOR. RECURSO PROVIDO.

1. In casu, o candidato, regularmente aprovado nas fases objetiva e subjetiva para o concurso de Outorga de Delegações de Serviços de Notas e de Registros, por equívoco, apresentou certidão negativa emitida pelo Tribunal Regional Federal da 1a. Região, enquanto as certidões exigidas seriam da Justiça Federal de Primeira Instância.

2. Não se desconhece que o Edital é a lei do concurso, que deve estabelecer normas garantidoras do tratamento isonômico e impor a igualdade de condições para o ingresso no serviço público.

3. Entretanto, não se considera razoável a exclusão do candidato do certame, em virtude de um equívoco, totalmente desculpável, uma vez que é inteiramente admissível a apresentação da referida certidão negativa em momento posterior, qual seja, na data da nomeação ou até mesmo da posse.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Ressalte-se, em apoio a tese expendida, que o entendimento desta Corte Superior é de que, até mesmo a exigência de diploma ou habilitação legal para o exercício de cargo público, somente pode ser feita na data da posse - inteligência da Súmula 266/STJ.*

5. Recurso em Mandado de Segurança a que se dá provimento.
(RMS 39.265/MA, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 26/02/2015, grifei).

E ainda, como bem registrou o Ministério Público Federal, em seu parecer Ministerial, "a extinção do processo sem julgamento do mérito, sob alegação de ausência de prova pré constituída, contradiz decisão anterior do órgão regulador do concurso, no caso o MP/AC, pois no instante em que foi deferido o pedido para relocação da Impetrante em outro local na lista de classificação, confere-se a esta, em tese, oportunidade e credibilidade para obtenção do certificado de conclusão do bacharelado" (fl. 275, e-STJ).

Por fim, cumpre esclarecer que o concurso público de que trata a Lei 8.666/1993 é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, não tendo correlação com o concurso público como modo de seleção e admissão de pessoal ao quadro funcional público, razão por que não se aplicam a este as regras daquela lei.

Ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento deste Tribunal, não há prover o Agravo Regimental que contra ela se insurge.

Diante do exposto, **nego provimento ao Agravo Regimental.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2015/0117530-0

AgRg no
RMS 48.367 / AC

Números Origem: 10012489220148010000 1001248922014801000050001 8146 8164

PAUTA: 06/10/2015

JULGADO: 06/10/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DARCY SANTANA VITOBELLO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANA CAROLINA XIMENES GUERRA
ADVOGADO : BRUNO DE ALMEIDA MELO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO ACRE
PROCURADOR : THOMAZ CARNEIRO DRUMOND E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Concurso Público / Edital - Classificação e/ou Preterição

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DO ACRE
PROCURADOR : THOMAZ CARNEIRO DRUMOND E OUTRO(S)
AGRAVADO : ANA CAROLINA XIMENES GUERRA
ADVOGADO : BRUNO DE ALMEIDA MELO E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes (Presidente), Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.