



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.157.628 - RJ (2009/0180495-1)

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
EMBARGANTE : **UNIÃO**
EMBARGADO : **PAULO MARQUES DUQUE ESTRADA WANDERLEY**
ADVOGADA : **CYNTHIA MARIA PISKE SILVERIO SOUZA E OUTRO(S) - RJ072886**

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO. RESISTÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE.

1. Não se aplica a "Teoria do Fato Consumado" em relação a atos praticados sob contestação das pessoas envolvidas, que o reputam irregular e manifestam a existência da irregularidade nas vias adequadas, ainda que, pela demora no transcurso do procedimento destinado à apuração da legalidade do ato, este gere efeitos no mundo concreto.
2. Verificada ou confirmada a ilegalidade, o ato deve ser desfeito, preservando-se apenas aquilo que, pela consolidação fática irreversível, não puder ser restituído ao *status quo ante*.
3. Na espécie, nunca houve em relação à remoção do embargante aquiescência pela Administração Pública, que se manteve em permanente resistência no plano processual, sempre apontando a ilegalidade no ato de lotação do servidor em localidade diversa daquela em que tomou posse por conta do concurso público.
4. Impossibilidade de aplicação da teoria do fato consumado. Embargos de divergência providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Corte Especial, por maioria, conhecer e dar provimento aos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Francisco Falcão, Nancy Andrichi, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília, 07 de dezembro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRA LAURITA VAZ
Presidente

MINISTRO RAUL ARAÚJO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.157.628 - RJ (2009/0180495-1)

RELATOR : MINISTRO RAUL ARAÚJO
EMBARGANTE : UNIÃO
EMBARGADO : PAULO MARQUES DUQUE ESTRADA WANDERLEY
ADVOGADA : CYNTHIA MARIA PISKE SILVERIO SOUZA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator):

Trata-se de embargos de divergência opostos contra acórdão da colenda Quinta Turma, integrado por embargos de declaração, assim ementados:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REMOÇÃO A PEDIDO. POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS DO ART. 36, PARÁGRAFO ÚNICO, III DA LEI 8.112/90. SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O STJ reiteradamente tem afirmado que a norma prevista no art. 36, parágrafo único, III da Lei 8.112/90, pode ser atenuada em situações excepcionais já consolidadas pelo decurso do tempo, como no caso dos autos, em que o servidor foi removido da Delegacia da Receita Federal de Foz do Iguaçu/PR para a Delegacia da Receita Federal de Petrópolis/RJ, por força de liminar concedida em 2001, para acompanhamento de cônjuge.

2. "Esta Corte já se manifestou pela mitigação da regra do art. 36, parágrafo único, III, da Lei 8.112/90, em respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, implícitos no ordenamento jurídico. Precedentes" (REsp 1252219/CE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013).

4. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.157.628/RJ, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP -, QUINTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe de 03/11/2014)

A parte embargante alega a existência de dissídio pretoriano, apontando como aresto paradigma o seguinte precedente desta Corte de Justiça: AgRg no REsp 1.453.357/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 7/8/2014, DJe de 9/10/2014. Confira-se:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO A PEDIDO. ART. 36, PARÁGRAFO ÚNICO, III, "A", DA LEI 8.112/90. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS.

1. A orientação do STJ vem afirmando que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, consagra o princípio da proteção à família como base da sociedade brasileira e dever do Estado. Contudo, a tutela à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

família não é absoluta. Para que seja deferido o deslocamento do servidor pelo Judiciário, nos casos em que a pretensão for negada pela Administração, ele tem de comprovar que sua situação se subsume em uma das hipóteses taxativamente previstas para concessão do benefício quando inexistente interesse administrativo no ato.

2. Verifica-se que a remoção para acompanhamento de cônjuge exige prévio deslocamento de qualquer deles no interesse da Administração, inadmitindo-se qualquer outra forma de alteração de domicílio.

3. In casu, não ficou demonstrado que a situação se encaixa nas hipóteses que preveem a remoção como direito subjetivo do servidor, uma vez que consta nos autos que a recorrida, ora agravante, teve que alterar seu domicílio, em virtude de aprovação em concurso público; assim, estava ciente de que iria assumir o cargo em local diverso da residência do marido.

4. Ressalto que a jurisprudência do STJ é rigorosa ao afirmar que a remoção requerida pelo servidor para acompanhar cônjuge é ato discricionário, embasado em critérios de conveniência e oportunidade, em que prevalece a supremacia do interesse público sobre o privado.

5. Ademais, a "teoria do fato consumado visa preservar não só interesses jurídicos, mas interesses sociais já consolidados, não se aplicando, contudo, em hipóteses contrárias à lei, principalmente quando amparadas em provimento judicial de natureza precária" (REsp 1.189.485/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 28.6.2010).

6. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.453.357/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe de 09/10/2014)

Sustenta, em síntese, que a "teoria do fato consumado" não pode ser aplicada para consolidar remoção ilegal de servidor público, concedida com fundamento em provimento judicial de natureza precária, não mais em vigor.

A parte embargada apresentou impugnação dos embargos às fls. 373/380, arguindo a aplicação da Súmula 158/STJ, porquanto a Quinta Turma não é mais competente para julgamento de questão referente a servidores públicos, nos termos da Emenda Regimental n. 11/2010. Sustenta, também, que os embargos seriam inadmissíveis, porque importariam "inovação recursal", uma vez que a União, nas contrarrazões ao recurso especial interposto pela parte ora embargada, não se teria manifestado sobre a teoria do fato consumado. Invoca, ainda, a Súmula 399/STF ("*não cabe recurso extraordinário, por violação de lei federal, quando a ofensa alegada for a regimento de tribunal*"), sob o fundamento de que a divergência sobre a teoria do fato consumado não se enquadra no conceito de "divergência em torno de um mesmo dispositivo de lei federal". Afirma inexistir similitude fática entre o acórdão embargado e o aresto paradigma. Por fim, sustenta que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudência do STJ firmou-se no mesmo sentido do acórdão embargado.

Intimado a se manifestar (e-STJ, fl. 451), o Ministério Público Federal ficou-se
silente.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.157.628 - RJ (2009/0180495-1)

RELATOR : MINISTRO RAUL ARAÚJO

EMBARGANTE : UNIÃO

EMBARGADO : PAULO MARQUES DUQUE ESTRADA WANDERLEY

ADVOGADA : CYNTHIA MARIA PISKE SILVERIO SOUZA E OUTRO(S)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator):

- I -

Examinando preliminarmente as alegações da parte embargada no sentido do não conhecimento dos embargos de divergência, verifica-se que os argumentos invocados apoiam-se nas Súmulas 158 do STJ e 399 do STF:

Súmula 158/STJ: "Não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de Turma ou Seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada."

Súmula 399/STF: "Não cabe recurso extraordinário, por violação de lei federal, quando a ofensa alegada fôr a regimento de tribunal."

Além disso, alega a existência de preclusão consumativa e argui a inexistência de dissídio pretoriano, seja porque não haveria similitude entre o acórdão embargado e o aresto paradigma, seja porque a jurisprudência do STJ teria-se firmado no mesmo sentido do acórdão recorrido.

Quanto à Súmula 158 do STJ, verifica-se não ter aplicação na espécie. Segundo o entendimento consolidado na referida Súmula, não cabem embargos de divergência quando o aresto paradigma é de turma que não mais tem competência para o julgamento da matéria de fundo. No caso dos autos, o aresto paradigma é da Segunda Turma, que é competente para o julgamento do tema relativo à remoção de servidor público civil.

Na verdade, o acórdão embargado é que se originou em julgamento da Quinta Turma, a qual perdeu, com a Emenda Regimental 11/2010, a competência sobre o assunto dos autos. Os processos que a ela já estavam distribuídos, contudo, permaneceram naquele órgão fracionário. Este era um deles, conforme se vê no termo de distribuição à fl. 358.

Logo, não tem aplicação para o caso concreto a Súmula 158/STJ, porquanto o paradigma apontado é da Segunda Turma, órgão fracionário que tem competência para a matéria de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundo.

Com relação à alegada aplicação ao caso da Súmula 399/STF, observa-se que, nestes autos, não se trata de alegada ofensa a "*regimento de tribunal*". O que a parte embargante alega é a existência de ofensa ao artigo 36, III, "a", da Lei 8.112/90, em virtude de ter sido a ele dada interpretação que mitiga seu conteúdo literal, adotando-se a aplicação da teoria do fato consumado quando a remoção houver sido originada em decisão liminar cujos efeitos perduraram por longo período de tempo.

Fica afastada, portanto, a incidência da Súmula 399/STF.

Por essa mesma razão, também não há de se falar em inovação recursal ou em ausência de indicação do dispositivo de lei federal sobre o qual se alega divergência. Nos termos do próprio acórdão embargado, verifica-se que a teoria do fato consumado foi adotada, enquanto temperamento à interpretação estrita do art. 36, III, "a", da Lei 8.112/90, sendo que a discussão do alcance desse dispositivo normativo é exatamente o objeto do recurso especial em referência.

No que se refere à similitude fática entre o acórdão embargado e o aresto paradigma, observa-se que ambos analisaram a questão da consolidação dos efeitos de decisão liminar que determina a lotação de servidor em localidade diversa daquela para a qual foi designado em primeira lotação após a posse em cargo público na Administração Federal, sob o fundamento de acompanhamento de cônjuge. Em ambos os julgados, foi identificado que, apesar da concessão de decisão liminar em favor do servidor, ele não fazia jus à remoção, não se enquadrando nas previsões do artigo 36, III, "a", da Lei 8.112/90.

Em face desse contexto de fato, a eg. Quinta Turma, no acórdão embargado, entendeu que a interpretação do artigo 36, III, "a", da Lei 8.112/90 comportaria temperamentos, de tal forma que, por força da teoria do fato consumado, tornar-se-ia estável a remoção judicialmente deferida ante o decurso de vários anos, desde que efetivada a decisão liminar.

Já no aresto paradigma, a col. Segunda Turma concluiu que não se aplica a teoria do fato consumado nos casos em que este seja decorrente de provimento judicial de natureza precária, em hipótese na qual referida decisão judicial esteja em contrariedade com a lei. Deixou, portanto, de mitigar o conteúdo do artigo 36, III, "a", da Lei 8.112/90.

O aresto paradigma originou-se em julgamento do dia 7 de agosto de 2014, o que evidencia que a controvérsia sobre o tema é atual na jurisprudência do STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, os embargos devem ser admitidos, como já o foram na decisão monocrática de fls. 367/368, para que se solucione o dissídio pretoriano apontado, consubstanciado na divergência quanto à possibilidade de mitigação do artigo 36, III, "a", da Lei 8.112/90 pela teoria do fato consumado, quando houver sido deferida lotação de servidor público, por liminar, para acompanhamento de cônjuge.

- II -

A teoria do fato consumado foi construída ao longo dos anos como um mecanismo de estabilização de atos ou decisões, em casos excepcionais, nos quais a restauração da estrita legalidade seria faticamente impossível ou, ainda que possível, causaria danos sociais de grande monta e irreparáveis, com malferimento do postulado da segurança jurídica.

Assim, em uma primeira linha, a teoria do fato consumado tem sido aplicada, no âmbito judicial, para as hipóteses em que, pela própria lei da natureza, não haveria como desfazer os acontecimentos decorrentes do ato viciado.

A respeito, veja-se o seguinte precedente do STF:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALUNO. TRANSFERÊNCIA. CONCLUSÃO DO CURSO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. APLICABILIDADE. O Supremo, ao analisar hipótese em que houvera conclusão de curso superior antes do trânsito em julgado da decisão em que se discutia a idoneidade do ato de matrícula do aluno, manifestou-se pela aplicação da teoria do fato consumado à espécie. Agravo regimental a que se dá provimento.
(RE 429906 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-04 PP-00720 RTJ VOL-00206-03 PP-01133)

Também tem sido reconhecida a incidência da teoria do fato consumado nas hipóteses em que a Administração permite, por vários anos, a permanência de situação contrária à legalidade estrita, atribuindo ares de legalidade a determinada circunstância, e, assim, fazendo crer que as pessoas agem de boa-fé, conforme o direito.

Nessa perspectiva, a teoria do fato consumado guarda íntima relação com a convalidação dos atos administrativos, atualmente regulada pelo artigo 54 da Lei 9.784/99, que dispõe:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Quanto aos comportamentos das partes ao longo do tempo, faz-se necessário, para que se tenha por aplicável a teoria do fato consumado, distinguir duas situações que podem ocorrer quando se pratica um ato equivocado.

A primeira situação corresponde à hipótese em que um ato contrário à lei é praticado sem dolo e sem contestação, tendo vigência por anos a fio, e assim atribuindo à situação fática ares de legalidade, atraindo para si o valor da segurança jurídica. Há, nesses casos, de ser preservada a estabilidade das relações geradas pelo ato inválido, cuja regularidade manteve-se incontestado por anos, fazendo convaler o vício que originalmente inquinava sua validade. Protege-se, com isso, a boa-fé e o princípio da confiança legítima do administrado, a ela associado.

Situação diversa é aquela em que determinado ato é praticado sob contestação das pessoas envolvidas, que o reputam irregular e manifestam a existência de tal irregularidade nas vias adequadas, mas que, por causa da demora no transcurso do procedimento destinado à apuração da legalidade do ato, termina por gerar efeitos no mundo concreto.

Nessa última hipótese, verificada ou confirmada a ilegalidade, sendo ainda possível, o ato deve ser desfeito, preservando-se apenas aquilo que, pela consolidação fática irreversível, não puder ser restituído ao "*status quo ante*". Mesmo nesses casos, se ficar configurado prejuízo decorrente do fato irreversível, deve ser ressalvada à parte prejudicada o direito de exigir perdas e danos.

No caso dos autos, a Administração sempre apontou a ilegalidade no ato de lotação do servidor em localidade diversa daquela em que tomou posse por conta do concurso público.

O embargado, servidor público federal, tomou posse no cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal e foi lotado em Foz do Iguaçu/PR, em 15/7/1999. Pouco mais de um ano depois, em 1º de dezembro de 2000, a esposa do autor tomou posse em cargo público municipal de Animador Cultural, da Fundação Cultural Petrópolis, na cidade de Petrópolis/RJ.

Em março de 2001, o embargado ajuizou ação judicial pleiteando sua remoção para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cidade de Petrópolis/RJ, com fundamento no artigo 36, III, "a", da Lei 8.112/90, bem como nos artigos 226 e 229 da Constituição Federal.

Indeferida a antecipação dos efeitos da tutela pelo Juízo de 1ª Instância e interposto recurso para o TRF da 2ª Região, este atribuiu efeito suspensivo ativo ao agravo de instrumento, determinando a remoção do servidor para a cidade de Petrópolis, *"até o trânsito em julgado da sentença de primeiro grau"* (fls. 156 e 253).

A sentença de 1ª Instância julgou improcedente o pedido do autor (fls. 189/195), tendo sido confirmada no âmbito do TRF da 2ª Região, com os seguintes fundamentos (fls. 263/264):

Considerando que a esposa do autor tomou posse em cargo municipal em 01/12/2000 (fls. 56) e o autor foi lotado em Foz do Iguaçu em 15/07/1999 (fls. 53), não se aplica ao caso concreto o disposto no inciso III do supramencionado dispositivo legal, ou seja, não se trata de remoção a pedido, para outra localidade, independente do interesse da Administração para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração.

Na hipótese dos presentes autos a esposa do apelante não foi deslocada no interesse da Administração Pública, tendo a mesma tomado posse em cargo

público (provimento originário) em data posterior a posse do requerente, aplicando-se a hipótese o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 36 da Lei nº 8.112/90, de modo que o ato de remoção pretendido é discricionário da Administração Pública, não podendo o Poder Judiciário adentrar ao mérito, salvo em caso de ilegalidade, o que não se verifica no presente caso.

[...]

Por fim, releva mencionar que caso haja a ruptura da unidade familiar, esta resultará da iniciativa própria do casal, eis que a esposa do apelante resolveu tomar posse em cargo público no município de Petrópolis/RJ, bem distante do local onde o requerente foi lotado (Foz do Iguaçu/PR), e não de ato que possa ser atribuído ao poder público.

Especificamente sobre a teoria do fato consumado, manifestou-se o Tribunal Regional, ao julgar os embargos de declaração, nos seguintes termos (fls. 299/300):

Com efeito: verificando-se que o acórdão embargado (fl. 225) não se manifestou sobre a "situação peculiar" do autor, quanto à incidência da teoria do fato consolidado no tempo, conforme alegado nos primeiros embargos de declaração, devem ser sanadas as omissões apontadas às fls. 208/212 e reproduzidas às fls. 227/230.

Não obstante, sanando a omissão, verifica-se que, consoante entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, caracterizada a ilegalidade da pretensão e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reversibilidade do provimento jurisdicional liminar, não há que se falar em situação de fato consolidada a ser preservada, in verbis:

"EMENTA: Embargos de declaração fundados na alegação de fato consumado, a decorrer da duração, no tempo, da medida liminar que assegurou a posse do recorrido. Não pode, essa circunstância, sanar a inconstitucionalidade da investidura do servidor.

Precedentes do STF: RMS 23.638 e AGRAG 120.893, ambos da Primeira Turma". (STF, RE-ED 190664 / SP, 1º Turma, unân., Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 24-1 1-2000, p. 103).

"[...] Conforme recente jurisprudência do STF e deste Tribunal, não se aplica a teoria do fato consumado quando, por força de decisão liminar, o agravado alcançou o objetivo almejado.[...]" (STJ, AgRg no Ag 1008736 / DF, 5º Turma, unân., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 25/0812008).

Nota-se, portanto, que a Administração Pública sempre se insurgiu contra a pretendida remoção do servidor, tendo o Poder Judiciário, excetuando-se a decisão proferida em agravo de instrumento, rechaçado a existência do pretendido direito subjetivo à lotação em Petrópolis/RJ.

De fato, a decisão proferida pelo TRF da 2ª Região, em sede de agravo de instrumento (fls. 156 e 253), favoreceu o servidor, reconhecendo a plausibilidade do direito por ele perseguido e assegurando-lhe, provisoriamente, a remoção. Não fosse, porém, a peculiar determinação de tal decisão provisória, no sentido de que vigorasse até o trânsito em julgado, o servidor não estaria há anos deslocado de sua lotação inicial. A decisão do agravo de instrumento já trazia, em si, o gérmen da futura alegação de fato consumado, uma vez que, pelos seus próprios termos, deveria vigorar, como efetivamente tem vigorado, até o trânsito em julgado.

Em hipóteses como a dos autos, não é possível a aplicação da teoria do fato consumado. Nunca houve em relação à remoção do embargante aquiescência pela Administração Pública, que se manteve em permanente resistência no plano processual. Tampouco houve consolidação de situação fática irreversível, como se verá a seguir. E, embora se reconheça o relevante valor social da família, cuja proteção encontra-se determinada pela própria Constituição Federal, o STF já assentou que o artigo 226 da Lei Fundamental não é motivo suficiente, por si só, para garantir ao servidor o direito a lotação na cidade em que possui vínculos afetivos.

Por outro lado, a remoção de servidor fora das hipóteses legais termina por desbalancear o quadro de lotação dos órgãos públicos, retirando da Administração a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

discrecionariiedade que a lei lhe outorgou na distribuição de sua força de trabalho, segundo as reais necessidades do serviço público.

No caso dos autos, os únicos aspectos irreversíveis da lotação do embargado em Petrópolis/RJ são os atos administrativos por ele lá praticados enquanto servidor público. Esses estão consumados do modo como foram praticados. São válidos, apesar da lotação irregular do servidor. A permanência de sua lotação em Petrópolis/RJ, contudo, é plenamente reversível, sendo possível que ele volte a exercer suas funções em sua lotação originária, na cidade de Foz do Iguaçu/PR.

Em casos análogos, o STF tem rejeitado a aplicação da teoria do fato consumado, conforme se vê no seguinte precedente da Segunda Turma:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. 1. Lotação inicial em desacordo com as regras do edital. Inexistência de contrariedade ao art. 226 da Constituição da República. Precedentes. 2. Inaplicabilidade da teoria do fato consumado. Precedentes. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(RE 587934 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 12/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-068 DIVULG 12-04-2013 PUBLIC 15-04-2013)

Idêntico entendimento tem sido aplicado em decisões monocráticas dos Ministros do STF, conforme se verifica nos seguintes julgados:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REMOÇÃO. PROTEÇÃO DA UNIDADE FAMILIAR INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o artigo 226 da Constituição da República, por si só, não garante ao servidor público o direito de exercer suas funções no local de domicílio de sua família ou onde tenha vínculos afetivos.

2. In casu, o acórdão recorrido assentou: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REMOÇÃO PARA ACOMPANHAR O CÔNJUGE. NÃO-ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 36, PARÁGRAFO ÚNICO, III, 'A', DA LEI 8.112/90. PECULIARIDADE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA HÁ MAIS DE 12 ANOS. PRESERVAÇÃO DA UNIDADE FAMILIAR. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. 1. A situação fática está consolidada no tempo, haja vista que, por força de decisão antecipatória de tutela recursal, foi deferida, há mais de doze anos a remoção do servidor. 2. Em respeito aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a regra do art. 36, parág. único, III da Lei 8.112/90 deve ser mitigada no caso concreto, devendo ser aplicada a teoria do fato consumado. 3. A questão tratada nos autos foi decidida sem a necessidade de afastamento da norma jurídica por inconstitucionalidade, sendo, portanto, desnecessária a observância do que dispõe o art. 97 da Constituição Federal. 4. Agravo Regimental desprovido.

3. O servidor público aprovado em concurso público, cuja lotação inicial se deu em localidade diversa daquela em que possui vínculos afetivos, não tem direito garantido à remoção.

4. Por fim, o Supremo Tribunal não aplica a teoria do fato consumado a situações subjetivas referentes a concurso público.

5. Recurso Extraordinário provido.

(RE 678675, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 12/09/2012, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 14/09/2012 PUBLIC 17/09/2012)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.

1) LOTAÇÃO INICIAL EM DESACORDO COM AS REGRAS DE EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO, COM BASE NO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: IMPOSSIBILIDADE.

2) CONCURSO PÚBLICO. TEORIA DO FATO CONSUMADO: INAPLICABILIDADE. JULGADO RECORRIDO DIVERGENTE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO PROVIDO.

(RE 650663, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 28/11/2011, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 02/12/2011 PUBLIC 05/12/2011)

A teoria do fato consumado não se presta, assim, para mitigar a interpretação do art. 36, III, "a", da Lei 8.112/90, assegurando ao servidor lotação para acompanhamento de cônjuge fora da estrita moldura normativa.

Não se deve perder de vista que a teoria do fato consumado é de aplicação excepcional, e deve ser adotada com cuidado e moderação, para que não sirva de mecanismo para premiar quem não tem direito, pelo só fato da demora no julgamento definitivo da causa em que fora deferida uma decisão liminar, cuja duração deve ser provisória por natureza.

No ponto, merecem referência as ponderações do Ministro CESAR ROCHA, no voto proferido no julgamento do Recurso Especial 12.175/PE:

(...) recebo o argumento do fato consumado com muito temperamento e com muita reserva. Aceitá-lo em termos absolutos importaria em admitir que os mandados de segurança, na sua grande maioria, ao terem liminar concedida, seriam resolvidos por esse simplório argumento, com o que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direito em si não seria analisado.

Tenho que ao ingressar em juízo, o autor sempre assume o risco de ter ou não acolhida a sua pretensão. Com efeito, deve ele, inclusive - e digo isso com um certo dissabor - arrostar com o infortúnio que possa advir da hipótese de indeferimento do seu pleito. A não ser assim, além de ficar estimulado a postergar o curso do processo, sempre terá a garantia de que, na demora da definição da causa, restará a vitória apenas pelo decurso do tempo. Seria, assim, uma prescrição às avessas. Nesta, a inércia do titular leva à perda do direito que irretorquivelmente lhe é reconhecido; naquele, o passar do tempo importa em conquista de direito por quem talvez não o tenha.

Ao contrário do que disse RUY - que "justiça demorada é injustiça disfarçada" - aqui, talvez, pudesse ser dito que injustiça demorada é justiça disfarçada.

Resolver a querela pela aplicação do argumento do fato consumado apenas pela demorada da solução definitiva da causa, importa em dar por prejudicado o direito da autoridade impetrada, quando, em verdade, ele está vivo e reclama apreciação.

Se se quer, com aplicação da tese do fato consumado, evitar prejuízo para a impetrante pela demora do judiciário (que ao ingressar em juízo sabia que poderia ganhar ou perder), estar-se-á sendo injusto com a autoridade impetrada, punindo-a pela mesma demora para cuja ocorrência em nada colaborou.

*Por isso é que digo que só posso aceitar a aplicação da tese do fato consumado com muito comedimento, **cum granum salis**, devendo ser notada a presença concomitante de vários outros elementos, como o reconhecimento, pelas instâncias ordinárias, de uma situação fática quase consolidada, cujo desfazimento importa em violência à lógica e ao bom senso; boa-fé do autor; ausência de artifícios do impetrante com o propósito de prolongar a demanda; razoabilidade do direito postulado; e que o benefício que resultar para o autor seja inversamente proporcional ao prejuízo de que possa o réu ser afetado.*

Com essas considerações, tem-se por inaplicável a teoria do fato consumado para consolidar remoção destinada a acompanhamento de cônjuge, em situação que não se adéqua à legalidade estrita, mitigando a interpretação do artigo 36, III, "a", da Lei 8.112/90, ainda que tal situação haja perdurado por vários anos em virtude de decisão liminar não confirmada quando do julgamento de mérito.

Dá-se, portanto, provimento aos embargos de divergência.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.157.628 - RJ (2009/0180495-1)

RELATOR : MINISTRO RAUL ARAÚJO

EMBARGANTE : UNIÃO

EMBARGADO : PAULO MARQUES DUQUE ESTRADA WANDERLEY

ADVOGADA : CYNTHIA MARIA PISKE SILVERIO SOUZA E OUTRO(S) - RJ072886

VOTO-VENCIDO

(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

1. Senhor Presidente, observo que a situação do Servidor está estabilizada desde 2001. São 15 anos de permanência dele na situação em que hoje se encontra. Do ponto de vista do Direito Administrativo, o voto do eminente Ministro RAUL ARAÚJO é incensurável, mas a finalidade desse instituto é a proteção da família ou do núcleo familiar: o marido, a mulher e os filhos, quando há.

2. Penso, Senhora Presidente, que, numa situação como essa, é um mal menor manter o Servidor onde se encontra, tendo em vista que são mais de 15 anos de situação e que a finalidade da norma é proteger a família, e não proteger a Administração.

3. Peço vênia ao eminente Ministro Relator e aos doutos votos que o seguiram para ficar vencido neste julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2009/0180495-1 PROCESSO ELETRÔNICO EREsp 1.157.628 / RJ

Número Origem: 200151060004942

PAUTA: 16/11/2016

JULGADO: 07/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretário

Bel. FRANCO DEYBSON SORIANO DE ARAÚJO

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : UNIÃO
EMBARGADO : PAULO MARQUES DUQUE ESTRADA WANDERLEY
ADVOGADA : CYNTHIA MARIA PISKE SILVERIO SOUZA E OUTRO(S) - RJ072886

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Servidor Público Civil - Regime Estatutário - Remoção

CERTIDÃO

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

A Corte Especial, por maioria, conheceu e deu provimento aos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Francisco Falcão, Nancy Andrigli, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.