



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 918.687 - RJ (2010/0191143-2) (f)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO GILSON DIPP
EMBARGANTE : CELSO LUIZ ARAGÃO CUNHA E OUTROS
ADVOGADO : DANIEL ROSA DE ALMEIDA E OUTRO(S)
EMBARGADO : UNIÃO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PARADIGMA PROFERIDO EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INADMISSIBILIDADE. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS.

I - Os embargos de divergência em recurso especial visam a dirimir eventual dissídio no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça a fim de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, quando em situações iguais foram dadas soluções diferentes.

II - Inadmissível o conhecimento dos embargos de divergência onde o acórdão-paradigma invocado é julgado proferido em sede de recurso ordinário em mandado de segurança. A explicação se deve às peculiaridades de cada um dos remédios, sendo defeso ao recurso especial versar sobre temas atinentes à lei local e matéria constitucional, por exemplo, limites estes inexistentes dentro do exame do recurso ordinário em mandado de segurança.

III - Inviável admitir-se a comprovação de divergência - que pressupõe situações iguais - com arestos proferidos em sedes totalmente distintas.

IV - Embargos não conhecidos.

ACÓRDÃO

Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo dos embargos de divergência, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e o voto do Sr. Ministro Gilson Dipp não conhecendo do recurso, inaugurando a divergência, no que foi acompanhado pela Sra. Ministra Laurita Vaz, pelo Sr. Ministro Jorge Mussi e pelos Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Marco Aurélio Bellizze (em retificação de votos), a Seção, por maioria, não conheceu dos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Gilson Dipp, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator p/acórdão) a Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Jorge Mussi, Sebastião Reis Júnior e Marco Aurélio Bellizze.

Vencidos os Srs. Ministros Og Fernandes (Relator), Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

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

O Dr. Lourenço Paiva Gabina sustentou oralmente pelo embargado.

Brasília (DF), 23 de maio de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 918.687 - RJ (2010/0191143-2) (f)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de embargos de divergência em recurso especial opostos por CELSO LUIZ ARAGÃO CUNHA e OUTROS contra acórdão proferido pela col. Quinta Turma, da relatoria do em. Ministro Felix Fischer, assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. APROVAÇÃO "SUB JUDICE". TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE.

I - Esta e. Corte assentou o entendimento segundo o qual a teoria do fato consumado deve ser afastada nas hipóteses em que a participação do candidato no certame somente ocorre por força de decisão judicial precária. Nesse sentido: AgRg no REsp 519.300/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), DJe de 4/8/2008).

II - Na espécie, não há que se falar em direito à nomeação, uma vez que a decisão que garantiu a participação dos ora agravantes na segunda etapa do concurso público não restou confirmada pelo e. Tribunal de origem.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 918.687/RJ, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/6/2009, DJe 17/8/2009)

Os embargantes afirmam que a decisão merece ser revista, porquanto diverge dos seguintes arestos, que aplicaram a teoria do fato consumado em situações que entendem semelhantes à dos autos, quais sejam, casos de: (i) liminar concedida há mais de 3 (três) anos, determinando a transferência e matrícula em curso universitário (AgRg no REsp 437.381/MA, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/9/2002, DJ 21/10/2002); (ii) candidatos em concurso para Delegado de Polícia Federal que, mantidos na competição por força de liminares, posteriormente tornadas ineficazes, lograram êxito nas demais etapas do certame (MS 6.257/DF, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 1º/7/1999, DJ 30/8/1999); e (iii) aplicação excepcional da teoria do fato consumado quando a jurisprudência do STJ a admitia na época da interposição do recurso ordinário ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especial (AgRg no RMS 14.302/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 6/4/2010, DJe 26/4/2010).

Intimada, a União apresentou impugnação às fls. 561/593.

O Ministério Público Federal opinou pela rejeição do recurso (fls. 595/609).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 918.687 - RJ (2010/0191143-2) (f)

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): O objeto dos presentes embargos reside na aplicabilidade da teoria do fato consumado, em caso de candidatos em concurso público para o preenchimento de cargos de Fiscal do Trabalho, que, amparados por decisão judicial, tiveram assegurada a participação na segunda fase do certame (curso de formação), no qual foram aprovados, tendo sido nomeados e empossados, permanecendo, dessarte, no serviço público, por mais de 15 (quinze) anos.

Invocam, como paradigmas do dissenso pretoriano, os seguintes arestos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ENSINO SUPERIOR. ESTUDANTE. TRANSFERÊNCIA. SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA POR DECISÃO JUDICIAL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

- 1. Agravo Regimental interposto contra decisão que deu provimento ao recurso especial ofertado pela parte agravada, determinando a sua matrícula e permanência no curso universitário, em face da situação fática consolidada.*
- 2. Liminar e sentença no primeiro grau que garantiram ao agravado o direito à transferência de Universidade, em face de o mesmo ter sido aprovado no concurso público para o cargo de Motorista, Ref. 1, do Grupo Ocupacional Atividade de Apoio Administrativo e Operacional – ADO, do Quadro de Pessoal de Cargos Estatutários do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, e se transferido de domicílio (da cidade de Imperatriz-MA para a cidade de São Luís-MA).*
- 3. Documentação trazida aos autos que atesta que o acadêmico está prestes a concluir o curso de Direito, restando, apenas, 1 (um) semestre, de um total de 10 (dez).*
- 4. Liminar concedida há mais de 3 (três) anos, determinando a transferência pleiteada e que, pelo decorrer normal do tempo, o impetrante está prestes a concluir o curso. Ocorrência da teoria do fato consumado, aplicável ao caso em tela.*
- 5. Não podem os jurisdicionados sofrer com as decisões colocadas à apreciação do Poder Judiciário, em se tratando de uma situação fática consolidada pelo lapso temporal, face à morosidade dos trâmites*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processuais.

6. *Em se negando a segurança neste momento, estar-se-ia corroborando para o retrocesso na educação dos educandos, "in casu", um acadêmico que foi transferido sob a proteção do Poder Judiciário, em vias de terminar seu curso. Em assim acontecendo, não teria o impetrante, com a reforma da decisão, o acesso à reta final do seu curso. Pior, estaria perdendo 5 (cinco) anos de sua vida freqüentando um curso que nada lhe valia no âmbito universitário e profissional, posto que cassada tal freqüência. Ao mais, ressalte-se que a manutenção da decisão "a quo" não resultaria qualquer prejuízo a terceiros, o que é de bom alvitre.*

7. *Cabe ao juiz analisar e julgar a lide conforme os acontecimentos passados e futuros. Não deve ele ficar adstrito aos fatos técnicos constantes dos autos, e sim aos fatos sociais que possam advir de sua decisão.*

8. *Situação fática consolidada. Precedentes desta Casa Julgadora.*

9. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no REsp 437.381/MA, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/9/2002, DJ 21/10/2002)

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PARA DELEGADO DE POLÍCIA FEDERAL. APROVAÇÃO. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA. NOMEAÇÃO.

1. *Tendo os candidatos logrado êxito em todas as fases do concurso, necessário se faz o reconhecimento da consolidação da situação de fato, criada de início, pela concessão de liminares mantidas por sentenças definitivas.*

2. *Segurança concedida.*

(MS 6.257/DF, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 1º/7/1999, DJ 30/8/1999)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PARA RESIDÊNCIA MÉDICA. LIMINAR CONCEDIDA. SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA. TEORIA DO FATO CONSUMADO. APLICABILIDADE. PRECEDENTES DA TERCEIRA SEÇÃO DOMINANTES À ÉPOCA DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO.

1. *Apesar da atual posição desta Sexta Turma, pela inaplicabilidade da teoria do fato consumado, invoca-se, no caso dos autos, precedente de relatoria do em. Ministro Celso Limongi, consubstanciado no julgamento do Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 19.837/PI (DJe 1º/2/2010), que, levando em consideração a jurisprudência predominante na Terceira Seção, à época em que proferida a decisão agravada, aplicou a teoria do fato consumado.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. De acordo com o referido julgado, "Consoante jurisprudência da Terceira Seção firmada na época em que proferida a decisão ora agravada, a Teoria do Fato Consumado, discutível criação jurisprudencial, somente é cabível em situações especialíssimas, mormente quando se preserva situação decorrente de liminar, embora irregular e ilegal, porque consolidada no tempo e irreversível".

3. No caso em debate, observa-se que, entre os anos de 2000 e 2001 — altura em que o presente recurso ordinário foi interposto —, prevalecia, no âmbito das duas Turmas que compõem a eg. Terceira Seção, o entendimento segundo o qual a teoria em destaque seria aplicável em hipóteses excepcionais, principalmente quando a alteração da situação fática (decorrente da cassação do provimento liminar) implicasse inequívocos prejuízos às pessoas envolvidas na lide.

4. Nesse sentido: REsp 199.701/DF, Relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJ 22/10/2001, REsp 251.391/RJ, Relator Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, DJ 27/11/2000 e REsp 227.880/RS, Relator Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, DJ 19/6/2000.

5. Neste caso, forçoso reconhecer que a decisão ora agravada se encontra em sintonia com a jurisprudência das Quinta e Sexta Turmas dominantes à época da interposição do recurso.

6. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(AgRg no RMS 14.302/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 6/4/2010, DJe 26/4/2010)

Senão vejamos.

O primeiro acórdão indicado (AgRg no REsp 437.381/MA, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, j. 17/9/2002) trata de candidato aprovado em concurso público, que pretendia ter acesso a universidade pública no local de destino, o que não diz, em nada, com a hipótese dos presentes autos.

Desse modo, a alegada divergência jurisprudencial, com base no precedente acima referenciado, não se patenteia nos moldes exigidos pelo RISTJ (art. 255, §§ 1º e 2º), tendo em vista a ausência de similitude fática entre as hipóteses confrontadas.

Por sua vez, o MS 6.257/DF, da relatoria do Ministro EDSON VIDIGAL, julgado pela TERCEIRA SEÇÃO em 1º/7/1999, aplicou a teoria do fato consumado para preservar situação decorrente de liminar, embora irregular e ilegal, porque consolidada no tempo e irreversível.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contudo, tal percepção foi superada por esta Corte, à consideração de que o candidato **sub judice** está ciente da possibilidade de reversão da decisão que o beneficiou.

A propósito, vejam-se as ementas abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA. HOMOLOGAÇÃO FINAL. PRESCRIÇÃO. CANDIDATO NO EXERCÍCIO DO CARGO. APLICAÇÃO DA "TEORIA DO FATO CONSUMADO". INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. EMBARGOS REJEITADOS.

(...) III - A Eg. Terceira Seção possui entendimento no sentido de afastar a aplicação da "Teoria do Fato Consumado" nas hipóteses em que os candidatos tomaram posse sabendo que o seus processos judiciais ainda não haviam findado, submetendo-se aos riscos da reversibilidade do julgamento.

(...) V - Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no Ag 740.721/MG, Rel. Min. Rel. GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJ 13/11/2006) — grifos acrescidos

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 535, II, DO CPC. SÚMULA 284/STF. TEORIA DO FATO CONSUMADO. PARTICIPAÇÃO EM CONCURSO POR FORÇA DE LIMINAR.

1. Incide a Súmula 284/STF quando a parte alega violação ao artigo 535, II, CPC, mas não esclarece quais omissões, obscuridades ou contradições teriam ocorrido no aresto recorrido.

2. É cediço, neste Superior Tribunal de Justiça, qua a teoria do fato consumado não se aplica aos casos em que o candidato participou do concurso público por força de liminar. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 874.884/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJ 17/12/2007) — grifos acrescidos

No mesmo sentido é a orientação pretoriana mais recente, como se vê nos julgados seguintes:

MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL FEDERAL. ATO DE NOMEAÇÃO. DECISÃO JUDICIAL PRECÁRIA. ATO DE APOSTILAMENTO. INDEFERIMENTO. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL À ÉPOCA DO REQUERIMENTO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. O apostilamento em questão visou à regularização dos servidores empossados na Polícia Federal por força de decisões judiciais ainda não transitadas em julgado e que tivessem concluído o estágio probatório, situação diversa da do impetrante que, apesar de ter concluído o curso de formação por força de medida judicial, não logrou êxito na ação em que pleiteou sua nomeação e posse no cargo para o qual concorreu (MS nº 13.596/DF, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 2/6/2011).

2. Não se aplica a teoria do fato consumado para garantir a nomeação de candidato que, por força de liminar, permanece no cargo.

3. Segurança denegada.

(MS 13.895/DF, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/3/2012, DJe 23/3/2012) — grifos acrescidos

ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. GOVERNO COLLOR. ANISTIA. LEI N. 8.878/94. REINTEGRAÇÃO NO CARGO ANTERIORMENTE OCUPADO. TRANSFORMAÇÃO POSTERIOR EM FISCAL FEDERAL AGROPECUÁRIO. ENQUADRAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SERVIDOR QUE DEIXOU DE PREENCHER AS CONDIÇÕES ESTABELECIDAS EM LEI. TEORIA DO FATO CONSUMADO. NÃO-APLICAÇÃO.

1. Os servidores públicos anistiados devem ser enquadrados no cargo anteriormente ocupado e no mesmo regime jurídico a que estavam submetidos. Precedentes.

2. O recorrente foi reintegrado no cargo de Médico Veterinário-NS 930.

3. Segundo o art. 28 da MP nº 2.048-26/2000, somente os atuais cargos efetivos de Médico Veterinário seriam transformados em Fiscal Federal Agropecuário, situação que não abrange o recorrente porquanto seu ingresso no serviço público se deu sem regular aprovação em concurso e, na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, não contava ainda com cinco anos no cargo.

4. A vigência no tempo de sentença que concede a ordem em mandado de segurança, posteriormente reformada em sede de apelação, não permite a aplicação da teoria do fato consumado.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.167.665/DF, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/2/2012, DJe 8/3/2012) — grifos acrescidos

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE CANDIDATO "SUB JUDICE". DIREITO LÍQUIDO E CERTO À RESERVA DE VAGA.

1. A jurisprudência no âmbito do Superior Tribunal firmou o entendimento de que o candidato que permanece no certame público por força decisão judicial provisória não tem direito líquido e certo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nomeação, sendo-lhe assegurado apenas a reserva de vaga.

2. Precedentes: AgRg no REsp 1221586/MS, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 25/3/2011; MS nº 12.786/DF, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 21/11/2008; RMS n.º 22.473/PA, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ de 4/6/2007; REsp n.º 677.072/AL, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 5/12/2005.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RMS 22.925/PA, Rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 19/12/2011) — grifos acrescidos

Assim, quanto à divergência em relação ao mencionado MS 6.257/DF, poder-se-ia cogitar da incidência da Súmula nº 168 do STJ, segundo a qual: "*Não cabem Embargos de Divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.*"

Os embargantes, porém, trouxeram à baila o AgRg no RMS 14.302/RJ, de minha relatoria, julgado pela eg. Sexta Turma em 6/4/2010, que admitiu, excepcionalmente, a teoria do fato consumado à luz da peculiaridade de aquele recurso ter sido interposto em 2000/2001, quando o entendimento do STJ era diverso, ou seja, garantia a situação de candidato que, por força de decisão interlocutória ou sentença, posteriormente tornada ineficaz, permaneceu no cargo.

Naquele caso, a Turma manteve decisão da minha lavra, por meio da qual dei provimento ao recurso ordinário para conceder a segurança impetrada, de modo a possibilitar a habilitação da interessada em concurso de residência médica para o ano de 2001, em razão da situação fática consolidada nos autos, observando a liminar concedida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em abril daquele ano.

Salientei, ainda, o lapso temporal verificado na tramitação da referida ação mandamental, não para convalidar ato ilegal, mas para fazer incidir a observância dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Diante daquele quadro, expus que, "*apesar de ciente de que a posição atual desta Sexta Turma é pela inaplicabilidade da teoria do fato consumado, estou invocando, no caso dos autos, precedente de relatoria do em. Ministro Celso Limongi, consubstanciado no julgamento do Agravo Regimental no Recurso em Mandado de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segurança nº 19.837/PI (DJe 1º/2/2010), que, levando em consideração a jurisprudência predominante na Terceira Seção, à época em que proferida a decisão ali agravada, aplicou a teoria do fato consumado."

Destaco, do voto que proferi na ocasião, os seguintes trechos que sumariam o posicionamento então adotado:

(...) No caso em debate, observo que, entre os anos de 2000 e 2001 — altura em que o presente recurso ordinário foi interposto —, prevalecia, no âmbito das duas Turmas que compõem a eg. Terceira Seção, o entendimento segundo o qual a teoria em destaque seria aplicável em hipóteses excepcionais, principalmente quando a alteração da situação fática (decorrente da cassação do provimento liminar) implicasse inequívocos prejuízos às pessoas envolvidas na lide.

Nessa mesma esteira, observo que a questão "sub judice" se enquadra perfeitamente na jurisprudência então dominante, por ter a autora permanecido no curso de formação — residência — e, em face de tal habilitação, ter dado continuidade ao exercício de sua profissão — médica — ao longo de quase 9 (nove) anos, interregno em que este feito esteve em tramitação.

(...) Acresço, ainda, que, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, verifica-se que a recorrente, em sentido material, preencheu todos os requisitos editalícios para admissão no Curso de Formação — Residência Médica, cingindo-se a questão, apenas, às datas em que deveria se apresentar à respectiva Comissão.

Registre-se que a razão de ser da norma editalícia era habilitar os melhores profissionais para o curso de Residência Médica, requisito observado pela autora quando de sua aprovação no certame, sendo certo que a conduta praticada pela autora, no que se prende às datas de apresentação, não caracterizou obstáculo incompatível com a razão maior do edital.

Pois bem. Nos presentes autos, tem-se recurso especial manejado em 19/5/2006 (fl. 269), quando o atual panorama jurisprudencial ainda não estava consolidado, uma vez que, a par de arestos restritivos da teoria do fato consumado — alguns dos quais mencionei neste voto —, havia outros, inclusive da eg. Terceira Seção, que a admitiam com maior desenvoltura:

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL.
APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO EM CONCURSO
PÚBLICO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PREVALÊNCIA E**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELEVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA SOBRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. A aplicação da "teoria do fato consumado", em concurso público, é possível, uma vez que corresponde à convalidação de uma situação de fato ilegal, que se perdurou ao longo do tempo, dada a relevância e a preponderância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé e da segurança jurídica, sobre o próprio princípio da legalidade estrita. Precedentes.

2. Urge se conceber o princípio da primazia da norma mais favorável ao cidadão, juntamente com a "teoria do fato consumado", quando o jurisdicionado, de boa-fé, permanece no cargo, ao longo de vários anos, dada a demora da prestação jurisdicional e a inércia da Administração. Efetividade à garantia prevista no art. 5º, inciso LXXVIII, CR/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

3. Embargos de divergência acolhidos.

(EREsp 446.077/DF, Rel. Min. PAULO MEDINA, **TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/5/2006**, DJ 28/6/2006) — grifos acrescentados

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REPROVAÇÃO EM EXAME FÍSICO. REFAZIMENTO POR FORÇA DE MEDIDA LIMINAR. APROVAÇÃO. CONVALIDAÇÃO E TEORIA DO FATO CONSUMADO.

1. A teoria do fato consumado é discutível criação jurisprudencial, cuja invocação, quando admitida, somente é cabível em situações especialíssimas, mormente quando se preserva situação decorrente de liminar, embora irregular e ilegal, porque consolidada no tempo e irreversível.

2. Pena de se atender mais à letra do que ao espírito da lei, forçoso reconhecer como caracterizada a convalidação da investidura no cargo público, a ensejar a aplicação da teoria do fato consumado, nas hipóteses tais, em que o candidato, por força de medida liminar, realiza novamente o exame que o excluiu do certame e é aprovado, preenchendo todos os requisitos editalícios, e assim permanece no exercício da função por quase seis anos.

3. Embargos acolhidos.

(EREsp 696.987/DF, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, **TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/5/2006**, DJ 21/8/2006) — grifos acrescentados

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CANDIDATO APROVADO NO CURSO DE FORMAÇÃO. NULIDADE DO EXAME PSICOTÉCNICO. NOVO EXAME. NECESSIDADE.

1. A Eg. Quinta Turma, acolhendo o pedido alternativo, deu parcial provimento ao recurso especial, para determinar a realização de novo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exame psicotécnico, não obstante ter sido mantido o acórdão recorrido apenas no tocante ao reconhecimento da nulidade do primeiro exame psicotécnico.

2. O fato de a candidata ter frequentado e logrado aprovação no curso de formação da Academia Nacional da Polícia Federal, não tem o condão de afastar a necessidade da realização de novo teste psicotécnico.

3. É inequívoco que a candidata, a despeito de ter concluído o curso de formação, não preencheu as exigências legais contidas no edital do certamente, sendo certo que sua eventual permanência do cargo, sem a aprovação do teste psicotécnico, configurar-se-ia um estado de flagrante ilegalidade, que não pode ser tolerada.

4. Logrando aprovação no novo teste psicotécnico, a candidata tem o direito de ingressar no cargo, sem a necessidade de se submeter a novo curso de formação, em face da aplicação, nessa hipótese, da "Teoria do Fato Consumado", cuja aplicação em matéria de concurso público não pode prescindir do preenchimento das exigências legalmente previstas.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 670.104/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2006, DJ 4/12/2006) — grifos acrescidos

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS INFRINGENTES. DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. PROGRESSÃO FUNCIONAL. CONCURSO INTERNO. INCONSTITUCIONALIDADE. SERVIDOR QUE SE ENCONTRA NO CARGO HÁ MAIS DE 15 (QUINZE) ANOS. TEORIA DO FATO CONSUMADO. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. A não-ocorrência de violação a dispositivo infraconstitucional federal, bem como de dissídio jurisprudencial, nos termos preconizados nas alíneas "a" e "c" do item III do art. 105 da Constituição Federal, implica o não-provimento do recurso especial.

Todavia, no caso dos autos, há uma peculiaridade: o concurso público para o provimento do cargo de delegado — que a ação rescisória busca desconstituir — foi realizado pelo próprio Distrito Federal, tendo o recorrente sido aprovado e, por via de consequência, nomeado, estando a exercer as funções de delegado da Polícia Civil do Distrito Federal há mais de 15 (quinze) anos. Aplicação da Teoria do Fato Consumado.

2. A condição em que se encontra o recorrente — para a qual, ressalte-se, em nada contribuiu — consolidou-se no tempo pela inércia da Administração, que permitiu a constituição, "in casu", de uma situação de fato revestida de aparência de legalidade, que, levando-se em conta, ainda, o princípio da boa-fé, deve ser preservada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Recurso especial conhecido e provido.*

(REsp 331.873/DF, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 17/8/2006, DJ 25/9/2006)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EXAME SUPLETIVO. IDADE MÍNIMA. APROVAÇÃO NO VESTIBULAR. TEORIA DO FATO CONSUMADO. PRECEDENTES DO STJ.

1. O decurso de tempo consolida fatos jurídicos que devem ser respeitados, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC. Teoria do fato consumado.

Precedentes desta Corte: RESP 686.991/RO, DJ de 17/6/2005; RESP 584.457/DF, DJ de 31/5/2004; RESP 601.499/RN, DJ de 16/8/2004 e RESP 611.394/RN, Relator Ministro José Delgado, DJ de 31/5/2004.

2. "In casu", o aluno aprovado em concurso vestibular, a despeito de não possuir a idade mínima de 18 (dezoito) anos exigida pelo art. 38, § 1º, II, da Lei nº 9.394/1996, obteve, em sede de liminar em "mandamus", o direito de inscrever-se em curso supletivo para fins de conclusão do ensino médio, viabilizando sua matrícula em Curso Superior.

3. Deveras, consumada a matrícula para o exame supletivo (Banco de questões) naquela oportunidade, o impetrante, ora Recorrente, obtendo êxito nos exames, logrou a expedição do seu certificado de conclusão do 2º Grau, pelo que se impõe a aplicação da Teoria do Fato Consumado.

4. *Recurso especial provido para manter incólume a sentença concessiva de segurança.*

(REsp 900.263/RO, Rel. Min. LUIZ FUX, **PRIMEIRA TURMA**, julgado em **13/11/2007**, DJ 12/12/2007) — grifos acrescidos

No caso, os embargantes, embora tenham sido aprovados na primeira fase de concurso público para Fiscal do Trabalho, somente participaram da segunda etapa (curso de formação) em razão de sentença cautelar (fls. 52/53).

Concluído o curso, em 9/8/1995 (fl. 30), ajuizaram a ação principal (ordinária), na qual foi concedida antecipação de tutela "para assegurar aos autores o direito à nomeação no cargo de Fiscal do Trabalho, com a observância de suas respectivas classificações no concurso, garantindo-lhes, igualmente, se e quando nomeados, a posse e o exercício dos cargos, obedecidas, apenas, as disposições estatutárias pertinentes, comuns a todos os servidores públicos." (fls. 61/62)

Apesar não constarem dos autos os atos oficiais de nomeação, as referidas investiduras precárias foram confirmadas pela Advocacia-Geral da União, à fl.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

416.

Entretanto, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região decidiu de modo diverso, do mesmo modo que o Superior Tribunal de Justiça, por meio do acórdão embargado, atingindo a situação dos Fiscais em questão após terem exercido as funções do cargo por mais de 15 (quinze) anos, o que, ao meu ver, consubstancia hipótese excepcional de aplicação da teoria do fato consumado, mormente em se tratando de recurso especial interposto numa época em que havia jurisprudência do STJ favorável ao interesse dos postulantes.

Assim, com todas as vênias, acosto-me ao julgado de minha relatoria (AgRg no RMS 14.302/RJ) para acolher os embargos de divergência.

Ressalto, ademais, precedentes das Turmas que compõem a col. Primeira Seção, que levam à mesma conclusão, posto que através de outros caminhos.

Cito, por exemplo, entendimento da eg. Segunda Turma, no sentido de que determinadas situações consolidadas pelo decurso do tempo devem ser respeitadas, sob pena de causar à parte prejuízo excessivo, em desacordo com o art. 462 do CPC, impondo-se, desse modo, a aplicação da teoria do fato consumado em casos que não resultarem de condutas antijurídicas premeditadas:

Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. EXAME DA ORDEM. EM REGRA NÃO CABE AO PODER JUDICIÁRIO REVISAR OS CRITÉRIOS ADOTADOS PELA BANCA EXAMINADORA. LEGÍTIMA CONSOLIDAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA. TEORIA DO FATO CONSUMADO.

1. O Poder Judiciário não pode substituir a banca examinadora na análise do mérito das questões em concurso público, salvo se a questão impugnada pelo candidato apresentar-se dissociada dos pontos constantes do edital ou teratológica.

2. Todavia, ainda que a instância ordinária incida em desacerto, a Primeira Seção desta Corte Superior tem entendido que as situações consolidadas pelo decurso de tempo devem ser respeitadas, sob



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena de se causar à parte excessivo prejuízo. Trata-se da aplicação da teoria do fato consumado, que privilegia o princípio da segurança jurídica e a estabilidade nas relações sociais.

3. A teoria do fato consumado, contudo, não pode ser aplicada indiscriminadamente sem uma análise sobre as particularidades de cada caso. Há situações onde o princípio da boa-fé objetiva impõe o seu afastamento. A título de exemplo, não se poderia considerar consolidada uma situação de fato resultado de conduta antijurídica premeditada. O Direito não pode premiar a torpeza.

4. ***"In casu", todavia, não há elementos no acórdão que permitam a conclusão de que o recorrido violou o princípio da boa-fé objetiva, nem de que se valeu de meios espúrios para forçar a sedimentação de uma situação de fato, com o fim de obter, posteriormente, o benefício da aplicação da teoria do fato consumado.***

Recurso especial improvido.

(REsp 1130985/PR, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 19/2/2010) — grifos acrescidos

Trago, ainda, da Primeira Turma, a compreensão de que se pode flexibilizar as limitações impostas à teoria do fato consumado, levando-se em consideração a extensão dos serviços prestados pelo servidor "sub judice", desde que não tenha baseado a sua pretensão em juízo na má-fé:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE DELEGADO DA POLÍCIA FEDERAL. CANDIDATO REPROVADO NO TESTE FÍSICO E QUE PERMANECEU NO CERTAME POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. EXERCÍCIO DO CARGO HÁ MAIS DE 10 ANOS. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA PELO DECURSO DO TEMPO. AGRAVO REGIMENTAL DA UNIÃO DESPROVIDO.

1. Segundo a orientação jurisprudencial consolidada desta Corte Superior, não se aplica a teoria do fato consumado nas hipóteses em que o candidato permanece no certame por força de decisão judicial concedida a título precário; na presente demanda, contudo, em face de suas peculiaridades fáticas, deve ser flexibilizado esse entendimento.

2. ***"In casu", o recorrente, após ter sido reprovado no teste físico para provimento do cargo de Delegado de Polícia Federal, teve assegurado o seu direito de permanecer no certame por força de decisão judicial, estando no exercício do cargo há mais de 10 anos, motivo pelo qual impõe-se reconhecer que a situação fática está consolidada no tempo; ademais, durante o decênio de exercício funcional, não se registra contra o Servidor qualquer deficiência***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

operacional ou insuficiência de desempenho que se possa atribuir àquele insucesso do passado.

3. Apesar de respeitáveis pronunciamentos em contrário, deve-se prestigiar a conservação de situações jurídicas que o fluir irreparável do tempo produz, inclusive pelos seus efeitos favoráveis à pacificação das relações sociais; se essas situações permanecessem sempre modificáveis, se implantaria o reino de insegurança e da intranquilidade, com prejuízos visíveis à própria ordem pública.

4. Em respeito ao princípio da segurança jurídica nas relações de Direito Público, em contraste com a aplicação pura e simples do princípio da legalidade, é salutar que se assegure a manutenção de situações jurídicas colmatadas "ex ope temporis", como no caso.

5. Agravo Regimental da UNIÃO desprovido.

(AgRg no REsp 1.223.220/RJ, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/4/2012, DJe 9/5/2012) — grifos acrescidos

Em face do exposto, ACOLHO os embargos de divergência para, cassando o acórdão embargado, dar provimento ao recurso especial.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 918.687 - RJ (2010/0191143-2) (f)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Senhora Presidente, o Ministro Og Fernandes, na conclusão do seu voto, citou julgado da minha relatoria como um dos precedentes contrários. Naquela oportunidade, votei naquele sentido com muito pesar, porque sempre questioneei esse afastamento da teoria do fato consumado. Acho que é um prejuízo irrecuperável. Há determinadas situações em que não se justifica, anos e anos depois, voltar a estaca zero, forçar determinadas situações, a pessoa é obrigada a recomeçar do nada.

Conheço dos embargos de divergência, acompanhando o Ministro Relator, destacando, inclusive, este trecho da ementa do Ministro Napoleão Nunes Maia: *Deve-se prestigiar a conservação das situações jurídicas que o fluir irreparável do tempo produzem, inclusive pelos seus efeitos favoráveis à pacificação das relações sociais, se essas situações permanecessem sempre modificáveis, se implantariam o reino de insegurança e a da intranquilidade, com prejuízos visíveis à própria ordem pública.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 918.687 - RJ (2010/0191143-2) (f)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE: Senhora Presidente, pela conclusão e ciente da dificuldade técnica na questão da caracterização da divergência para efeito da admissibilidade dos Embargos de Divergência, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator até diante de um precedente recente, de março de 2012, do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 918.687 - RJ (2010/0191143-2) (f)

VOTO-VENCEDOR

O EXCELENTÍSSIMO SR. MINISTRO GILSON DIPP:

Trata-se de Embargos de Divergência interpostos por CELSO LUIZ ARAGÃO CUNHA E OUTROS contra acórdão da Quinta Turma desta Corte, assim ementado (fls. 362):

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. APROVAÇÃO "SUB JUDICE". TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE.

Esta e. Corte assentou o entendimento segundo o qual a teoria do fato consumado deve ser afastada nas hipóteses em que a participação do candidato no certame somente ocorre por força de decisão judicial precária. Nesse sentido: AgRg no REsp 519.300/DF, 6a. Turma, Rel. Min. JANE SILVA, DJe de 04.08.2008).

Na espécie, não há que se falar em direito à nomeação, uma vez que a decisão que garantiu a participação dos ora agravantes na segunda etapa do concurso público não restou confirmada pelo e. Tribunal de origem.

Agravo regimental desprovido."

Foram opostos embargos de declaração, que restaram rejeitados.

Os embargantes alegam que o aresto embargado divergiu dos seguintes julgados: AgRg no REsp 437.381/MA, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/9/2002, DJ 21/10/2002; MS 6.257/DF, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 1º/7/1999, DJ 30/8/1999; e AgRg no RMS 14.302/RJ, Rel. Mini. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 6/4/2010, DJe 26/4/2010.

O Exmo. Ministro Og Fernandes, Relator, proferiu voto afirmando que em relação ao AgRg no REsp 437.381/MA, tratava-se de candidato aprovado em concurso público, que pretendia ter acesso a universidade pública no local de destino, hipótese que não se coaduna com a dos autos, não havendo similitude fática entre os arestos confrontados.

Com relação ao MS 6.257/DF, entendeu cabível o disposto na Súmula 168/STJ, tendo em vista que o entendimento adotado foi superado por esta Corte, à consideração de que o candidato *sub judice* está ciente da possibilidade de reversão da decisão que o beneficiou.

Quanto ao AgRg no RMS 14.302/RJ, entendeu que o julgado estaria apto a comprovar a divergência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao final, acolheu os embargos de divergência para, cassando o acórdão embargado, dar provimento ao recurso especial.

Feitas estas considerações, cumpre destacar que, quanto ao mérito, assistiria razão aos embargantes, tendo em vista que naquela época a teoria do fato consumado era aceita de maneira pacífica.

Não obstante, deve-se destacar uma preocupação quanto ao aspecto regimental.

A Seção tem por finalidade básica julgar, além dos mandados de segurança de competência originária, os embargos de divergência entre duas Turmas.

O Regimento é claro, não só para a Terceira Seção como para todo o Tribunal - até mesmo para a Corte Especial - ao prever que os embargos de divergência somente são cabíveis em sede própria: o recurso especial, que é o recurso, por natureza, próprio do Superior Tribunal de Justiça na unificação da jurisprudência e aplicação da lei.

Caso esta questão não seja observada, estar-se-á seguidamente - agora com um precedente - vulnerando o Regimento Interno.

Em uma outra oportunidade, essa Eg. Seção discutiu a presente questão, no julgamento de embargos de divergência no qual o paradigma indicado havido sido proferido em sede de *habeas corpus*. Naquela ocasião me manifestei favoravelmente ao conhecimento dos embargos - excepcionalmente - face à desatualização do Regimento, bem como por ser o *habeas corpus* reconhecidamente substitutivo de todo e qualquer recurso.

Esta Corte tem reconhecido e julgado *habeas corpus* como substitutivo de recurso especial. O Supremo Tribunal Federal tem aceitado em relação a substitutivo do recurso extraordinário. Na matéria penal, em função dessa amplitude do *habeas corpus*, a jurisprudência - tanto do STJ, quanto do Supremo Tribunal Federal - tem se consolidado basicamente nos julgamentos de *habeas corpus*.

Esta é uma realidade que o Regimento terá que contemplar em um determinado momento, tendo em vista que o *habeas corpus* não tem sido analisado como o *habeas corpus* em si, e sim como substitutivo de todo e qualquer recurso: apelação, recurso especial, recurso extraordinário, recurso em sentido estrito.

Não obstante a constatação acima, a presente hipótese é diversa. Aqui trata-se de paradigma proferido em sede de recurso ordinário em mandado de segurança. Caso fosse realizado o presente julgamento conhecendo dos embargos de divergência haveria ofensa expressa ao previsto no Regimento Interno desta Corte. Nesta hipótese, esta Seção ficaria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

obstada de em outros julgamentos invocar o Regimento.

Cumpre destacar que o STJ, há muito, consolidou entendimento no sentido de que o acórdão prolatado em sede de recurso ordinário em mandado de segurança ou mandado de segurança não se presta como julgado paradigma à demonstração do dissídio pretoriano, nos termos dos arts. 546, I do Código de Processo Civil e 266 do RISTJ. Neste sentido: AgRg nos EREsp 912.491/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 16/11/2011; AgRg nos EREsp 1.187.845/ES, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 01/06/2011; AgRg nos EAg 1.199.799/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, DJe 20/09/2010; Pet 2.398/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 12/05/2010.

Esse entendimento se deve "*às peculiaridades de cada um dos remédios, sendo defeso ao recurso especial versar sobre temas atinentes à lei local e matéria constitucional, por exemplo, limites estes inexistentes dentro do exame do recurso ordinário em mandado de segurança*" (EREsp 116.005/SP, de minha relatoria, Terceira Seção, DJ 20/3/2000).

Com efeito, os embargos de divergência em recurso especial visam a dirimir eventual dissídio no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça a fim de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, quando em situações iguais foram dadas soluções diferentes.

Neste contexto, seria inviável admitir-se a comprovação de divergência - que pressupõe situações iguais - com arestos proferidos em sedes totalmente distintas.

Note-se, por exemplo, que no julgamento de mandado de segurança e recurso ordinário em mandado de segurança, sobre uma mesma matéria de direito, é perfeitamente possível a análise de questão constitucional, o que é totalmente inviável em sede de recurso especial.

Ademais, os embargos de divergência, assim como o recurso especial, são analisados nesta Corte no exercício de jurisdição extraordinária, o que não se verifica no julgamento de mandado de segurança e de recurso ordinário em mandado de segurança.

Feitas estas considerações, registrando que a eventual aceitação de aresto proferido em sede de *habeas corpus* é totalmente diversa da presente hipótese, exatamente por ser excepcionalmente aceito como substitutivo de recurso especial - e mesmo simpatizando com a tese meritória, entendo que os presentes embargos não podem ser conhecidos.

Ante o exposto, não conheço dos embargos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

È o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 918.687 - RJ (2010/0191143-2) (f)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Observo que o eminente Relator afastou como paradigma o acórdão proferido no AgRg no REsp 437.351/MA, por não ter tratado de questão que se assemelhe a hipótese dos autos, bem como afastou o acórdão do MS 6.257/DF, por ter sido o entendimento adotado no referido julgado superado por esta Corte.

E, quanto ao paradigma - AgRg no RMS 14.302/RJ, entendeu que o voto divergente, do eminente Ministro Gilson Dipp, não se prestava à demonstração do dissídio jurisprudencial, por se tratar de acórdão prolatado em sede de recurso em mandado de segurança.

Sendo assim, voto pelo não conhecimento dos embargos, pois, reiteradamente, tenho indeferido liminarmente embargos de divergência que trazem como paradigmas acórdãos proferidos em autos de mandado de segurança ou recursos em mandado de segurança, na linha do entendimento adotado pela Corte Especial.

Penso que a matéria já está decidida, contudo, embora lamentando a impossibilidade do conhecimento - porque, no mérito, eu não teria dúvida em aplicar a teoria do fato consumado - não conheço dos embargos de divergência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 918.687 - RJ (2010/0191143-2) (f)

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Senhora Presidente, o que me dá tranquilidade nesse momento é que, pelo menos, estou vendo, percebendo, até pelas observações que foram feitas, que a questão do fato consumado está voltando à discussão. Ou seja, pelo que vejo aqui, a Seção não está afastando a questão do fato consumado, que era o que estava acontecendo anteriormente. Quer dizer, a teoria do fato consumado tinha sido afastada e, pelo que estou percebendo, no caso concreto, o problema é de conhecimento, e não um problema de matéria de fundo.

E também concordo com o Sr. Ministro Gilson Dipp – em outras oportunidades, já falei, inclusive, em voto escrito – que há necessidade de se garantir, de se estabelecer uma segurança jurídica, uma harmonia de decisões. Então, dentro desse contexto – lamento, como a Sra. Ministra Laurita Vaz falou, com muita dor no coração, porque é o tipo de situação que é triste –, vou reconsiderar a minha posição, deixando-a muito clara no que se refere à questão do fato consumado, até porque pretendo, diante desse quadro novo que nos apresenta – talvez na próxima sessão, se não, na outra –, trazer um processo em que se discuta justamente isso, porque acho que, como eu, vários de nós devemos ter mandados de segurança em que se debate essa questão.

Então, reconsidero meu voto e, acompanhando a divergência – com muito pesar, diga-se de passagem –, **não conheço** dos embargos de divergência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 918.687 - RJ (2010/0191143-2) (f)

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE: Senhora Presidente, as considerações do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, após o voto do Sr. Ministro Gilson Dipp, também me sensibilizaram. E por mais que o caso concreto recomendasse uma solução meritória favorável, trazida no voto do eminente Ministro Relator, parece-me que a abertura desse precedente traria um desconforto, uma insegurança jurídica em relação a outros processos. Não sei se ainda é possível em recurso especial discutir isso.

Constrangido pela situação meritória, que no caso concreto mereceria uma solução favorável, retifico o meu voto para acompanhar a divergência inaugurada pelo voto do Sr. Ministro Gilson Dipp.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2010/0191143-2

EREsp 918.687 / RJ

Números Origem: 200102010249254 200700123711 9600229309

PAUTA: 25/04/2012

JULGADO: 23/05/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretária

Bela. **VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO**

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : CELSO LUIZ ARAGÃO CUNHA E OUTROS
ADVOGADO : DANIEL ROSA DE ALMEIDA E OUTRO(S)
EMBARGADO : UNIÃO

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

O Dr. Lourenço Paiva Gabina sustentou oralmente pelo embargado.

CERTIDÃO

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

Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo dos embargos de divergência, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e o voto do Sr. Ministro Gilson Dipp não conhecendo do recurso, inaugurando a divergência, no que foi acompanhado pela Sra. Ministra Laurita Vaz, pelo Sr. Ministro Jorge Mussi e pelos Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Marco Aurélio Bellizze (em retificação de votos), a Seção, por maioria, não conheceu dos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Gilson Dipp, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator p/acórdão) a Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Jorge Mussi, Sebastião Reis Júnior e Marco Aurélio Bellizze.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vencidos os Srs. Ministros Og Fernandes (Relator), Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

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

Brasília, 23 de maio de 2012

VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO
Secretária