



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MEDIDA CAUTELAR Nº 15.648 - SP (2009/0108995-0)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
REQUERENTE : MARIA REGINA ROLFSEN FRANCISCO CHEDIEK
ADVOGADO : HENRIQUE FRANCISCO CHEDIEK E OUTRO(S)
REQUERIDO : PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DO CONCURSO PÚBLICO 2001/2002 DA FUNDAÇÃO DO BEM ESTAR DO MENOR FEBEM

EMENTA

MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL JÁ ADMITIDO PELA CORTE DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N.ºS 634 E 635 DO EXCELSO PRETÓRIO. CONCURSO PÚBLICO. REQUISITOS IMPOSTOS AO CANDIDATO. COMPROVAÇÃO. EXIGIBILIDADE. MOMENTO DA POSSE. ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA PELA SÚMULA N.º 266 DO STJ. PRECEDENTES DESTA CORTE. CONCESSÃO PARCIAL

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial, objetivada em cautelar incidental, além da satisfação cumulativa dos requisitos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**, depende do juízo positivo de admissibilidade emanado do Tribunal **a quo**.

2. No caso dos autos, tem-se que o recurso especial interposto pela requerente já se encontra neste Tribunal, sendo viável, pois, o processamento da presente cautelar, na medida em que os demais pressupostos formais também se demonstram presentes.

3. A teor da decisão recorrida pela via especial, as exigências para a posse no cargo devem ser apresentadas quando da inscrição, porque é nesse momento que os candidatos demonstram estar aptos para a realização das provas.

4. É de se ver que o pronunciamento assentado pela Corte Estadual contrária, em tese, a posição já consolidada por este Superior Tribunal de Justiça, que, ao editar a Súmula n.º 266, firmou o entendimento de que a habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigida por ocasião da posse, e não da inscrição para o concurso público: "*O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público*".

5. Quanto ao prazo para a impetração da ação mandamental na origem, militam, ainda, "*(...) em favor da requerente, precedentes desta Corte, segundo os quais, havendo o candidato obtido aprovação em todas as fases do certame, não pode ser prejudicado no seu direito de buscar a tutela mandamental em razão do fato de que a ciência dos motivos de sua exclusão deu-se após a homologação do resultado final. Inexistência de perda de objeto do mandado de segurança. Interesse processual que persiste.*" (RMS 20.983/BA, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 28.7.07).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Eventuais contratações, promoções e remoções de outros servidores não teriam repercussão quanto ao direito vindicado, razão pela qual o pleito não subsiste quanto à suspensão desses atos.

7. Presença dos requisitos indispensáveis à concessão parcial da cautelar requestada, consubstanciada na determinação de reserva de vaga, a qual deverá ser ocupada pela requerente, caso provido, ao final, o recurso especial por ela interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a cautelar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 20 de abril de 2010 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MEDIDA CAUTELAR Nº 15.648 - SP (2009/0108995-0)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de medida cautelar inominada, com pedido liminar, proposta por MARIA REGINA ROLFSEN FRANCISCO CHEDIEK contra o PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DO CONCURSO PÚBLICO 2001/2002 DA FUNDAÇÃO DO BEM ESTAR DO MENOR - FEBEM (DENOMINADA, ATUALMENTE, FUNDAÇÃO CASA), objetivando sejam suspensas as contratações, promoções e remoções relativas ao aludido certame, bem assim a determinação de reserva de vaga em seu favor.

Sustenta a requerente haver impetrado, no ano de 2005, mandado de segurança, insurgindo-se contra ato praticado pela Comissão Especial do Concurso Público 2001/2002 da aludida Fundação. Isso porque: *"(...) ao ser aprovada e instada a manifestar interesse pela vaga e respectiva nomeação, teve direito líquido e certo violado, pois entendeu a autoridade coatora que a requerente não havia preenchido o requisito de 02 (dois) anos de 'prática jurídica', no momento da inscrição".*

Informa que a segurança foi denegada no primeiro grau, sob o fundamento de que: *"(...) as exigências para a posse no cargo devem ser apresentadas quando da inscrição, porque é nesse momento que os candidatos demonstram estarem aptos para a realização das provas".*

Entende, todavia, que aludida decisão contraria a orientação fixada pela Súmula n.º 266 deste Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual os requisitos pertinentes ao cargo devem ser preenchidos no momento da posse, e não da inscrição.

Salienta, por outro lado, que: *"Ainda que assim não fosse, a impetrante comprovou ter a experiência exigida pelo edital, ainda no momento da inscrição, apresentando, para tanto, certificado de estágio oficial do Ministério Público do Estado de São Paulo, por período superior ao previsto no edital".*

Contra a referida decisão, declara haver interposto recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual, por sua vez, julgou prejudicado o apelo, divisando perda do objeto, na medida em que, na altura, já teria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decorrido o prazo de validade do certame em tela.

Invocando precedentes desta Corte, entende que o aresto estadual não merece prevalecer, sobretudo porque: *"(...) o encerramento do prazo de validade do concurso não acarreta a perda do objeto de ação anteriormente ajuizada com o objetivo de sanar irregularidade (...), sob pena de o candidato lesado ser punido pela demora na prestação jurisdicional"*.

Com base nessas considerações, entende que o **fumus boni iuris** encontra-se sobejamente demonstrado, notadamente porque a decisão recorrida contraria a Súmula n.º 266 do STJ, bem assim o **periculum in mora**, *"consubstanciado na ameaça de descumprimento do julgado, com a nomeação de outro candidato para a vaga"*.

Em juízo definitivo, pede a procedência da cautelar, com a preservação dos efeitos do provimento liminar até o trânsito em julgado da decisão de mérito a ser proferida no mandado de segurança.

Após o cumprimento de diligências apontadas por este Relator (fl. 25), a liminar requestada foi parcialmente deferida, especialmente para que a requerida adotasse as providências necessárias à reserva de uma vaga no cargo de Advogado da Fundação do Bem-Estar do Menor/SP (denominada, atualmente, Fundação Casa), a qual seria ocupada pela requerente, caso provido, ao final, o recurso especial por ela interposto (fls. 132/136).

Citada, a requerida apresentou contestação (fls. 204/214), arguindo, na oportunidade, preliminares de coisa julgada e de inexistência dos requisitos indispensáveis à via cautelar. No mais, manifestou-se pela improcedência da postulação inicial.

Além da referida defesa, a entidade fundacional interpôs, também, agravo regimental, investindo contra o provimento liminar (fls. 230/243), ao qual foi negado provimento (fls. 268/269).

O parecer do Ministério Público Federal é pela concessão parcial da cautelar, nos termos da liminar (fls. 308/309)

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MEDIDA CAUTELAR Nº 15.648 - SP (2009/0108995-0)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Sr. Presidente, quero registrar, inicialmente, que as preliminares de coisa julgada e de inexistência dos requisitos indispensáveis à concessão da cautelar, arguidas pela Fundação requerida, já foram devidamente analisadas e afastadas, por ocasião do julgamento do agravo regimental por ela interposto, na medida em que referidas questões processuais também constituíram objeto daquele recurso. Desse modo, desnecessária a reapreciação daquelas prefaciais, neste momento, uma vez que não houve qualquer alteração no quadro já avaliado.

No mérito, peço vênica para adotar, como razões de decidir, os fundamentos que constaram do provimento liminar ofertado nestes autos e que se encontram assim delineados:

A Terceira Seção desta Corte, alinhando-se ao posicionamento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, formou compreensão segundo a qual a jurisdição do Superior Tribunal de Justiça para apreciar medida cautelar vinculada a recurso especial somente se impõe com o advento do juízo positivo de admissibilidade pela Instância de origem.

*Nesse sentido, as Súmulas n.ºs 634 e 635 do Excelso Pretório, **in verbis**:*

NÃO COMPETE AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONCEDER MEDIDA CAUTELAR PARA DAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE AINDA NÃO FOI OBJETO DE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NA ORIGEM.

CABE AO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIR O PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO AINDA PENDENTE DO SEU JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE.

Dentre os inúmeros precedentes, reporto-me aos seguintes:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR COM PEDIDO LIMINAR PARA A ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ATIVO A RECURSO ESPECIAL AINDA NÃO ADMITIDO NA ORIGEM. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA NOS ACÓRDÃOS ATACADOS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 634 E 635 DO STF. EXTENSÃO DE ÁREA PARA OPERAÇÃO DE TERMINAL RETROPORTUÁRIO ALFANDEGÁRIO. NECESSIDADE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO 1. **Compete ao Tribunal de origem a apreciação do pedido de efeito suspensivo a recurso especial pendente de juízo de admissibilidade.** 2. **Somente em casos excepcionais o STJ tem concedido efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido ou não interposto, notadamente quando a decisão recorrida é teratológica ou manifestamente contrária à jurisprudência pacífica desta Corte. Incidência, por analogia, das Súmulas 634 e 635/STF.** 3. Caso em que se intenta emprestar efeito suspensivo a recurso que aponta contrariedade ao art. 535 do CPC, mas não demonstra especificamente como ocorreu tal violação, apresentando-se de forma deficiente, o que atrai, por analogia, a incidência da Súmula 284 do STF. 4. No mérito, o acórdão recorrido baseou-se, como fundamento central, em matéria de cunho eminentemente constitucional, qual seja, a necessidade de realização de licitação para outorga de serviço de interesse público, em obediência à regra do art. 175 da Constituição Federal, afastando a probabilidade de êxito do especial. 5. Ação cautelar julgada improcedente, com a conseqüente revogação da liminar anteriormente concedida. (MC 6.366/DF, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 04/05/2009) - grifos acrescidos

AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE JUÍZO POSITIVO DE ADMISSIBILIDADE. INVIABILIDADE. **PERICULUM IN MORA.** INEXISTÊNCIA. 1. A decisão agravada foi proferida em consonância com a orientação jurisprudencial dominante, segundo a qual a jurisdição do Superior Tribunal de Justiça para apreciar medida cautelar objetivando emprestar efeito suspensivo a recurso especial somente se descortina com a prolação do juízo positivo de admissibilidade pelo Tribunal de origem, não bastando a interposição do respectivo agravo de instrumento. 2. "A simples possibilidade de execução provisória não representa, em si, risco de dano irreparável ao devedor, não estando configurado o alegado **periculum in mora**" (AgRg na MC 14.366/RJ, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJU de 18/12/2008). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg na MC 15.289/SP, Relator Ministro PAULO GALLOTTI, DJe 04/05/2009)

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NEGATIVO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. DESCABIMENTO. INAPLICABILIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOS PRECEDENTES INDICADOS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N.^{OS} 634 E 635/STF. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA NÃO EVIDENCIADA. DECISÃO MANTIDA. 1. Para o deferimento de medida cautelar que objetive a concessão de efeito suspensivo a recurso especial, esta Corte assentou a compreensão de que é necessária, além da confluência dos requisitos de **fumus boni iuris** e **periculum in mora**, a prolação de juízo positivo de admissibilidade do recurso excepcional. Precedentes. 2. De outra parte, os julgados mencionados pelos agravantes são inaplicáveis ao caso concreto. Quanto ao primeiro, incide, na espécie, os enunciados de n.^{OS} 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal. No tocante ao segundo, a hipótese em apreço dele difere por não deixar evidente a plausibilidade jurídica do pedido. 3. Com efeito, ao que parece, o recurso especial possui frágil probabilidade de sucesso, na medida em que o julgado recorrido considerou que a transferência de imóvel gravado com penhora antecedente constitui fraude à execução, na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg na MC 13.981/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe 04/08/2008)

AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL AINDA NÃO ADMITIDO PELO TRIBUNAL **A QUO**. IMPOSSIBILIDADE. 1. A atribuição de efeito suspensivo a recurso especial, perseguida em cautelar incidental, além da satisfação cumulativa dos requisitos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**, depende do juízo positivo de admissibilidade emanado do Tribunal **a quo**. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg na Medida Cautelar n.º 6.403/RJ, Relator o Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJU de 22/9/2003)

No caso dos autos, tem-se que o recurso especial interposto pela requerente já se encontra neste Tribunal, aguardando distribuição (fls. 122/123). Sendo assim, tenho por viável o processamento da presente cautelar, na medida em que os demais pressupostos formais também se demonstram presentes.

Depreende-se dos autos que a requerente se submeteu a concurso público para o provimento do cargo de advogado da então Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor - FEBEM/SP, sendo aprovada na 37.^a posição (fl. 63).

Convocada para anuência de vaga em outubro de 2005 (fls. 51/52), a autora não pode tomar posse no aludido cargo, por não reunir, segundo a Comissão, as condições estabelecidas no edital, notadamente aquela relacionada ao período mínimo de experiência profissional.

Inconformada com a decisão em tela, a autora impetrou mandado de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segurança perante a primeira instância da Justiça Federal que, negando a ordem postulada, considerou que, "No caso em tela, as exigências para a posse no cargo devem ser apresentadas quando da inscrição, porque é neste momento que os candidatos demonstram estar aptos para a realização das provas".

Em sede de apelação, a Corte Estadual, por sua vez, pontuou que: "(...) conforme informado pelo impetrado, o concurso público no qual a apelante foi aprovada foi homologado em 9 de fevereiro de 2002 (fls. 219), de sorte que já se passaram bem mais do que os quatro anos previstos na Carta Magna" (fl. 91).

Por qualquer ângulo que se analise o quadro relatado pela autora, é de se constatar que as decisões proferidas pelas instâncias precedentes contrariam, em tese, o entendimento já assentado por esta Corte.

O Superior Tribunal de Justiça, ao editar a Súmula n.º 266, consolidou o posicionamento de que a habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigida por ocasião da posse, e não da inscrição para o concurso público.

No que se refere ao prazo da impetração, militam em favor da autora precedentes deste Tribunal, consoante os quais, "Havendo o candidato obtido aprovação em todas as fases do certame, não pode ser prejudicado no seu direito de buscar a tutela mandamental em razão do fato de que a ciência dos motivos de sua exclusão deu-se após a homologação do resultado final. Inexistência de perda de objeto do mandado de segurança. Interesse processual que persiste" (RMS 20.983/BA, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 28.07.2007).

Com base nas anotações acima, parece-me clara e prudente a determinação de reserva de vaga, na modalidade do cargo pretendido pela autora, a fim de ser garantida a eficácia de eventual procedência da presente medida.

Em face do exposto, DEFIRO PARCIALMENTE a liminar, para determinar à parte ré a adoção das providências necessárias à reserva de uma vaga no cargo de Advogado da Fundação do Bem-Estar do Menor/SP (denominada, atualmente, Fundação Casa), a qual deverá ser ocupada pela requerente, caso provido, ao final, o recurso especial por ela interposto.

Saliento que o posicionamento do Ministério Público Federal também milita no mesmo sentido:

O *fumus boni iuris* revela-se na medida em que a sentença do juiz de primeiro grau, ao determinar que os requisitos para a ocupação do cargo público devem ser demonstrados no momento da inscrição, contraria,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*aparentemente, o teor da Súmula 266/STJ, **verbis**: "O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público.*

*O **periculum in mora**, por sua vez, reside no efetivo risco de perda da vaga pleiteada pelo decurso do tempo, de forma que a mesma deve ser assegurada até o desfecho do processo principal, sob pena de perda do objeto.*

Eventuais contratações, promoções e remoções de outros servidores não teriam repercussão quanto ao direito vindicado, razão pela qual o pleito não subsiste quanto à suspensão desses atos.

Ante o exposto, opina o MPF pela concessão parcial da medida cautelar, assegurando a reserva de vaga, nos termos da medida liminar.

Com base nessas anotações, confirmando os termos do provimento liminar, CONCEDO, PARCIALMENTE, A CAUTELAR, determinando à parte ré a adoção das providências necessárias à reserva de uma vaga no cargo de Advogado da Fundação do Bem-Estar do Menor/SP (denominada, atualmente, Fundação Casa), a qual deverá ser ocupada pela requerente, caso provido, ao final, o recurso especial por ela interposto.

Assim é como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0108995-0

MC 15648 / SP

Números Origem: 53050256664 6374245

PAUTA: 20/04/2010

JULGADO: 20/04/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

REQUERENTE : MARIA REGINA ROLFSEN FRANCISCO CHEDIEK

ADVOGADO : HENRIQUE FRANCISCO CHEDIEK E OUTRO(S)

REQUERIDO : PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DO CONCURSO PÚBLICO 2001/2002
DA FUNDAÇÃO DO BEM ESTAR DO MENOR FEBEM

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Concurso
Público / Edital

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a cautelar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. "

Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 20 de abril de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário