



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 15.472 - DF (2010/0122561-6)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
IMPETRANTE : CEZAR JULIO BADINI
ADVOGADO : DANIEL ROSA DE ALMEIDA E OUTRO(S)
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO E EMPREGO

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CONCURSO PÚBLICO. AUDITOR FISCAL DO TRABALHO. CURSO DE FORMAÇÃO CONCLUÍDO POR FORÇA DE LIMINAR EM WRIT. TUTELA ANTECIPADA CONCEDENDO NOMEAÇÃO, POSSE E EXERCÍCIO. PROVIMENTOS CASSADOS. NOMEAÇÃO TORNADA SEM EFEITO. ATO ADMINISTRATIVO REVESTIDO DE ILEGALIDADE. NECESSIDADE DE PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA).

1. Mandado de segurança impetrado contra ato proferido pelo Ministro do Trabalho e Emprego, que, após catorze anos, tornou sem efeito a nomeação do impetrante ao cargo de Auditor Fiscal do Trabalho, em razão do advento de decisão emanada do TRF da 2ª Região, que reformou o *decisum* que assegurava ao impetrante a permanência no cargo.
2. Em julgamento que analisou caso semelhante ao ora discutido, a Primeira Seção desta Corte Superior decidiu que ato que tornou sem efeito a nomeação do impetrante deveria ser precedido de procedimento administrativo em que lhe fosse assegurado o direito ao contraditório e ampla defesa, pois, para "a anulação de atos administrativos que produzem efeitos na esfera de interesses individuais, mostra-se necessária a prévia instauração de processo administrativo, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal e 2º da Lei 9.784/99" (MS 15.470/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 24/05/2011).
3. Segurança parcialmente concedida para anular o ato impugnado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Herman Benjamin, conceder parcialmente a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciados os Srs. Ministros Francisco Falcão e Napoleão Nunes Maia Filho.
Brasília (DF), 24 de agosto de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 15.472 - DF (2010/0122561-6)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
IMPETRANTE : CEZAR JULIO BADINI
ADVOGADO : DANIEL ROSA DE ALMEIDA E OUTRO(S)
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO E EMPREGO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Cezar Julio Badini contra ato proferido pelo Ministro do Trabalho e Emprego, consubstanciado da Portaria n. 1.628, que teria tornado sem efeito a nomeação do impetrante ao cargo de Auditor Fiscal do Trabalho mediante processo administrativo supostamente nulo.

Em suas razões, afirma o impetrante que ingressou para o cargo de Auditor Fiscal do Trabalho por intermédio de concurso público, com posse em 25.07.1997, e que agora, em 16.7.2010, decorridos quase 15 (quinze) anos de serviço, teria tomado ciência de que a autoridade coatora havia expedido Portaria, nos autos do Processo Administrativo n. 47621.000201/2010-43, tornando sem efeito a sua nomeação e, conseqüentemente, demitido do cargo.

Mais adiante, informa que, na companhia de outros candidatos, impetrou mandado de segurança (95.0010617-5 - Justiça Federal da Seção do Rio de Janeiro) com a finalidade de continuar no certame e realizar a segunda fase do concurso (curso de formação), tendo-lhe sido deferida a liminar e, após, prolatada sentença de mérito que lhe fora favorável, a qual veio a ser reformada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

A impetração está fundada, basicamente, no argumento de que o processo administrativo que resultou na perda do cargo se deu sem o devido processo legal, porquanto não atendidos os princípios do contraditório e ampla defesa, na medida em que o impetrante somente teria tomado ciência dos acontecimentos após a conclusão final do referido processo.

Além disso, frisa o impetrante que a sua nomeação ocorreu há quase 15 anos e que está às vésperas de se aposentar, já que conta com 49 anos de idade, perfazendo 35 anos de contribuições



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 2011.

Evoca, também, o princípio da dignidade da pessoa humana, a aplicação da Teoria do Fato consumado e dos motivos determinantes e o instituto do ato jurídico perfeito.

O pedido liminar foi por mim deferido às fls. 145/146, para, suspendendo-se o ato impugnado, determinar a imediata reintegração do impetrante ao cargo que ocupava, de Auditor Fiscal do Trabalho, até o julgamento final do presente *mandamus*.

A autoridade apontada como coatora prestou informações às fls. 170/186, aduzindo, em suma, o que segue: i) o impetrante insurge-se no presente feito contra ato que tornou sem efeito a sua nomeação, tomado com suporte em decisão judicial emanada pelo TRF da 2ª Região, cujo trânsito em julgado já se operou, razão pela qual o writ há de ser julgado extinto sem julgamento do mérito; ii) a decisão que concedeu a liminar partiu de premissa equivocada ao considerar que não foi oportunizado o direito ao contraditório e à ampla defesa do impetrante; e iii) não houve qualquer ilegalidade ou abusividade a ser reparada pelo Judiciário, visto que não foi instaurado Processo Administrativo para apuração de qualquer conduta passível de punição, mas tão somente foram autuados os documentos necessários para o cumprimento de ordem judicial.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, consoante parecer de fls. 414/418:

- Mandado de segurança. Concurso público para o provimento de cargos de Fiscal do Trabalho realizado em 1996. Participação do Impetrante na segunda fase do certame (curso de formação) por força liminar, confirmada por sentença. Aprovação e nomeação.
- Ação mandamental impetrada em impugnação a ato do Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, consubstanciado na Portaria nº 1.628, de 16.07.10, que tornou sem efeito a nomeação do Impetrante no referido cargo, após a superveniência de acórdão que reformou a decisão de primeiro grau.
- Efetivada a nomeação e encontrando-se o Impetrante no exercício do cargo há quase 15 (quinze) anos, caracteriza-se situação de incidência da teoria do fato consumado, em respeito à segurança das relações jurídicas.
- Parecer, preliminarmente, pelo conhecimento do writ, e, no mérito, pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 15.472 - DF (2010/0122561-6)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CONCURSO PÚBLICO. AUDITOR FISCAL DO TRABALHO. CURSO DE FORMAÇÃO CONCLUÍDO POR FORÇA DE LIMINAR EM WRIT. TUTELA ANTECIPADA CONCEDENDO NOMEAÇÃO, POSSE E EXERCÍCIO. PROVIMENTOS CASSADOS. NOMEAÇÃO TORNADA SEM EFEITO. ATO ADMINISTRATIVO REVESTIDO DE ILEGALIDADE. NECESSIDADE DE PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA).

1. Mandado de segurança impetrado contra ato proferido pelo Ministro do Trabalho e Emprego, que, após catorze anos, tornou sem efeito a nomeação do impetrante ao cargo de Auditor Fiscal do Trabalho, em razão do advento de decisão emanada do TRF da 2ª Região, que reformou o *decisum* que assegurava ao impetrante a permanência no cargo.
2. Em julgamento que analisou caso semelhante ao ora discutido, a Primeira Seção desta Corte Superior decidiu que ato que tornou sem efeito a nomeação do impetrante deveria ser precedido de procedimento administrativo em que lhe fosse assegurado o direito ao contraditório e ampla defesa, pois, para "a anulação de atos administrativos que produzem efeitos na esfera de interesses individuais, mostra-se necessária a prévia instauração de processo administrativo, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal e 2º da Lei 9.784/99" (MS 15.470/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 24/05/2011).
3. Segurança parcialmente concedida para anular o ato impugnado.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Emerge dos autos que o impetrante prestou concurso para Auditor Fiscal do Trabalho, tendo sido aprovado na primeira etapa, mas não classificado dentro do número de vagas previstas no edital, tendo prosseguido nas demais etapas do certame (curso de formação) por força de liminar proferida em mandado de segurança, com posterior nomeação, posse e exercício do cargo assegurados em ação cominatória ajuizada em face da União Federal.

Certo também é que a sentença de mérito proferida no *mandamus* concedeu a segurança ao impetrante, para lhe garantir o direito ao prosseguimento no concurso para Fiscal do Trabalho, independentemente da ordem classificatória veiculada após a primeira etapa (fls. 94/98), a qual,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entretanto, não restou confirmada pelo Tribunal de origem, que entendeu por bem dar provimento à remessa necessária em mandado de segurança, consoante ementa assim consignada (fls. 98):

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. FISCAL DO TRABALHO. APROVADOS NA PRIMEIRA ETAPA. NÃO CLASSIFICADOS PARA A SEGUNDA.

Considerando que o Edital é a lei do concurso, cujas regras obrigam candidatos e Administração Pública, inexistente ilegalidade no ato que convocou somente os 120 melhores classificados na primeira fase do concurso público, assegurando-lhes acesso à segunda, visto que o Edital do referido certame expressamente determinava que somente os candidatos aprovados na primeira fase e selecionados até o limite de vagas estabelecido poderiam participar da segunda etapa.

Com o trânsito em julgado de tal decisão, porquanto o recurso especial dirigido a este STJ não foi conhecido (REsp 499.845/RJ), tampouco apresentada ação rescisória, a Administração Pública editou a Portaria impugnada nesse *mandamus*, cujo teor é o seguinte (fls. 71):

O MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO E EMPREGO, no uso da competência que lhe foi delegada pelo art. 2º, inciso III, do Decreto nº 4.734, de 11 de julho de 2003, publicado no Diário Oficial da União de 12 de julho de 2003 e em cumprimento à decisão judicial emanada pela 4ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, transitada em julgado, reformando a sentença de 1º grau e denegando a segurança deferida nos autos da Apelação em Mandado de Segurança nº. 95.00.10617-5 – 18ª VF/RJ, e considerando o disposto no Processo nº. 47621.000201/2010-43,

RESOLVE:

Art. 1º Tornar sem efeito a nomeação do candidato CEZAR JULIO BADINI no cargo de Fiscal do Trabalho, reestruturando para o cargo de Auditor Fiscal do Trabalho, nos termos da Lei 10.593/2002, realizada por meio da Portaria/CGRH/SE/MTb nº 180, de 18 de julho de 1997, publicada no Diário Oficial de 24 de julho de 1997, pág. 5079-Seção 2.

Art. 2º Determinar ao Superintendente da Regional do Trabalho e Emprego no Estado de Rio de Janeiro que promova o recolhimento da Carteira de identidade Fiscal – CIF do servidor relacionado no art. 1º.

Art. 3º Esta Portaria em vigor na data de sua publicação.

Por sua vez, a liminar prolatada na ação ordinária de obrigação de fazer, que lhe garantiu nomeação, posse e exercício no cargo, embora mantida na sentença (fls. 245/252), também foi cassada pelo TRF da 2ª Região, que deu provimento à Remessa necessária e à apelação da União, para julgar improcedente a pretensão autoral, ao argumento de que a Administração Pública não tem o dever de nomear candidatos aprovados em concurso público, ainda que aprovados dentro do número de vagas (fls. 267/271), o que foi mantido por este STJ em sede de recurso especial, cuja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ementa é a seguinte (fls. 235):

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 04/08/2008).

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, DJe 17/08/2009).

Contra esse acórdão, o ora impetrante interpôs embargos de divergência, ainda não julgados (EResp 918.687/RJ, Rel. Min. Luiz Fux).

No presente *writt*, alega o impetrante que o referido ato, que desconstituiu a sua nomeação ao cargo de Auditor Fiscal do Trabalho, somente poderia ser levado a termo após a instauração de processo administrativo, com observância a ampla defesa e ao contraditório. Evoca, também, a teoria do fato consumado, como solução a garantir o seu direito.

Em julgamento que analisou caso semelhante ao ora discutido, a Primeira Seção desta Corte Superior, decidiu por conceder em parte a segurança, para anular o ato atacado, restaurando-se o *status quo ante*, em razão da ausência da prévia instauração de processo administrativo, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal e 2º da Lei 9.784/99.

A ementa do referido julgado ficou assim redigida:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CONTINUIDADE NO CERTAME POR FORÇA DE MEDIDA LIMINAR. APROVAÇÃO. POSSE E EXERCÍCIO HÁ MAIS DE DEZ ANOS. ANULAÇÃO DO ATO DE NOMEAÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NECESSIDADE. SÚMULA VINCULANTE Nº 3/STF. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Mandado de segurança impetrado contra ato que, catorze anos após a nomeação e posse do impetrante no cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho e quatro anos após o trânsito em julgado de decisão que denegou a ordem em mandado de segurança em que fora deferida liminar para participação na segunda etapa do concurso público, tornou sem efeito a sua nomeação sem que lhe fosse assegurado o direito ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contraditório e à ampla defesa.

2. Consoante inteligência da Súmula 473/STF, a Administração, com fundamento no seu poder de autotutela, pode anular seus próprios atos, desde que ilegais. Ocorre que, quando tais atos produzem efeitos na esfera de interesses individuais, mostra-se necessária a prévia instauração de processo administrativo, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal, 2º da Lei 9.784/99 e 35, II, da Lei 8.935/94.

3. Segurança parcialmente concedida para anular o ato impugnado, restaurando-se o status quo ante (MS 15470/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 24/05/2011).

Dessa forma, decidiu-se que o ato que tornou sem efeito a nomeação do impetrante deveria ser precedido de procedimento administrativo em que lhe fosse assegurado o direito ao contraditório e ampla defesa, dado que para "a anulação de atos administrativos que produzem efeitos na esfera de interesses individuais, mostra-se necessária a prévia instauração de processo administrativo, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal e 2º da Lei 9.784/99".

Isso posto, concedo parcialmente a segurança, para anular o ato coator.

Julgo prejudicado o agravo regimental de fls. 345/358, interposto contra decisão deferitória da liminar.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 15.472 - DF (2010/0122561-6)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
IMPETRANTE : CEZAR JULIO BADINI
ADVOGADO : DANIEL ROSA DE ALMEIDA E OUTRO(S)
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO E EMPREGO

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI: Sr. Presidente, gostaria de fazer um registro a respeito deste tema e, eventualmente, registrar também meu voto vencido.

Trata-se de caso em que o servidor tomou posse por força de uma decisão judicial liminar. O processo teve curso. No final, a liminar foi cassada, e a ordem foi denegada. O que se diz é que, apesar de ter sido cassada a ordem da nomeação pelo Judiciário, a despedida, mesmo assim, dependeria de um processo administrativo. Ou seja, delega-se à esfera administrativa decidir o cumprimento da decisão judicial, o que traz embutida, implicitamente, autorização para descumprir aquela decisão.

inclusive, eventualmente, quanto à decisão do Judiciário.

Esse entendimento é, no meu entender, insustentável, porque subordina uma decisão do STJ a uma decisão no âmbito da esfera administrativa.

O argumento de que houve demora da Administração em cumprir a decisão judicial é irrelevante para o caso. Não se está aqui escusando a omissão da Administração. A Administração deveria ter cumprido imediatamente. Todavia, o atraso dela não justifica que se descumpra a decisão judicial. Abrir o processo administrativo significa não considerar aquilo que foi decidido. E o que vai se decidir nesse processo administrativo? Vai-se abrir um processo para demitir por justa causa? Qual é a justa causa? Não vejo sentido nenhum em determinar a abertura de um processo administrativo nesta circunstância, com todos os erros e atrasos que a Administração possa ter incorrido, e pelos quais, se for o caso, há de responder. A verdade é que, pela decisão judicial, o impetrante está exercendo o cargo sem tê-lo obtido legitimamente. E essa situação não pode ser convalidada. A decisão judicial deve ser cumprida.

Peço vênica para divergir do voto do Sr. Ministro Relator com essas considerações.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 15.472 - DF (2010/0122561-6)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
IMPETRANTE : CEZAR JULIO BADINI
ADVOGADO : DANIEL ROSA DE ALMEIDA E OUTRO(S)
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO E EMPREGO

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CONTINUIDADE NO CERTAME POR FORÇA DE MEDIDA LIMINAR. APROVAÇÃO. POSSE E EXERCÍCIO HÁ MAIS DE DEZ ANOS. REVOGAÇÃO DE LIMINAR POR DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. SEGURANÇA JURÍDICA. COISA JULGADA. IMUTABILIDADE DOS EFEITOS. "CULPA" PELA DEMORA NA OUTORGA DA TUTELA JURISDICIONAL DEFINITIVA E EFETIVAÇÃO DO COMANDO NÃO ATRIBUÍVEL AO PODER JUDICIÁRIO. APLICAÇÃO CAUTELOSA DA TEORIA DO FATO CONSUMADO.

1. A nomeação/posse se deu por decisão precária, posteriormente confirmada por sentença, mas não transitada em julgado,
2. As duas sentenças que amparavam a nomeação/posse do impetrante foram cassadas pelo Tribunal *a quo*, em acórdãos transitados em julgado.
3. A demora na prestação jurisdicional definitiva não se deu por "culpa" do impetrado, mas sim em função do trâmite normal de demandas judiciais por todas as instâncias previstas pelo devido processo legal, valendo-se as partes (inclusive a impetrante, nos últimos 10 anos) de todos os recursos cabíveis até o trânsito em julgado.
4. Permitir que duas decisões transitadas em julgado não possam produzir seus efeitos em razão da "demora" do processo, sem má-fé atribuível a qualquer das partes, é criar um abalo no tecido do sistema processual de tamanha severidade de modo a desestabilizar uma estrutura amparada no devido processo legal, no duplo grau de jurisdição, na respeitabilidade dos provimentos jurisdicionais e no escopo social do processo, que prevê a estabilização de conflitos por meio da imutabilidade atribuída às decisões pela coisa julgada.
5. Se todo processo que "demora" não puder produzir seus regulares efeitos, estar-se-á diante de uma amplíssima hipótese de Ação Rescisória *ope iuris* e destituída de prazo de propositura, que albergará a enorme maioria de processos complexos, manejados por operadores hábeis, litigantes procrastinadores e julgadores menos velozes.
6. Segurança denegada.

Conforme já me manifestei em outros Mandados de Segurança julgados por esta Corte, com a devida vênia, não compartilho da posição da maioria na apreciação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

matéria. Excetuando eventuais especificidades menores do caso concreto, ratifico minhas ressalvas anteriores, expressas por ocasião do julgamento do MS 15475/DF:

1. Os fatos

O concurso para Fiscal do Trabalho estabeleceu em edital regras que previam que o número de candidatos habilitados para uma **segunda fase seria limitado pelo quantitativo de vagas estabelecidas no edital (110 vagas)**.

O autor, aprovado na primeira fase, mas não posicionado entre os 110 primeiros, impetrou **Mandado de Segurança** (*proc. n. 95.0010617-5*), com o objetivo de **continuar no certame e realizar a segunda fase do concurso** (curso de formação).

A sentença, proferida em 19.12.1995, assim estabeleceu: "(...) concedo a segurança para garantir aos impetrantes o **direito ao prosseguimento no concurso** para Fiscal do trabalho, independentemente da ordem classificatória veiculada após a primeira etapa" (fl. 118/STJ).

Garantido seu direito à participação no certame, o ora impetrante se valeu de **nova demanda**, desta vez **Cominatória com pedido de liminar** (*proc. n. 96.0022930-9*), proposta em 12.4.1996 com o objetivo de garantir o direito à nomeação no cargo de Fiscal do Trabalho, o que lhe foi concedido liminarmente em 23.4.1996.

Em razão dessa decisão, o impetrante foi nomeado para Fiscal do Trabalho, **empossado pelo Delegado Regional do Trabalho no Estado do Rio de Janeiro em 20.11.1996** (fl. 27/STJ).

Em 1º.12.2000, sobreveio sentença que ratificou a liminar anteriormente concedida, assim declarada: "julgo procedente o pedido dos autos, confirmando a antecipação de tutela deferida às fls. 59/62, para determinar à ré que **proceda à nomeação dos autores, no cargo de Fiscal do trabalho, com a observância de suas classificações no concurso, garantindo-lhes, igualmente, se e quando nomeados, a posse e o exercício do cargo**" (fl. 220/STJ).

Ocorre que **ambas as decisões favoráveis às suas pretensões foram cassadas no Tribunal.**

Em relação ao direito ao prosseguimento no concurso (o *writ*), a sentença veio a ser cassada em Recurso de Ofício, nos seguintes termos: "os impetrantes, ao serem aprovados na Primeira Etapa do Concurso, tinham **mera expectativa de direito à participação na Segunda Fase, por condicionados, ainda, á classificação na fase inicial** (...) Destarte, é de se **reformular a sentença a quo**" (fl. 281 e 284/STJ). A decisão data de 27.6.2000 e **transitou em julgado em fevereiro de 2006**, após a interposição de recursos por parte do impetrante.

Por sua vez, sobre o direito à nomeação e posse, o Tribunal de origem entendeu pela improcedência da ação, sob o fundamento de que "não tem a Administração Pública o dever de nomear os candidatos habilitados, pois **a existência de pretensas vagas não significa necessariamente a correspondente dotação orçamentária** para o pagamento do pessoal. Daí o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento que **competete ao poder discricionário da Administração para a prorrogação do prazo de validade do certame, bem como o preenchimento das vagas disponíveis**" (fls. 230 e 239/STJ). **Essa decisão também foi atacada pelo impetrante, sem sucesso.**

Sobreveio então o Processo Administrativo 4.7621.000195/2010-24, instaurado em abril de 2010, que resultou na publicação da Portaria 1.625, de 16.7.2010, com o seguinte teor:

O Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, no uso da competência que lhe foi delegada pelo art. 2º, inciso III, do Decreto n. 4.734, de 11 de junho de 2003, publicado no Diário Oficial da União de 12 de junho de 2003 e em cumprimento à decisão judicial emanada pela 4ª Turma Especializada do tribunal Regional Federal da 2ª Região, transitada em julgado, reformando a sentença de 1º Grau e denegando a segurança deferida nos autos da apelação em Mandado de Segurança n. 95.0010617-5 - 18ª VF/RJ, e considerando o disposto no Processo n. 47621.000195/2010-24,

RESOLVE:

Art. 1º. Tornar sem efeito a nomeação do candidato Walmir Pereira de Brito no cargo de Fiscal do Trabalho, reestruturado para o cargo de Auditor Fiscal do Trabalho, nos termos da Lei 10.593/2002, realizada por meio da Portaria/CGRH/SE/MTb n. 402, publicada no Diário Oficial de 12 de novembro de 1996, pág 8246-Seção 2.

Art. 2º Determinar ao Superintendente da Regional do Trabalho, e Emprego no Estado do Rio de Janeiro que promova a recolhimento da Carteira de Identidade Fiscal - CIF do servidor relacionado no art. 1º.

Art. 3º Esta Portaria entra em vigor na data de sua Publicação.

Contra essa Portaria impetrou-se o presente Mandado de Segurança. Foi concedida aqui a medida liminar e o processo se encaminha para a concessão definitiva da ordem.

Porém, *data maxima venia*, a sucessão dos fatos e as particularidades do caso concreto demonstram que:

a) a nomeação/posse do impetrante se deu por decisão **precária**, ulteriormente confirmada por sentença, mas **não transitada em julgado**;

b) as **duas sentenças** que amparavam a nomeação/posse do impetrante foram **cassadas** pelo Tribunal *a quo*, em acórdãos transitados em julgado;

c) a demora na prestação jurisdicional definitiva não se deu por "culpa" do impetrado, mas sim em função do trâmite normal de demandas judiciais por todas as instâncias previstas pelo devido processo legal, valendo-se as partes (inclusive o impetrante, nos últimos 10 anos) de todos os recursos cabíveis até o trânsito em julgado;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

d) permitir que duas decisões transitadas em julgado não possam produzir seus efeitos em razão da "demora" do processo, sem má-fé atribuível a qualquer das partes, é criar um abalo no tecido do sistema processual de tamanha severidade a desestabilizar uma estrutura amparada no devido processo legal, no duplo grau de jurisdição, na respeitabilidade dos provimentos jurisdicionais e no escopo social do processo, que prevê a estabilização de conflitos por meio da imutabilidade atribuída às decisões pela coisa julgada.

Afinal, se todo processo que "demora" não puder produzir seus regulares efeitos, estar-se-á diante de uma amplíssima hipótese de **Ação Rescisória ope iuris e destituída de prazo de propositura**, que albergará a enorme maioria de processos complexos, manejados por operadores hábeis, litigantes procrastinadores e julgadores reticentes.

O Poder Judiciário combate veementemente a desídia e a má-fé, investe em avanços tecnológicos, preocupa-se com a eficiência e com a observância ao preceito constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação").

Mas não se deve descurar da realidade: a preservação do devido processo legal ordinariamente toma tempo. **O presente caso não é uma exceção** e não pode ser tratado como tal. O impetrante conhecia os riscos da nomeação por determinação judicial não transitada em julgado; as inerências do duplo grau de jurisdição; e as eventuais mazelas decorrentes do dano marginal derivado da duração do processo. Correu um risco. **Conhecia a decisão que lhe era desfavorável desde 2000**. Perdeu definitivamente porque não ostentava o direito alegado; sofreu os efeitos de uma tutela de natureza declarativa e, agora, afirma que o fato consumou-se pelo decurso do tempo (que ele próprio contribuiu para o transcurso). Isso não é admissível.

O STJ é um Tribunal de teses. Sensibilizo-me com a situação concreta, mas devo preocupar-me também com a coesão do sistema processual e, por isso, entendo que abrir este precedente com base em uma leitura açodada da teoria do fato consumado é por demais perigoso, porque, diante de uma situação *socialmente sensível, porém atomizada*, poder-se-á criar uma *desestabilização social*, em prejuízo da própria respeitabilidade do Poder Judiciário e do primado da segurança jurídica.

É o que se esmiuçarà a seguir.

2. O (primeiro) Mandado de Segurança, impetrado na origem (proc. JF/RJ 9500106175)

O impetrante, junto com outros candidatos para provimento do cargo de Fiscal do Trabalho (edital 01/94), ingressou com Mandado de Segurança (Proc. 9500106175) para poder participar da segunda etapa do certame, visto que, em virtude da classificação obtida, não havia sido convocado para a fase



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subseqüente.

A segurança foi concedida; contudo, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região deu provimento à Remessa *ex officio* em Mandado de Segurança (Processo 1999.02.01.052425-6/RJ) e, em 27.6.2000, denegou a ordem nestes termos:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. FISCAL DO TRABALHO. APROVADOS NA PRIMEIRA ETAPA. NÃO CLASSIFICADOS PARA A SEGUNDA. - Considerando-se que o Edital é a lei do concurso, cujas regras obrigam candidatos e Administração Pública, inexistente ilegalidade no ato que convocou somente os 120 melhores classificados na primeira fase do concurso público, assegurando-lhes acesso à segunda, visto que o Edital do referido certame expressamente determinava que somente os candidatos aprovados na primeira fase e selecionados até o limite de vagas estabelecido poderiam participar da segunda etapa.

Contra esse acórdão o impetrante interpôs o REsp 499845, do qual o Ministro Hamilton Carvalhido não conheceu, por aplicação da Súmula 281/STF:

RECURSO ESPECIAL. RECURSO NÃO RATIFICADO APÓS O JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA. NÃO INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. O julgamento dos embargos de declaração, tenha ele, ou não, efeito modificativo, complementa e integra o acórdão recorrido, formando um todo indissociável ao qual se denomina decisão de última instância. Esta, sim, passível de recurso especial e extraordinário, nos termos dos artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal.

2. Não se permite a interposição do recurso especial na pendência de julgamento de embargos de declaração, nem tampouco, e com maior razão, em hipóteses tais como a dos autos, em que, opostos e julgados embargos de declaração após a interposição de recurso especial, incorre a posterior e necessária ratificação.

3. A decisão monocrática, proferida em sede de embargos de declaração, é impugnável mediante agravo regimental para o próprio tribunal a quo, cuja falta faz incabível o recurso especial, próprio à impugnação das decisões de única ou última instância (artigo 105, inciso III, da Constituição da República).

4. Recurso especial não conhecido. (REsp 499.845/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJ de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

19.12.2005)

Remetidos os autos à origem em 24.2.2006, o (primeiro) Mandado de Segurança teve baixa definitiva na 18ª Vara Federal do Rio de Janeiro em 7.3.2006 sem ajuizamento de Ação Rescisória.

3. A Ação Ordinária de Obrigação de Fazer, ajuizada na origem (proc. JF/RJ 9600229309)

O impetrante, em conjunto com outros interessados, promoveu a execução do primeiro Mandado de Segurança mediante ajuizamento de ação no rito ordinário, com o intuito de obrigar o ente público a obedecer à decisão judicial (ainda não transitada em julgado) nos autos do Proc. 9500106175.

A pretensão denominada "Ação de Obrigação de Fazer" foi registrada como Proc. 9600229309 e tinha como pedido possibilitar a posse do impetrante com fundamento na segurança concedida (mas ainda não transitada em julgado). Houve antecipação de tutela, e a ação foi posteriormente julgada procedente.

Assim como ocorreu no mencionado *writ*, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região desconstituiu a sentença ao julgar a Apelação Cível (proc. 200102010249254) da União. Confira-se:

AGRAVO INTERNO. CONCURSO PÚBLICO. PARTE ALEGA DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.

I – Os Autores-Apelados participaram de concurso público para o cargo de Fiscal do Trabalho e afirmam que, por terem se classificado dentro do número de vagas oferecido, possuem direito subjetivo à nomeação.

II – Há de se destacar, todavia, que mesmo havendo vagas disponíveis, não tem a Administração Pública o dever de nomear os candidatos habilitados, pois a existência de pretensas vagas não significa necessariamente a correspondente dotação orçamentária para o pagamento do pessoal. Daí o entendimento que compete ao poder discricionário da Administração a prorrogação do prazo de validade do certame, bem como o preenchimento das vagas disponíveis.

III – Precedentes de nossos Tribunais.

IV – Agravo Interno improvido.

O impetrante e os interessados opuseram o REsp 918687 contra o acórdão de origem, que teve seguimento negado pelo e. Min. Felix Fischer, ao fundamento de que "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". Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 04/08/2008).

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 918687/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 17/08/2009)

Interpostos, os Embargos de Declaração em Recurso Especial foram desprovidos em 2.9.2010:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REEXAME DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE.

I - Os embargos declaratórios não são recurso de revisão, sendo inadmissíveis se a decisão embargada não padecer dos vícios que autorizariam a sua interposição (obscuridade, contradição e omissão).

II - *In casu*, o acórdão embargado apreciou todas as questões que lhe foram submetidas e concluiu, com base em precedentes deste e. STJ, que 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, como na espécie. Nesse sentido: AgRg no REsp 519.300/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), DJe de 04/08/2008).

Embargos declaratórios rejeitados.

Em 19.10.2010, interpuseram-se Embargos de Divergência em Recurso Especial, ainda pendentes de julgamento.

4. Objeto real deste writ: coisa julgada material e formal, e não Processo Administrativo Ordinário ou Disciplinar

Diante do histórico demonstrado, verifica-se que, **no presente Mandado de Segurança, o ato acoimado de abusivo e ilegal não cuida, em**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

absoluto, de Processo Administrativo, seja ele Ordinário, seja Disciplinar.

Ao contrário, **traduz mero cumprimento de decisão judicial**, proferida em Recurso Voluntário em Mandado de Segurança, que, sem ajuizamento de Ação Rescisória, está **revestida com o manto soberano da coisa julgada material e formal.**

Desse modo, há vedação expressa na Lei 12.016/09 a obstar desde já o prosseguimento do feito:

Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

(...) III - de decisão judicial transitada em julgado.

Revela-se, portanto, que o *mandamus* é manifestamente inadmissível por não ser caso de impetração.

5. Inaplicabilidade dos precedentes citados na inicial: teses absolutamente distintas (exercício da autotutela administrativa vs. cumprimento de ordem judicial transitada em julgado)

De outra banda, o impetrante cita como aplicáveis à espécie precedentes do STJ (AgRg nos REsp. 882200 e 1090884, MMSS 14647 e 14744 e EREsp 446077) e do STF (AgRg nos RExts 513585 e 594040) cujas ementas e teor de decisões ora se transcrevem, tecendo-se breve comentário acerca de sua inaplicabilidade à espécie:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. CONTRARIEDADE AO ART 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO. REDUÇÃO DE VENCIMENTOS. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AMPLA DEFESA.

1. Não há violação do artigo 535 do CPC quando o acórdão utiliza fundamentação suficiente para solucionar a controvérsia, sem incorrer em omissão, contradição ou obscuridade.

2. Este Superior Tribunal possui entendimento de que todo ato administrativo que repercuta na esfera individual do administrado, no caso, servidor público, tem de ser precedido de processo administrativo que assegure a este o contraditório e a ampla defesa.

Trata-se de mitigação do enunciado da Súmula 473/STF, com intuito de conferir segurança jurídica ao administrado, bem como resguardar direitos conquistados por este.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 882200/RJ, Rel. MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Dje de 12.4.2010)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trata-se, acima, de situação em que os servidores tiveram sua remuneração reduzida por cessação de pagamento de determinada gratificação sem qualquer aviso ou formalidade. Mais uma vez, o precedente citado trata de temperamento do Enunciado 473/STF, o que não ocorre *in casu*.

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ANULAÇÃO DO ATO DE NOMEAÇÃO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NECESSIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Consoante inteligência da Súmula 473/STF, a Administração, com fundamento no seu poder de autotutela, pode anular seus próprios atos, desde que ilegais. Ocorre que, quando tais atos produzem efeitos na esfera de interesses individuais, mostra-se necessária a prévia instauração de processo administrativo, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal e 2º da Lei 9.784/99, o que não ocorreu no presente caso.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1090884/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 31.5.2010)

Observe-se que, nesse julgamento, houve reforma de ato administrativo no exercício do seu poder de autotutela, ou seja, aplicou-se a Súmula 473/STF de forma mitigada diante do fato de uma servidora – que prestou concurso e foi aprovada em todas as fases regularmente – ter sua nomeação tornada sem efeito por dois motivos: a) ser equivocada a forma pela qual seu liame com o Estado foi estabelecido (contratação em vez de posse decorrente de nomeação em cargo público) e b) existir irregularidade no instrumento de convocação dos candidatos aprovados. Ou seja: não há identidade na moldura fática com este *writ*.

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Maria da Glória Carvalho Basto, contra ato do Ministro do Trabalho, consubstanciado na Portaria nº 1.558, que demitiu a impetrante do cargo de Fiscal do Trabalho.

Extraí-se dos autos que a impetrante prestou concurso público para fiscal do trabalho e que tomou posse no referido cargo, em 1997, por força de decisão judicial concedida em tutela antecipada no Processo nº 960022916-3, que tramitou na 18ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

Verifica-se que a impetrante ajuizou a referida ação para dar cumprimento à decisão liminar proferida no processo nº 950010149-1, que corria na mesma Vara, em que pretendia garantir a sua inscrição no Curso de Formação de Fiscal do Trabalho.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esta primeira ação, de 1995, foi sentenciada, com deferimento do pleito da requerente e confirmada a tutela antecipada concedida.

Todavia, em decisão recente, foi julgada, pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a apelação interposta pela União contra a referida sentença e foi esta reformada, determinando-se, ainda, a cassação da tutela antecipada concedida.

Em cumprimento ao acórdão, a impetrante foi demitida do cargo que ocupava há 12 anos.

Alega a impetrante, em síntese, que a decisão que concedeu a tutela antecipada no Processo nº 960022916-3 transitou em julgado, inclusive com acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, confirmando a tutela concedida, razão pela qual não poderia ter sido demitido em respeito à coisa julgada.

Sustenta que deve ter aplicação, na presente hipótese, a teoria do fato consumado, na medida em que exerce a função de fiscal do trabalho há mais de 12 anos e que tal teoria foi utilizada como fundamentação para decisão de outra fiscal em processo idêntico ao da impetrante.

É o relatório.

Passo a decidir.

A análise do pedido, no âmbito liminar, demanda a observância dos requisitos autorizadores para a concessão da medida, quais sejam, o *fumus bonis juris* e o *periculum in mora*.

No tocante ao primeiro requisito, consistente na verificação, de plano, da plausibilidade jurídica dos argumentos deduzido no mandado de segurança, tenho que os fundamentos da impetração ressoam fortes o suficiente para a concessão do pedido liminar.

Com efeito, numa análise preliminar, verifica-se a existência de decisão, em sede de tutela antecipada, com trânsito em julgado, determinando a posse da impetrante no cargo de Fiscal do Trabalho.

Destarte, a decisão posterior que cassou a tutela antecipada deveria respeitar a coisa julgada formada no Processo nº 960022916-3, com o objetivo de dar efetividade à disposição constitucional e impedir a existência de situações contraditórias para a impetrante.

De outra banda, não há como se descuidar que a situação da impetrante é peculiar, porquanto já estava no cargo há mais de 12 anos, sendo coerente que se mantenha a situação até julgamento final do presente mandado de segurança, sobretudo em razão da segurança jurídica.

Quanto ao *periculum in mora*, este resta evidente pelo prejuízo financeiro e profissional que teve a impetrante ao ser demitida de seu cargo, após 12 anos de serviços prestados como Fiscal do Trabalho e mais de 35 anos de tempo de serviço público.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, concedo a liminar e determino a imediata reintegração de Maria da Glória Carvalho Basto ao cargo de Fiscal de Trabalho, até julgamento final do presente mandado de segurança.

Informe a impetrante o andamento do Processo nº 960022916-3, bem como providencie cópia da sentença, se já tiver sido proferida. Notifique-se a autoridade coatora para que preste informações no prazo legal.

Após, vista dos autos ao Ministério Público Federal para parecer.

(MS 14647, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, decisão liminar proferida em 18.9.2009; aguardando julgamento do AgRg interposto em pela União em 5.10.2009 pendente de julgamento até 18.10.2010)

No Mandado de Segurança *supra*, há efetivamente uma decisão que antecipa os efeitos da tutela, concedida no bojo de Ação Rescisória ajuizada na origem, o que não se coaduna com o caso em análise, pois não houve intuito de rescindir o julgado.

DESPACHO

Trata-se de mandado de segurança, impetrado por Ilka Cereja Cruz, apontando como autoridade coatora o Ministro de Estado do Trabalho e Emprego.

Objetiva a impetração, em síntese, a anulação de Portaria que demitiu a impetrante do cargo de Fiscal do Trabalho.

Os autos foram a mim distribuídos por prevenção do MS 14.647/DF (fl. 460).

Ocorre que, malgrado o MS 14.674/DF atacar o mesmo ato impugnado no presente mandamus (Portaria nº 1.558), tal circunstância, por si só, não enseja a distribuição do feito por prevenção, como requerido na exordial, tendo em vista a ausência de previsão legal.

Diante do exposto, determino a livre distribuição do presente mandado de segurança a um dos Ministros que integram a Egrégia Terceira Seção desta Corte.

(MS 14744, Relª. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, decisão proferida em 27.10.2009; autos redistribuídos em 5.11.2009 ao e. Ministro NILSON NAVES, sem apreciação de liminar até 18.10.2010)

Apesar de o impetrante mencionar que o parecer do Ministério Público Federal, acima citado, é favorável à sua tese, não há decisão até o presente momento, e nem sequer pode o despacho exarado ser considerado como precedente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL - APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO EM CONCURSO PÚBLICO - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES - PREVALÊNCIA E 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 "a 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 446077/DF, Rel. Ministro PAULO MEDINA, DJ de 28.6.2006).

Aqui a *teoria do fato consumado* é aplicada em situação na qual o beneficiado com decisão judicial de natureza precária não pode ser prejudicado quando a Administração nada faz para reverter a medida liminar. Isso não se coaduna com a hipótese, pois **inexiste registro de inércia da União para reverter o quadro inicial**, o que, aliás, acabou por ocorrer, por conta da atuação enérgica da Advocacia-Geral da União desde o primeiro embate da impetrante contra a Administração.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MILITAR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. LICENCIAMENTO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

1. A jurisprudência desta Corte tem se fixado no sentido de que a ausência de processo administrativo ou a inobservância aos princípios do contraditório e da ampla defesa tornam nulo o ato de demissão de servidor público, seja ele civil ou militar, estável ou não.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgR no RE 513585, Relator Min. EROS GRAU, DJe de 31.7.2008)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse julgado o Supremo Tribunal Federal declarou nulo o ato demissório decorrente de aplicação de sanção disciplinar sem a instauração de Processo Administrativo Disciplinar, não guardando a menor relação com este pleito, que não trata de demissão ou de procedimento sancionatório.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO
EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL.
ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO NÃO
ESTÁVEL. DEMISSÃO. NECESSIDADE DE
OBSERVÂNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA
DEFESA.

I - A demissão de servidor público, mesmo que não estável, deve ser precedida por processo administrativo, em que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa. Precedentes.

II - Agravo regimental não provido. (AgRg no RE 594040, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Dje de 22.4.2010)

Nesse último exemplo, a Corte Suprema anulou a dispensa imotivada de servidor em estágio probatório sem instauração de procedimento com as garantias de contraditório e ampla defesa, situação em que não há qualquer analogia com a dos autos.

Desse modo, a *ratio decidendi* de todos os julgados citados não pode servir de suporte à espécie, não obstante o esforço retórico.

Não se trata, portanto, de exoneração ou qualquer outra forma de desligamento de servidor, mas de simples decisão que torna sem efeito – em obediência à decisão judicial transitada em julgado – nomeação decorrente de ordem judicial de caráter precário e insubsistente.

Em outras palavras: não se cuida de modalidade de desligamento de servidor público – i.e., *ad nutum*, por não-aprovação no estágio probatório; por não ter entrado em exercício no prazo legal após a posse, a pedido, *ex officio*; ou por imposição de sanção disciplinar.

Versa-se sobre mero ato formalizador de decisão judicial, que simplesmente informa a situação do impetrante, como se nunca tivesse passado da primeira fase do concurso e, conseqüentemente, tomado posse.

Evidentemente que o impetrante exerceu seu labor na Administração Pública e, por isso, não está obrigado a devolver as verbas remuneratórias até a data em que sua nomeação foi tornada sem efeito.

Mas uma coisa não se confunde com a outra, e não se pode agora ignorar uma decisão judicial absolutamente imutável, sob pena de permitir-se que o Mandado de Segurança seja manejado como *remédio rescisório atípico*.

6. Ausência de violação do contraditório ou da ampla defesa e inaplicabilidade da teoria do fato consumado

Por fim – e a título de *obiter dicta*, pois o debate referente às questões seguintes já se encontra definitivamente encerrado – não se vislumbra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

violação dos *princípios do contraditório e da ampla defesa*, nem se mostra possível aplicar a *teoria do fato consumado*. São quatro motivos básicos para rechaçar tamanha elasticidade argumentativa.

Primeiro, o impetrante está exercendo o *contraditório* e a *ampla defesa* desde 1995 ao longo de dois processos judiciais que tramitaram por três instâncias.

Segundo, não houve *fato consumado* por desídia da Administração a ponto de recompensá-lo com a estabilidade no cargo. A União, por diversas ocasiões, buscou reverter tanto os provimentos liminares como os de ampla cognição. Se alguma demora houve, tal se mostra absolutamente razoável e proporcional, porquanto foram duas ações em que o Judiciário teve de se debruçar em ritos distintos (ordinário e sumário) e em diversas instâncias (comum e extraordinária).

Acresço ainda que a primeira decisão contrária à pretensão do impetrante foi proferida em 27.6.2000 (provimento do Recurso de Ofício no Mandado de Segurança sobre o "direito ao prosseguimento no concurso"). Ou seja, após **5 anos** de trâmite processual ele já conhecia, de forma concreta, decisão desfavorável passível de anular sua participação no certame. A partir daí, valeu-se de todos os meios recursais para reverter essa decisão, sem sucesso. Desse modo, é possível afirmar que a demora por 10 anos na implementação do comando que lhe cassava o direito de "participar da segunda fase do concurso" sucedeu em razão de demandas e recursos apresentados por ele.

Ora, se o decurso de tempo se deu pela utilização do interessados dos meios judiciais cabíveis para sua permanência no cargo, não há falar em aplicação da teoria do fato consumado, porque converteria a legítima utilização da prerrogativa de acesso à Justiça em "benefício próprio a partir da própria torpeza". Isso poderia gerar incentivos extremamente nocivos à litigância protelatória.

Terceiro, esta Corte já *apreciou a eventual incidência da teoria do fato consumado no caso concreto, rechaçando-a*. É o que se extrai do julgamento do AgRg e respectivos EDcl no REsp 918687, oriundos da Ação Cominatória, de relatoria do Eminentíssimo Ministro Felix Fischer, conforme acima citado. Ou seja, o Mandado de Segurança se apresenta "como um instrumento de rescisão completo", porque contraria a coisa julgada decorrente da imutabilidade dos efeitos do comando contido no dispositivo, como também a própria fundamentação da decisão "atacada", rediscutindo temas já afastados.

Quarto, e por último, não há motivo de ordem prática para estabelecer contradita em procedimento que apenas comunica o teor de uma decisão, executando-a. Senão, o que a impetrante poderia – *ad argumentandum tantum* – levantar a essa altura dos acontecimentos? Que a Administração não pode dar cumprimento à ordem judicial sem estar sujeita às sanções de natureza criminal e administrativa (arts. 26 da Lei 12.016/09; 330 do CP; e 4º, VIII, da Lei 1.079/50)? Ou pior: que o Poder Executivo pode rever o mérito de uma decisão judicial sem criar crise institucional e claramente violar a harmonia entre os Poderes da República (art. 2º da Constituição)?

Em resumo: ainda que se chegasse ao absurdo de rever decisão judicial na via administrativa, estar-se-ia, nessa hipótese, fazendo discutível justiça social para privilégio de poucas pessoas que – sublinhe-se – jamais poderiam ter



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocupado os cargos públicos em debate. E mais: amparadas por uma decisão judicial passível de reforma, sabiam (ou pelo menos deveriam ter essa consciência) dos riscos inerentes ao curso de um processo – *dois*, no caso presente.

Por conseguinte, se optaram em assumir esse risco de alguma forma e não mais buscarem o ingresso no serviço público mediante participação em outros certames, não podem agora culpar o Poder Judiciário, transferindo uma responsabilidade que nunca foi dele e que – diga-se de passagem – é basicamente o substrato da (muito) discutível *teoria do fato consumado*.

7. Conclusão: denegação da ordem

Com todas essas considerações, conclui-se que não faz qualquer sentido oportunizar uma terceira *via crucis* para a Administração ter de dizer ao impetrante o mesmo que o Poder Judiciário já disse, aliás, com força de coisa julgada.

Mister ressaltar que, com a denegação da ordem em definitivo nos autos principais (primeiro Mandado de Segurança, impetrado na origem), é de perquirir acerca da utilidade do provimento judicial, no bojo da Ação Ordinária de Obrigação de Fazer, a qual se encontra aguardando processamento dos Embargos de Divergência no REsp 918687. Isso porque, se não havia direito à participação na segunda fase de certame, ficaria, em tese, prejudicado exame de processo que pressupunha a participação e aprovação final.

Diante do exposto, **denego a Segurança**. Acolhidos estes fundamentos, recomendo seja **encaminhada cópia deste acórdão** ao Eminentíssimo Ministro Relator dos **Embargos de Divergência no REsp 918687**, para os fins de direito.

É como voto.

Por essas razões, aplicáveis ao caso concreto, **denego a Segurança**.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2010/0122561-6 PROCESSO ELETRÔNICO MS 15.472 / DF

Número Origem: 47621000201201043

PAUTA: 10/08/2011

JULGADO: 24/08/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro CASTRO MEIRA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CEZAR JULIO BADINI
ADVOGADO : DANIEL ROSA DE ALMEIDA E OUTRO(S)
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO E EMPREGO

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Servidor Público Civil - Processo Administrativo Disciplinar ou Sindicância - Demissão ou Exoneração

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou, oralmente, o Dr. Daniel Viana Carvalho, pelo impetrante.

CERTIDÃO

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

"A Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Herman Benjamin, concedeu parcialmente a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciados os Srs. Ministros Francisco Falcão e Napoleão Nunes Maia Filho.