



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 33821 - PB
(2011/0034867-0)**

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : ESTADO DA PARAÍBA
PROCURADOR : CAMILA AMBLARD E OUTRO(S)
AGRAVADO : DAMIÃO CACIMIRO DE OLIVEIRA E OUTRO
ADVOGADOS : MARIA CRISTINA DE FILIPPO GANGANA - DF021981
TEODORO PINTO NETO E OUTRO(S) - DF023486

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. NOMEAÇÃO DOS IMPETRANTES, ORA AGRAVADOS, PARA CARGO DIVERSO DAQUELES PARA OS QUAIS FORAM APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. ILEGALIDADE SANADA ADMINISTRATIVAMENTE. POSTERIOR ANULAÇÃO DAS PORTARIAS RETIFICADORAS QUE HAVIAM DETERMINADO O CORRETO ENQUADRAMENTO FUNCIONAL DOS IMPETRANTES, ORA AGRAVADOS, RESTABELECENDO O INDEVIDO ENQUADRAMENTO ORIGINAL. SÚMULA VINCULANTE 43/STF. FLAGRANTE INCONSTITUCIONALIDADE. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. SEGURANÇA CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Agravo Regimental interposto contra decisão monocrática publicada na vigência do CPC/73.

II. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, consubstanciado nas Portarias 735/2009 e 736/2009, que, aos fundamentos de decadência administrativa e de fato consumado, revogaram as Portarias 2.509/2006 e 2.949/2006, determinando o retorno dos servidores ao cargo de Técnico Judiciário/Escrevente.

III. As anteriores Portarias 2.509/2006 e 2.949/2006, em virtude da constatação da inconstitucional nomeação dos impetrantes, ora agravados, para o cargo de Técnico Judiciário/Escrevente, tinham retificado os seus atos de nomeação originários, enquadrando-os no cargo de Oficial de Justiça, para o qual foram efetivamente aprovados em concurso público.

IV. Nos termos da Súmula Vinculante 43, "é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido".

V. Em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o STJ firmou a compreensão no sentido de que situações flagrantemente inconstitucionais – como a nomeação de candidato para cargo público efetivo diverso daquele para o qual fora aprovado em concurso público – não podem e não devem ser superadas pelo eventual reconhecimento da prescrição ou decadência, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal. Precedentes: STF, MS 28.279/DF, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJe de 28/04/2010; MS 28.273/DF, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe de 21/02/2013; MS 29.025/DF, Rel. p/ acórdão Ministro ALEXANDRE DE MORAES, PRIMEIRA TURMA,

DJe de 14/04/2021; STJ, REsp 1.293.378/RN, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 05/03/2013; REsp 1.394.036/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/02/2015; AgInt no RMS 55.499/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/10/2019.

VI. Ora, se à Administração não é aplicável a decadência administrativa de que trata o artigo 54 da Lei 9.784/99, em situações flagrantemente inconstitucionais, como é o caso da nomeação de servidores sem concurso público para determinado cargo, não há que se falar também em aplicação da teoria do fato consumado a situações que podem ser por ela revistas.

VII. As nomeações dos impetrantes em cargo diverso, do que foram aprovados em concurso público, deram-se diante de requerimentos por eles formulados, os quais atenderam, na verdade, a Edital publicado pela Presidência do Tribunal de Justiça da Paraíba, oportunizando o preenchimento de duas vagas de Técnico Judiciário/Escrevente, circunstância da qual não se pode inferir manifestação de renúncia pelos impetrantes ao cargo de Oficial de Justiça, para o qual tinham sido efetivamente aprovados, ou ainda qualquer provocação deliberada deles à elaboração de atos manifestamente inconstitucionais.

VIII. Mesmo com a opção formulada pelos agravados, por força do disposto nos arts. 5º, II, e 37, **caput**, da Constituição Federal, à Administração, cabia zelar pela legalidade de sua atuação, extraindo da lei o fundamento jurídico para validade dos atos administrativos de nomeação dos impetrantes, em especial pela observância do art. 37, II, da Constituição Federal.

IX. As Portarias 2.509/2006 e 2.949/2006 – que retificaram os atos de nomeação dos impetrantes, do cargo de Escrevente para Oficial de Justiça, para o qual tinham sido aprovados em concurso público – não se constituem em atos de provimento derivado, mas em mera retificação de atos administrativos anteriores. **In casu**, os atos de nomeação, de provimento originário, deram-se em 1994 e 1995, e, ainda que de maneira errônea, dentro do prazo de validade do certame.

X. O princípio da confiança está relacionado à ideia de manutenção de determinados atos administrativos que, conquanto eivados de vícios, em face do decurso do tempo, geram no administrado uma expectativa legítima de continuidade e de estabilidade.

XI. De fato, a confiança a ser protegida é aquela decorrente do dever da Administração de fazer cumprir as regras por ela estabelecidas por ocasião do concurso público, no sentido de que os ora agravados, uma vez aprovados no certame, fazem jus à nomeação e posse no cargo público para o qual concorreram, na forma do art. 37, I e II, da Constituição Federal, seja na redação original, seja naquela dada pela Emenda Constitucional 19/98, até porque outros candidatos, em posições inferiores as dos agravados, foram nomeados no prazo de validade do certame.

XII. Segurança concedida para anular as Portarias 735/2009 e 736/2009, em face da impropriedade de sua motivação, e, dessa forma, restabelecer os efeitos das Portarias 2.509/2006 e 2.949/2006, que, ao retificarem os atos de nomeação dos impetrantes, asseguraram-lhes o direito ao reenquadramento no cargo de Oficial de Justiça, do Quadro de Pessoal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, para o qual foram aprovados em concurso público.

XIII. Das manifestações administrativas, percebe-se que a retroatividade dos atos de retificação à data da nomeação dos impetrantes se restringiu apenas à denominação do cargo por eles ocupados, de Escrevente para Oficial de Justiça, até porque outros efeitos não poderiam deles decorrer, eis que esses atos não autorizam qualquer pagamento de remuneração correspondente a Oficial de Justiça, no período anterior às Portarias 2.509/2006 e 2.949/2006, uma vez que a retribuição pecuniária exige a contrapartida da prestação do serviço. Precedentes: STJ, AgRg no REsp 1.371.234/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/09/2013; AgRg nos EDcl nos EDcl no RMS 30.054/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 01/03/2013.

XIV. Agravo Regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 19/04/2022 a 25/04/2022, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 25 de abril de 2022.

Ministra ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 33.821 - PB
(2011/0034867-0)**

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETTE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo Regimental, interposto pelo ESTADO DA PARAÍBA, em 27/10/2014, contra decisão de minha lavra, publicada em 16/10/2014, que deu provimento ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, interposto por DAMIÃO CACIMIRO DE OLIVEIRA e FRANCISCA FRANCY DE MEDEIROS MARTINS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

Extraí-se dos autos ser incontroverso o fato de que os agravados, nada obstante houvessem sido aprovados em concurso público para o cargo de Oficial de Justiça, do Quadro de Pessoal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, foram nomeados e **tomaram posse em cargo diverso**, a saber, de Técnico Judiciário/Escrevente. Dessa forma, a Presidência do Tribunal de origem reconheceu a referida ilegalidade, editando atos administrativos nos quais foram assegurados, aos agravados, o direito ao reenquadramento no cargo de Oficial de Justiça.

A parte ora agravada impetrou o Mandado de Segurança **contra ato da Presidência do Tribunal de origem que, de ofício, em momento posterior, revogou as referidas Portarias** que autorizaram o correto enquadramento dos agravados no cargo de Oficial de Justiça, para o qual aprovados em concurso público, determinando que retornassem ao cargo de Técnico Judiciário/Escrevente.

Quanto à situação fática acima delineada, confira-se, por oportuno, o seguinte trecho do voto condutor do acórdão recorrido:

"Inconteste é que os impetrantes obtiveram mesmo aprovação em concurso público realizado pelo nosso Tribunal de Justiça ainda no ano de 1992, para o cargo de Oficial Justiça, e aguardavam nomeação em lista de espera quando, aproveitando-se de oportunidade oferecida pela Administração, pediram formalmente e obtiveram nomeação no cargo de Escrevente da Comarca de Pombal, de 2ª entrância, que na época se achavam vagos, vindo o primeiro a tomar posse em dezembro de 1994 e, a segunda, em maio de 1995. Vinham desde então se ocupando da função de Escrevente - o primeiro, já na Comarca de Campina Grande, e a segunda, na Comarca da Capital, ambas de 3ª entrância -, quando a **Presidência do Tribunal de Justiça, respaldado em parecer da CONSAD - Consultoria Administrativa da Presidência e da COPEPE - Comissão Permanente de Pessoal, deferiu pedido dos impetrantes no sentido de reparar os atos originários de suas nomeações, com o que restaram nomeados no cargo de Oficial de Justiça, ou seja, naquele para o qual haviam sido**

de fato aprovados por concurso público, assim o fazendo com efeito retroativo às datas de suas nomeações originárias, cujos atos restaram encartadas nas Portarias nº 2.949/2006 e 2.509/2006, publicadas no Diário da Justiça do Estado dos dias 18/10/2006 e 29/08/2006, respectivamente" (fl. 277e).

O Tribunal de origem denegou a segurança, ao fundamento de que os atos de nomeação e posse dos impetrantes, ora agravados, nos cargos de Técnico Judiciário/Escrevente, **malgrado a flagrante inconstitucionalidade**, estariam **consolidados pelo tempo**, motivo pelo qual não mais poderiam ter sido revistos pela Administração. Confira-se o seguinte excerto do voto condutor:

"(...) Contudo, a nosso ver as questões mais relevantes a serem aqui enfrentadas resultam em dar respostas às seguintes indagações: **a) Mesmo diante da flagrante inconstitucionalidade dos atos de ingresso originário dos impetrantes no quadro de servidores do TJPB, podia a então Administração revê-los depois de decorridos mais de cinco (5) anos?; b) uma vez revistos, na forma como aconteceu, podia o gestor subsequente revogar, de ofício, os atos correspondentes?**

Com relação ao primeiro questionamento, e diante do caso concreto, tenho por certo que foi equivocada, por mais uma vez - leia-se, permissa vênia: **contra legis**, inoportuna e descabida - a atitude da então Administração deste e. Tribunal de Justiça ao desnaturar, e desmerecer os atos originários de nomeação dos impetrantes no seu quadro de servidores. **E que ainda que os tivesse como violadores das normas no art. 37, II, da Constituição da República - como assim os temos, também, repito -, no entanto, o que não podia ter sido desconsiderado, por outro lado, é o fato de que já haviam se passado mais de dez (10) anos de tal ocorrência, e que inexistente era, como de fato é, a demonstração de atitude de má-fé fosse da parte da então Administração, fosse por parte dos administrados, daí que devendo os tais atos ser admitidos como já consagrados, sedimentados e consolidados pelo decurso de tempo, resultando entendimento em contrário, permissa vênia, em violação ao princípio da segurança jurídica, princípio esse aceito pela doutrina como uma das vigas mestras da ordem jurídica**, e segundo J. J. Gomes Canotilho, 'um dos subprincípios básicos do próprio conceito do Estado de Direito' (In Direito Administrativo Brasileiro, Hely Lopes Meirelles, 272 ed, São Paulo, 2002, p.94/95)" (fl. 279e).

O acórdão recorrido restou assim ementado:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATOS APROVADOS

PARA O CARGO DE OFICIAL DE JUSTIÇA E FIGURANDO EM LISTA DE ESPERA - NOMEAÇÃO PARA O CARGO DE ESCRIVENTE - **FATO CONSUMADO HÁ MAIS DE DEZ 10 ANOS** - ATOS ADMINISTRATIVOS QUE EM ATENDIMENTO A PEDIDO DOS MESMOS SERVIDORES, E A PROPÓSITO DE '**RETIFICAR**' O ERRO DENUNCIADO, OS NOMEOU DESTA FEITA NO CARGO PARA O QUAL TINHAM SIDO APROVADOS - REVOGAÇÃO DESTES POR ATO SUBSEQUENTE E DE OFÍCIO DA ADMINISTRAÇÃO - **RETORNO DOS SERVIDORES AO CARGO DE ESCRIVENTE** - EXERCÍCIO DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA DE ATO ILEGAL E/OU ABUSIVO - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE NULIDADE DOS ÚLTIMOS ATOS ADMINISTRATIVOS - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. 1. Tendo os impetrantes anuído expressamente com suas nomeações em cargo diverso daquele para o qual foram aprovados por concurso público, não se afigura razoável, e nem aceitável do ponto de vista legal, que passados mais de 10 dez anos da ocorrência deste fato, a Administração Pública, a propósito de querer retificar a ilegalidade cometida, e mais uma vez para atender postulação destes mesmos servidores, os renomeie no cargo **para o qual foram efetivamente aprovados**, porquanto se está diante de situação consolidada pelo decurso do tempo, e pela **inexistência de demonstração de má-fé**. 2. É certo, que, '*Após decorridos 5 (cinco) anos não pode mais a Administração Pública anular ato administrativo gerador de efeitos no campo de interesses individuais, por isso que se opera a decadência.*' (MS nº 6.566/DF, Relator pl/ Acórdão Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 15/5/2000. Precedente da 3ª Seção.' (REsp 219.883/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 04.08.2003). 3. Portanto, não pode ser havido como ilegal e/ou abusivo o ato administrativo subsequente que, diante da ilegalidade verificada com o nominado ato 'retificador' das nomeações originárias dos impetrantes, o tornou inválido dentro do prazo possível, já que, '*A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial*' (Súmula 473/STF)" (fls. 273/274e).

No Recurso Ordinário, os agravados sustentaram, em síntese, que, ainda que a Administração possa, a qualquer tempo, rever seus próprios atos, quando eivados de ilegalidade e ou inconstitucionalidade, na forma da Súmula 473/STF, esse não seria o caso das Portarias impugnadas, porquanto importariam em afronta a ato jurídico perfeito – as Portarias que os reequadraram nos cargos corretos –, bem como em inconstitucionalidade, pois **eles não podem permanecer em cargos diversos daqueles para os quais foram aprovados em concurso público**.

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da

República, WASHINGTON BOLÍVAR JÚNIOR, opinou pelo não provimento do Recurso Ordinário, nos seguintes termos:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS PARA O CARGO DE OFICIAL DE JUSTIÇA. NOMEAÇÃO PARA CARGO DIVERSO. **FATO CONSUMADO HÁ MAIS DE DEZ (10) ANOS.** ATOS ADMINISTRATIVOS QUE EM ATENDIMENTO A PEDIDO DOS MESMOS SERVIDORES E A PROPÓSITO DE 'RETIFICAR' O ERRO DENUNCIADO, OS NOMEOU DESTA FEITA NO CARGO PARA O QUAL TINHAM SIDO APROVADOS. REVOGAÇÃO DESTES POR ATO SUBSEQUENTE E DE OFÍCIO DA ADMINISTRAÇÃO. RETORNO DOS SERVIDORES AO CARGO DE ESCRIVENTE. EXERCÍCIO DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE ATO ILEGAL E/OU ABUSIVO. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO" (fl. 326e).

A decisão ora agravada, no entanto, deu provimento ao Recurso Ordinário, com os seguintes fundamentos, no que interessa:

"(...) Com efeito, é firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como desta Corte, **no sentido de que o desrespeito ao princípio do concurso público, previsto no art. 37, II, da Constituição Federal, por se tratar de uma flagrante inconstitucionalidade, não pode ser consolidado pelo decurso do tempo, hipótese em que se torna impertinente debater a eventual existência, ou não, de má-fé por parte dos gestores públicos que praticaram tais atos inconstitucionais.**

Por oportuno, confira-se o voto proferido pelo Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, nos REsp 1.293.378/RN, que bem esclarece a questão:

'2. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO DA DEMANDA

A partir do que se extrai do acórdão recorrido, verifica-se que **a preliminar de prescrição acolhida pelo Tribunal de origem se confunde com o próprio mérito da demanda**, uma vez que a eventual conclusão de que o ingresso do servidor recorrido no quadro de servidores da Assembléia Legislativa não foi procedido de aprovação em concurso público teria por consequência a conclusão de tal inconstitucionalidade não poderia ser sanada pelo decurso do tempo.

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se, nos termos do enunciado nº 685 de sua Súmula, no sentido de que **"É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento,**

em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido” (AgRg-AI 528.048 AgR, Rel. Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, DJe 21/3/11). Nesse mesmo sentido, cito o seguinte precedente:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DA RESOLUÇÃO N. 825/2002, DA ASSEMBLEIA DO ESTADO DE SÃO PAULO: AFRONTA AO ART. 37, INC. II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Preliminar de falta de interesse de agir por ausência de impugnação das Leis Complementares paulistas ns. 865 e 881/2000: objeto diverso daquele contida na Resolução. Preliminar afastada.

2. Possibilidade de impugnação de Resolução por meio de ação direta de inconstitucionalidade, nos casos em que por meio dela se formalize ato normativo e autônomo.

3. Inconstitucionalidade formal não configurada. Arts. 51, inc. IV, e 52, inc. XIII, da Constituição da República: competência das Casas Legislativas para dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços.

4. Inconstitucionalidade material configurada: art. 37, inc. II, da Constituição brasileira; afronta à regra constitucional da prévia aprovação em concurso público. Forma de provimento derivado de cargo público abolida e vedada pela Constituição da República.

5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 3.342, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe 28/5/09)

Também a jurisprudência desta Corte alinha-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. Confirmam-se os seguintes precedentes:

ASSISTÊNCIA SIMPLES. PEDIDO. APELAÇÃO. JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO. RENOVAÇÃO. INSTÂNCIA SUPERIOR. POSSIBILIDADE. ARTS. 50 E 463 DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASCENSÃO E PROGRESSÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO. NULIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ART. 54. LEI Nº 9.784/99. INAPLICABILIDADE.

.....
II- Esta e. Corte, respaldada na jurisprudência do **Pretório Excelso**, firmou o entendimento no sentido de que, após o

advento da Constituição Federal de 1988, restaram expungidas do ordenamento jurídico brasileiro quaisquer formas de ingresso, sem concurso público, em cargo público efetivo diverso daquele para o qual ingressou o servidor, não se admitindo a invocação de pretensão direito adquirido contra a própria Constituição Federal.

III- Antes do advento do art. 54 da Lei nº 9.784/99, que não se aplica às situações ocorridas antes da sua entrada em vigor, conforme orientação assentada nos MS nº 9112/DF e MS nº 9.115/DF, esta e. Corte entendia que a Administração poderia revogar a qualquer tempo os seus próprios atos, quando eivados de vícios, razão pela qual descabe invocar a prescrição quinquenal do art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

.....
Não conhecido o recurso da Escola Técnica Federal de Pelotas, por ausência de legitimidade recursal, e desprovidos os demais recursos especiais. (REsp 498.574/SC, Min. Rel. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 1º/8/06)

ADMINISTRATIVO. MAGISTÉRIO PÚBLICO SUPERIOR. PROFESSOR ADJUNTO. APOSENTADORIA. PROVENTOS PROFESSOR TITULAR. CONCURSO. EXIGÊNCIA.

- A concessão de aposentadoria a professor adjunto, com proventos de professor titular, caracteriza a figura da ascensão funcional, vedada constitucionalmente, pelo art. 37, II, da CF, que submete a investidura em cargo público a prévio concurso público de provas ou de provas e títulos.

- Recurso conhecido e provido. (REsp 153.291/PE, Rel. Min. CID FLAQUER SCARTEZZINI, Quinta Turma, DJ de 13/10/98)

Por sua vez, a Suprema Corte também tem pacificado o entendimento quanto à impossibilidade de se consolidarem no tempo as situações flagrantemente inconstitucionais, como a de descumprimento do mandamento constitucional que determinada a prévia aprovação em concurso público para ingresso em cargos efetivos.

Nesse sentido, cito o seguinte julgado, *mutatis mutandis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. INGRESSO. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA. ARTIGO 236, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMA AUTO-APLICÁVEL. DECADÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 54 DA LEI 9.784/1999. INAPLICABILIDADE A SITUAÇÕES INCONSTITUCIONAIS. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS

REPUBLICANOS DA IGUALDADE, DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE. SUBSTITUTO EFETIVADO COMO TITULAR DE SERVENTIA APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

.....
5. Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal.

.....
9. Segurança denegada. (MS 28.279/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJe de 28/4/10)".

O mencionado precedente recebeu a seguinte ementa:

'ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. TRANSFERÊNCIA PARA O QUADRO DE PESSOAL DO PODER LEGISLATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO **PARQUET** ESTADUAL OBJETIVANDO A ANULAÇÃO DESSE ATO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RETORNO DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Trata-se, na origem, de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte objetivando a anulação de ato administrativo que importou na 'transferência' do servidor recorrido, sem concurso público, do Quadro de Pessoal do Poder Executivo para o do Poder Legislativo.

2. Hipótese em que a preliminar de prescrição acolhida pelo Tribunal de origem se confunde com o próprio mérito da demanda, uma vez que a eventual conclusão de que o ingresso do servidor recorrido no quadro de servidores da Assembléia Legislativa não foi precedido de aprovação em concurso público teria por consequência a conclusão de tal inconstitucionalidade não poderia ser sanada pelo decurso do tempo.

3. Com efeito, nos termos da Súmula 685/STF, 'É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido'.

4. Por sua vez, **situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de cargo público efetivo sem a devida submissão**

a concurso público não podem e não devem ser superadas pelo eventual reconhecimento da prescrição ou decadência, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal. Precedente: MS 28.279/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJe de 28/4/10.

5. 'O princípio da publicidade impõe a transparência na atividade administrativa exatamente para que os administrados possam conferir se está sendo bem ou mal conduzida' (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, in 'Curso de Direito Administrativo', 25ª ed. rev.e atual., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85).

6. Consoante lição de HELY LOPES MEIRELLES (In 'Direito Administrativo Brasileiro', 30ª ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo et al., São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 94-5), 'A publicação que produz efeitos jurídicos é a do órgão oficial da Administração, e não a divulgação pela imprensa particular, pela televisão ou pelo rádio, ainda que em horário oficial. Por órgão oficial entendem-se não só o Diário Oficial das entidades públicas como, também, os jornais contratados para essas publicações oficiais'. Por conseguinte, 'Os atos e contratos administrativos que omitirem ou desatenderem à publicidade necessária não só deixam de produzir seus regulares efeitos como se expõem a invalidação por falta desse requisito de eficácia e moralidade. E sem publicação não fluem os prazos para impugnação administrativa ou anulação judicial, quer o de decadência para impetração de mandado de segurança (120 dias da publicação), quer os de prescrição da ação cabível'.

7. Hipótese em que o 'ato de transferência' do servidor recorrido não foi publicado no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Norte, mas tão somente no 'Boletim Oficial da Assembléia Legislativa'; tal situação, somada ao fato de que referido ato não foi levado ao conhecimento da Corte de Contas Estadual, revela a existência de má-fé caracterizada por um sigilo não só ilegal mas também inconstitucional.

8. Recurso especial conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido e, afastando-se a preliminar de prescrição do fundo de direito, determinar o retorno dos autos à Instância de origem para que prossiga no julgamento do feito" (STJ, REsp 1.293.378/RN, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 05/03/2013).

Conclui-se, dessa forma, que **ao restabelecerem os provimentos originais dos recorrentes nos cargos de Escrevente, o atos administrativos impugnados no Mandado de Segurança acabaram por ratificar uma inconstitucionalidade, o que é inviável, como acima demonstrado.**

Impende ressaltar, outrossim, que se mostra impertinente a questão suscitada no acórdão recorrido, acerca da eventual impossibilidade de, uma

vez reconhecida a inconstitucionalidade dos provimentos originais dos recorrentes nos cargos de Escrevente, reenquadrá-los para os cargos de Oficial de Justiça.

Com efeito, **além do fato de que essa questão não se encontra nos limites da controvérsia**, porquanto sequer foi suscitada pela própria autoridade impetrada em suas Informações (fls. 170/176e) – **que se limitou a suscitar a aplicação da chamada 'teoria do fato consumado'**, diante do tempo transcorrido entre a nomeação dos recorrentes e o reenquadramento para os cargos de Oficial de Justiça –, verifica-se que ela efetivamente já havia sido ultrapassada pela própria Administração no momento em que, após o devido processo administrativo, deferiu o pedido de reenquadramento dos servidores.

Em outras palavras, **não se discute nos autos o mérito dos atos administrativos que promoveram o reenquadramento dos servidores para os cargos de Oficial de Justiça, mas tão simplesmente se poderiam ser eles posteriormente revogados pela Administração, com fundamento no princípio da segurança jurídica e do chamada 'teoria do fato consumado'**.

Destarte, qualquer consideração sobre esse tema importaria em um indevido julgamento **extra petita**. Nesse sentido, **mutatis mutandis**:

'PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CAUSA PETENDI. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. DECISÃO EXTRA PETITA. ERROR IN PROCEDENDO. ANULAÇÃO. RETORNO DOS AUTOS À CORTE DE ORIGEM.

1. A prova do direito líquido e certo exigível como condição de procedibilidade pelo rito sumário do **writ** pertine aos fatos indicados na inicial pelo autor.

2. Consectariamente, não é lícito ao Tribunal **a quo**, a pretexto de imputar o abuso de autoridade a ato outro que não o indicado pelo autor, porquanto a isso equivale alterar **ex officio** a causa **petendi**, em afronta ao princípio da congruência consubstanciado na máxima **ne procedat iudex extra vel extra petita partium**.

3. O julgamento **extra petita** viola a regra que adstringe o juiz a julgar a lide nos limites das questões suscitadas sendo-lhe defeso alterá-las.

4. Nesse sentido, dispõem os arts. 128 e 460, do CPC, **verbis**: 'Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.'; 'Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado'.

5. O **error in procedendo** implica a cassação da decisão para que outra seja proferida imune de vícios, restando lícito ao Tribunal **a quo**

extinguir o **mandamus** com resolução de mérito ou sem apreciá-lo por outra ótica, mas sempre adstrito ao ato apontado como ilegal pelo impetrante.

6. Recurso provido para que o Tribunal *a quo* julgue o mandamus' (STJ, RMS 18.655/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJU de 16/08/2007).

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, **conheço** do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança para **reformular** o acórdão recorrido e, dessa forma, **conceder a segurança** pleiteada pelos recorrentes. Custas **ex lege**. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos da Súmula 105/STJ" (fls. 347/356e).

Nas razões do Agravo Regimental, sustenta o ESTADO DA PARAÍBA, de início, a inconstitucionalidade das Portarias 2.509/2006 e 2.949/2006, que haviam **retificado** o ato de provimento original dos agravados, reenquadrando-os no cargo de Oficial de Justiça, nos seguintes termos:

"II – RAZÕES DE REFORMA DA DECISÃO ORA AGRAVADA

Preliminarmente, deve-se ressaltar a inconstitucionalidade das Portarias GAPRE nºs 2949/2006 e 2509/2006 (f. 39 e 47), respectivamente.

Registre-se, a princípio, que malgrado o Presidente do Tribunal de Justiça tenha determinado a suspensão dos efeitos dos mencionados atos normativos, considerando que tal comando se deu na esfera administrativa, estando, portanto, sujeito a posterior revogação, faz-se premente, ante a manifesta inconstitucionalidade do seu conteúdo, que as suas nulidades sejam declaradas na seara judicial.

Sobre a suscitada inconstitucionalidade, registre-se o ensinamento do processualista civil, Humberto Theodoro Júnior:

(...)

Ora, Excelência, como manter incólume ato administrativo que nomeia em cargo público candidato aprovado em concurso realizado nos idos anos de 1992, ou seja, após expirado o prazo de validade do certame.

A Carta da República é muito clara quando no inciso III, art. 37, textualiza que: 'o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável, uma vez, por igual período'.

No caso, conforme comprovado documentalmente nos autos (f. 98), os recorrentes/impetrantes foram aprovados para o cargo de Oficial de Justiça, através de concurso público de provas e títulos realizado pelo Tribunal de Justiça no ano de 1992.

Constam dos autos, também, que os atos de nomeação dos impetrantes para os respectivos cargos somente se efetivaram no ano

de 2006, por meio das Portarias GAPRE nºs 2949/2006 e 2509/2006, ou seja, passados aproximadamente quinze anos das suas aprovações no respectivo certame, numa violação expressa ao citado inciso III, art. 37, da Carta da República.

Nesse sentido, a lição do constitucionalista José Afonso da Silva:

(...)

Vê-se, assim, que, que são nulos os atos de nomeação dos ora agravados para cargo o cargo de Oficial de Justiça, restando acertada, assim, a decisão do Presidente do Tribunal de Justiça quando declarou as suas nulidades.

É patente, Excelência, a inconstitucionalidade das nomeações dos impetrantes nos cargos de Oficial de Justiça, cujo provimento também se materializou pela via derivada, ou seja, sem a prévia aprovação em concurso público válido – já que concurso caduco é o mesmo que concurso inexistente, de maneira que tais atos normativos também estão a violar, na espécie, o inciso II, do art. 37 da Carta Magna.

Ademais, as nomeações dos impetrantes nos cargos de Oficial de Justiça não podem ser convalidadas, até porque ao se inscreverem no edital publicado pelo Tribunal de Justiça (f. 16 e 17), optando por uma das vagas de Escrevente (Técnico Judiciário) então ofertadas, os agravados renunciaram de forma expressa e irrevogável aos respectivos cargos de Oficial de Justiça, ainda durante a validade do concurso público no qual foram aprovados.

Pontue-se que a renúncia ao cargo de Oficial de Justiça é tão flagrante que os próprios impetrantes afirmam na Inicial que outros candidatos que se encontravam em posição inferior às suas na lista dos aprovados foram regularmente chamados e empossados durante a validade do certame. Questiona-se, então, por que não impugnaram a época? Ora, a resposta é simples: porque não podiam mais fazê-lo. **Ao se inscreverem para umas das vagas de Escrevente oferecidas pelo Tribunal de Justiça, abdicaram definitivamente do concurso no qual foram aprovados, não havendo irregularidade alguma na convocação dos próximos classificados na lista.**

Tal fato, Excelência, só vem ratificar a renúncia ao cargo de Oficial de Justiça durante a validade do concurso.

Assim, expirado o prazo de validade do certame, a então expectativa de direito de os agravados virem a ser nomeados nos cargos de Oficial de Justiça se dissipou por completo.

Não há que se falar, ainda, em infringência aos institutos do ato jurídico perfeito e do direito adquirido (CF, inciso XXXIV, art. 5º), porquanto, diferentemente do sustentado pelos agravados, as Portarias que os nomearam nos cargos de Oficial de Justiça, conforme visto, foram editadas

Superior Tribunal de Justiça

em completa desconformidade com dispositivos expressos na Constituição Federal" (fls. 366/370e).

O agravante invoca, ainda, a necessidade de aplicação do princípio da estabilidade das relações jurídicas ou da segurança jurídica, na forma do art. 54 da Lei 9.784/99. Senão vejamos:

"(...) No caso concreto, devemos invocar, ainda, como embasamento para a manutenção dos recorrentes nos cargos de Escrevente, os princípios da proteção e da confiança, que assim como o da estabilidade das relações jurídicas ou da segurança jurídica, estão, de forma expressa, contidos no art. 54 da Lei nº 9.784/99, segundo o qual 'O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.' De fato, no caso em análise, o poder de autotutela da autoridade reputada coatora (Presidente do Tribunal de Justiça), restou limitado, já que transcorreram aproximadamente quinze anos dos atos de nomeação dos agravados nos cargos de Escrevente, e inexistem nos autos elementos que comprovem que os mesmos tenham, na época, se utilizado de qualquer má-fé quando da investidura e posse nos referidos cargos, não sendo lícito, portanto, que decorrido tanto tempo, venha a Administração tolher-lhes os efeitos favoráveis de tais medidas.

Sobre a proteção a confiança, realce-se a lição de José dos Santos Carvalho Filho, para quem tal princípio consiste no '(...) sentimento do indivíduo em relação a atos, inclusive e principalmente do Estado, dotados de presunção de legitimidade e com aparência de legalidade.' (grifo nosso). O ponto de vista ora defendido encontra fundamento, inclusive, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se vê no aresto abaixo colacionado:

(...)

A propósito, a posição deste Superior Tribunal de Justiça em caso análogo ao decidido pela autoridade reputada coatora:

(...)

Portanto, o que padece de inconstitucionalidade, no caso, são as Portarias GAPRE nºs 2949/2006 e 2509/2006, que nomearam os recorridos/impetrantes, Damião Cacimiro de Oliveira e Francisca Francy de Medeiros Martins, respectivamente, nos cargos de Oficial de Justiça do Poder Judiciário do Estado, cujos efeitos, conforme exaustivamente explicitado, jamais poderão ser convalidados na espécie.

Assim, vê-se que a decisão agravada merece ser reformada, pois permite a

Superior Tribunal de Justiça

assunção de cargo público por indivíduos não aprovados em um concurso público válido e após mais de 15 (quinze) anos dos recorridos terem renunciado a nomeação no Cargo de Oficial de Justiça, após terem optado pela nomeação em outro cargo público" (fls. 370/375e).

Requer, por fim:

"(...) o provimento deste agravo para que V. Exa. reconsidere a r. decisão agravada, ou, na eventual hipótese de manutenção da mesma, requer a submissão do feito à apreciação da Turma, para que ao final seja conhecido e provido os pedidos do presente Agravo, para se manter o acórdão do Tribunal de Justiça da Paraíba que denegou a segurança, entendendo como válido o ato impugnado, que anulou, dentro do prazo decadencial, e no exercício da autotutela administrativa, a nomeação dos Impetrantes nos cargos de Oficial de Justiça, muito tempo após ter se expirado a validade do concurso, bem como depois dos impetrantes renunciarem a expectativa de nomeação ao cargo de Oficial de Justiça" (fl. 375e).

A fls. 378/380e, tendo em vista a natureza mandamental da decisão agravada, em 05/11/2014, requereram os agravados que seja determinado ao Tribunal de origem:

"(...) O CUMPRIMENTO IMEDIATO DA DECISÃO JUDICIAL do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, oficiando-se **com urgência** para fins de cumprimento da decisão judicial, reconduzindo os impetrantes para a função originária (Oficial de Justiça) no prazo de 24 (vinte e quatro) horas" (fl. 380e).

Posteriormente, na petição de fls. 391/392e, o ESTADO DA PARAÍBA reitera a pretensão deduzida no Agravo Regimental, fazendo remissão à Súmula Vinculante 43/STF ("É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido").

A parte ora agravada apresentou impugnação ao recurso, a fls. 409/422e, em 15/04/2016, na qual aduz a impossibilidade de discussão acerca da validade das Portarias 2.509/2006 e 2.949/2006; o equívoco do agravante em referir-se às mencionadas portarias como atos de nomeação dos impetrantes, porquanto os seus conteúdos apenas se constituem em retificação de erro, anteriormente cometido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, nos provimentos originários; e a inconstitucionalidade das Portarias GAPRE 735/2009 e 36/2009, que restabeleceram o exercício dos agravados em cargo diverso daquele para o qual foram aprovados em concurso público.

É o relatório.

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 33.821 - PB
(2011/0034867-0)**

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : ESTADO DA PARAÍBA
PROCURADOR : CAMILA AMBLARD E OUTRO(S)
AGRAVADO : DAMIÃO CACIMIRO DE OLIVEIRA E OUTRO
ADVOGADOS : MARIA CRISTINA DE FILIPPO GANGANA - DF021981
TEODORO PINTO NETO E OUTRO(S) - DF023486

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. NOMEAÇÃO DOS IMPETRANTES, ORA AGRAVADOS, PARA CARGO DIVERSO DAQUELES PARA OS QUAIS FORAM APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. ILEGALIDADE SANADA ADMINISTRATIVAMENTE. POSTERIOR ANULAÇÃO DAS PORTARIAS RETIFICADORAS QUE HAVIAM DETERMINADO O CORRETO ENQUADRAMENTO FUNCIONAL DOS IMPETRANTES, ORA AGRAVADOS, RESTABELECENDO O INDEVIDO ENQUADRAMENTO ORIGINAL. SÚMULA VINCULANTE 43/STF. FLAGRANTE INCONSTITUCIONALIDADE. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. SEGURANÇA CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Agravo Regimental interposto contra decisão monocrática publicada na vigência do CPC/73.

II. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, consubstanciado nas Portarias 735/2009 e 736/2009, que, aos fundamentos de decadência administrativa e de fato consumado, revogaram as Portarias 2.509/2006 e 2.949/2006, determinando o retorno dos servidores ao cargo de Técnico Judiciário/Escrevente.

III. As anteriores Portarias 2.509/2006 e 2.949/2006, em virtude da constatação da inconstitucional nomeação dos impetrantes, ora agravados, para o cargo de Técnico Judiciário/Escrevente, tinham retificado os seus atos de nomeação originários, enquadrando-os no cargo de Oficial de Justiça, para o qual foram efetivamente aprovados em concurso público.

IV. Nos termos da Súmula Vinculante 43, "é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido".

V. Em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o STJ firmou a compreensão no sentido de que situações flagrantemente inconstitucionais – como a nomeação de candidato para cargo público efetivo diverso daquele para o qual fora aprovado em concurso público – não podem e não devem ser superadas pelo eventual reconhecimento da prescrição ou decadência, sob pena de subversão das determinações

insertas na Constituição Federal. Precedentes: STF, MS 28.279/DF, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJe de 28/04/2010; MS 28.273/DF, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe de 21/02/2013; MS 29.025/DF, Rel. p/ acórdão Ministro ALEXANDRE DE MORAES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 14/04/2021; STJ, REsp 1.293.378/RN, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 05/03/2013; REsp 1.394.036/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/02/2015; AgInt no RMS 55.499/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/10/2019.

VI. Ora, se à Administração não é aplicável a decadência administrativa de que trata o artigo 54 da Lei 9.784/99, em situações flagrantemente inconstitucionais, como é o caso da nomeação de servidores sem concurso público para determinado cargo, não há que se falar também em aplicação da teoria do fato consumado a situações que podem ser por ela revistas.

VII. As nomeações dos impetrantes em cargo diverso, do que foram aprovados em concurso público, deram-se diante de requerimentos por eles formulados, os quais atenderam, na verdade, a Edital publicado pela Presidência do Tribunal de Justiça da Paraíba, oportunizando o preenchimento de duas vagas de Técnico Judiciário/Escrevente, circunstância da qual não se pode inferir manifestação de renúncia pelos impetrantes ao cargo de Oficial de Justiça, para o qual tinham sido efetivamente aprovados, ou ainda qualquer provocação deliberada deles à elaboração de atos manifestamente inconstitucionais.

VIII. Mesmo com a opção formulada pelos agravados, por força do disposto nos arts. 5º, II, e 37, **caput**, da Constituição Federal, à Administração, cabia zelar pela legalidade de sua atuação, extraíndo da lei o fundamento jurídico para validade dos atos administrativos de nomeação dos impetrantes, em especial pela observância do art. 37, II, da Constituição Federal.

IX. As Portarias 2.509/2006 e 2.949/2006 – que retificaram os atos de nomeação dos impetrantes, do cargo de Escrevente para Oficial de Justiça, para o qual tinham sido aprovados em concurso público – não se constituem em atos de provimento derivado, mas em mera retificação de atos administrativos anteriores. **In casu**, os atos de nomeação, de provimento originário, deram-se em 1994 e 1995, e, ainda que de maneira errônea, dentro do prazo de validade do certame.

X. O princípio da confiança está relacionado à ideia de manutenção de determinados atos administrativos que, conquanto eivados de vícios, em face do decurso do tempo, geram no administrado uma expectativa legítima de continuidade e de estabilidade.

XI. De fato, a confiança a ser protegida é aquela decorrente do dever da Administração de fazer cumprir as regras por ela estabelecidas por ocasião do concurso público, no sentido de que os ora agravados, uma vez aprovados no certame, fazem jus à nomeação e posse no cargo público para o qual concorreram, na forma do art. 37, I e II, da Constituição Federal, seja na redação original, seja naquela dada pela Emenda Constitucional 19/98, até porque outros candidatos, em posições inferiores as dos agravados, foram nomeados no prazo de validade do certame.

Superior Tribunal de Justiça

XII. Segurança concedida para anular as Portarias 735/2009 e 736/2009, em face da impropriedade de sua motivação, e, dessa forma, restabelecer os efeitos das Portarias 2.509/2006 e 2.949/2006, que, ao retificarem os atos de nomeação dos impetrantes, asseguraram-lhes o direito ao reenquadramento no cargo de Oficial de Justiça, do Quadro de Pessoal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, para o qual foram aprovados em concurso público.

XIII. Das manifestações administrativas, percebe-se que a retroatividade dos atos de retificação à data da nomeação dos impetrantes se restringiu apenas à denominação do cargo por eles ocupados, de Escrevente para Oficial de Justiça, até porque outros efeitos não poderiam deles decorrer, eis que esses atos não autorizam qualquer pagamento de remuneração correspondente a Oficial de Justiça, no período anterior às Portarias 2.509/2006 e 2.949/2006, uma vez que a retribuição pecuniária exige a contrapartida da prestação do serviço. Precedentes: STJ, AgRg no REsp 1.371.234/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/09/2013; AgRg nos EDcl nos EDcl no RMS 30.054/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 01/03/2013.

XIV. Agravo Regimental improvido.

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Consoante assinalado, é incontroverso que os agravados, malgrado aprovados, em 1992, em concurso público para o cargo de **Oficial de Justiça**, do quadro de pessoal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, foram nomeados e tomaram posse em **cargo diverso**, a saber, de Técnico Judiciário/Escrevente.

Em 17/11/1994, enquanto os impetrantes aguardavam na lista de espera para nomeação, o Tribunal de origem publicou edital, tornando público que se encontravam vagos dois cargos de Escrevente na Comarca de Pombal, de 2ª Entrância, e convocando eventuais candidatos, a essas vagas, da seguinte maneira:

"(...) POR OPORTUNO, ESCLAREÇO QUE, EM RAZÃO DE INEXISTIR NAQUELA UNIDADE JUDICIÁRIA, PRETENDENTES APROVADOS NO ÚLTIMO CONCURSO PARA A SELEÇÃO DA CATEGORIA ACIMA REFERIDA, A VAGA ANUNCIADA SERÁ PREENCHIDA POR REMOÇÃO DE COMARCAS DE IGUAL ENTRÂNCIA, OU **POR NOMEAÇÃO DE CONCORRENTES APROVADOS QUE TENHAM SIDO SELECIONADOS PARA FUNCIONAR EM OUTRAS SEDES, DESDE QUE FORMALIZEM REQUERIMENTO À PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, NO PRAZO DE 10 (DEZ) DIAS A PARTIR DAÍ PUBLICAÇÃO DESTE EDITAL, APROVEITADOS OS CONCORRENTES DE MELHOR CLASSIFICAÇÃO NO CERTAME" (fl. 17e).

Em face dessa convocação, os impetrantes formalizaram pedido de nomeação para as mencionadas vagas (fls. 18/19e) – não obstante no requerimento de DAMIÃO tenha sido consignada a sua aprovação para o cargo de Oficial de Justiça –.

Sendo assim, **diante da oportunidade oferecida pela Administração, não se pode inferir, diversamente do defendido pelo agravante, que houve renúncia ao cargo de Oficial de Justiça**, para o qual tinham sido aprovados, ou ainda que tenham pedido deliberadamente a nomeação para o cargo de Escrevente, sem qualquer provocação.

O TJPB – mesmo diante da diversidade dos cargos –, com fundamento em parecer da Comissão Permanente de Pessoal – CODEPE, nomeou os impetrantes – aprovados em concurso público para Oficial de Justiça – para os cargos de Escrevente, em 1994 (DAMIÃO, Portaria 831/94, fl. 35e) e 1995 (FRANCISCA, Portaria 416/95, fl. 99e).

Anote-se, por oportuno, que, mesmo com a opção formulada pelos agravados, por força do disposto nos arts. 5º, II, e 37, **caput**, da Constituição Federal, à Administração, cabia zelar pela legalidade de sua atuação, extraindo da lei o fundamento

jurídico para validade dos atos administrativos, em especial pela observância do art. 37, II, da Constituição Federal.

No tema, o STJ tem proclamado o entendimento de que "está a Administração adstrita, por imperativo Constitucional - art. 37, **caput** -, à legalidade estrita, não podendo dar interpretação extensiva ou restritiva, se a norma assim não dispôs, porquanto essa é a aresta de sua atuação, não podendo atuar aquém ou além dessa divisa" (STJ, REsp 1.473.150/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 09/12/2015).

Acresça-se, ainda, à título de ilustração, que a Consultoria Administrativa do TJPB, em momento posterior, revisando os atos de nomeação dos impetrantes, destacou a "demonstração do **descontrole** da Administração para com os servidores, porque não se atentou para essa teratológica situação" (fl. 44e).

Entretanto, em 03/08/2005, FRANCISCA FRANCY DE MEDEIROS MARTINS requereu, ao Presidente do TJPB, a **retificação** da "Portaria 416/1995 e seja publicada uma outra Portaria, com efeito retroativo, para que esta servidora passe a exercer o cargo de Oficiala de Justiça, para o qual prestou Concurso" (fl. 37e).

Consta, a fls. 108/109e, que a Consultoria Administrativa do TJPB se manifestou no sentido de que, "**como o pedido é para corrigir a sua Portaria, não há óbice ao atendimento do pleito, considerando sobretudo que o ato administrativo infringiu a Lei, posto que a servidora não poderia ter sido nomeada para o cargo diferente daquele em que foi concursada por vedação constitucional**".

A CODEPE, no entanto, em 18/11/2005, opinou pelo deferimento parcial do pedido, "para que seja retificado o ato de nomeação, com efeito retroativo à data da publicação do anterior, tão logo surja vaga de Oficial de Justiça Avaliador na Comarca respectiva" (fl. 111e), o que foi acolhido pelo Vice-Presidente do Tribunal local, no exercício da Presidência, em 21/11/2005 (fl. 112e).

Assim, em 29/08/2006, a Presidência do TJPB publicou a **Portaria 2.509**, de 21/08/2006, assim concebida:

"PORTARIA 2.509/2006

O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, no uso de suas atribuições e tendo em vista o que consta do Processo Administrativo nº 180.077-9, resolve:

retificar o ato de provimento da servidora FRANCISCA FRANCY DE MEDEIROS MARTINS, matrícula 470.790-7, nomeando-a para exercer o cargo de Oficial de Justiça Avaliador, símbolo PJ-SAJ-102, com efeito retroativo a 27 de maio de 1995" (fl. 125e).

Em face do aludido deferimento, DAMIÃO CACIMIRO DE OLIVEIRA, por se encontrar em idêntica situação, apresentou, em 11/08/2006, pedido, "com base na decisão prolatada no Processo Administrativo 180.077-9, para que seja **retificada** a Portaria nº 831/1994 e consequentemente seja publicada nova Portaria nomeando o

requerente para exercer o Cargo de Oficial de Justiça Avaliador, com efeito retroativo e lotação na Comarca de Campina Grande, onde o servidor está lotado atualmente, sem prejuízos de qualquer ordem" (fl. 26e).

Manifestando-se em face desse novel pedido, a Consultoria Administrativa do TJPB assim deduziu, **in verbis**:

"(...) Pois bem, é estranho que o Sr. DAMIÃO CACIMIRO DE OLIVEIRA, após 11 (onze) anos de serviços como escrevente, venha reivindicar correção de portaria de sua nomeação para esse cargo publico, porque somente agora descobriu que está ocupando e exercendo atribuição de um cargo para qual nunca prestou concurso. Eis ai um fato inusitado e merecedor de registro nos anais deste Poder.

O que mais chama atenção é o fato do servidor identificar-se como aprovado no concurso para o cargo de Oficial de Justiça, ter sido nomeado e tomado posse no cargo de escrevente, trabalhando todos esses anos como escrevente e nunca ter percebido essa esdrúxula situação, máxima quando teve reflexos patrimoniais.

Ao que tudo indica o servidor não sabia o fato o que representava uma ou outra função. Daí se vê a necessidade de curso de reciclagem e atualização dos servidores do Poder Judiciário.

De mais a mais, esse fato afigura-se uma demonstração de descontrole da Administração para com os servidores porque não se atentou para essa teratológica situação.

No entanto, como o pedido é para corrigir a Portaria de nomeação, não há óbice atendimento do pleito, sobretudo, que o ato administrativo é viciado, posto que o servidor não poderia ter sido nomeado para cargo diferente daquele que prestou concurso.

A Súmula nº. 473 do STF reza o seguinte: 'é facultado à Administração Pública, constatado erro ou ilegalidade do ato, revê-lo por seus próprios meios não se exigindo formalidades especiais, podendo ser exercido de ofício'.

(...)

Ficou provado à fl. 05 que o servidor foi aprovado para o cargo de Oficial de Justiça. Contudo, a sua Portaria (fl. 11) dá conta que o servidor foi nomeado como Escrevente, hoje denominado Técnico Judiciário.

Isto posto, considerando a informação prestada pela COSEJU (PA no 180.077-9), o disposto no art. 112 do RATJ e a súmula 473 do STF, que permite rever os atos da administração eivados de vício opino pelo deferimento do pedido, ou seja, no sentido de que seja tornada sem efeito a Portaria nº 831, e efetuado novo ato de nomeação, do servidor DAMIÃO CACIMIRO DE OLIVEIRA, agora no cargo de Oficial de Justiça, com efeito retroativo a 02.01.1995" (fls. 43/44e).

A CODEPE, então, opinou pelo deferimento do pedido de DAMIÃO (fl. 46e), o que restou acolhido pelo Presidente do TJPB, em 09/10/2006 (fl. 47e). Em seguida, em 18/10/2006, a Presidência do TJPB publicou a **Portaria 2.949**, de 16/10/2006, assim concebida:

"PORTARIA 2.949/2006

O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, no uso de suas atribuições e tendo em vista o que consta do Processo Administrativo nº 207.264-5, resolve:

retificar o ato de provimento do servidor DAMIÃO CACIMIRO DE OLIVEIRA, matrícula 470.722-2, nomeando-o para exercer o cargo de Oficial de Justiça Avaliador, símbolo PJ-SAJ-102, com efeito retroativo a 28 de dezembro de 1994" (fl. 48e).

Do que se pode depreender, portanto, as Portarias 2.509/2006 e 2.949/2006 não se constituem em atos de provimento derivado (restritos a promoção, readaptação, reversão, aproveitamento, reintegração e recondução), mas em mera **retificação** de atos administrativos anteriores. **In casu**, os atos de nomeação, de provimento originário, deram-se em 1994 e 1995, **de maneira errônea**, como visto, ainda dentro do prazo de validade do certame.

Vale destacar que o ora agravante, em suas razões de Agravo Regimental, apontou, especificamente, que "outros candidatos que se encontravam em **posição inferior** às suas na lista de aprovados **foram regularmente chamados e empossados durante a validade do certame**" (fl. 369e), o que revela que, não fosse todos esses procedimentos de nomeação para cargo diverso, tomados erroneamente pela Administração, os impetrantes teriam sido chamados para o cargo para o qual tinham sido aprovados no concurso público de 1992.

Ocorre que, em 12/08/2008, a Consultoria Administrativa da Presidência do TJPB, examinando a situação de alguns servidores, entendeu por **revisar** os atos administrativos dos ora agravados (fls. 52/53e), o que ensejou a instauração de procedimento administrativo.

Após manifestação de DAMIÃO, a referida Consultoria assim opinou:

"(...) No que tange a questão da modificação do cargo do servidor para Técnico Judiciário - Execução de Mandados, após ter exercido por mais de 10 (dez) anos o cargo de Escrevente, há que se fazer algumas considerações.

Denota-se dos autos, que **o servidor prestou Concurso Público para o provimento do Cargo de Oficial de Justiça, atualmente designado como Técnico Judiciário - Execução de Mandados, porém tomou posse, bem como exerceu por período superior há mais de 10 (dez) anos o cargo de Escrevente.**

Apesar do vício de legalidade contido na Portaria que nomeou o requerente para o exercício de cargo diverso do qual prestou concurso público, a Administração terá que manter a referida Portaria, em razão do decurso de tempo e da produção dos efeitos.

Ora, a Portaria nº 831, foi publicada em dezembro de 1994, de sorte que as consequências jurídicas deste ato geraram uma consolidação fática que a manutenção do ato atenderá mais ao interesse público do que a invalidação, prevalecendo o princípio do interesse público sobre o da legalidade estrita.

De outra banda, há que se ressaltar que o prazo já decaiu, posto que o direito da Administração anular os atos inquinados de vício de legalidade decai em 5 (cinco) anos, com fulcro no art. 54 da Lei 9.874/99, que assim dispõe:

(...)

Dessa forma, como já se passaram mais de 10 (dez) anos da publicação da referida Portaria, vê-se que o direito para retificá-la já decaiu, não se podendo mais alterar a situação fática por ela declarada.

Assim, com base na 'teoria do fato consumado', percebe-se que é melhor convalidar o ato do que suprimi-lo da ordem jurídica, posto que ofenderia o princípio da estabilidade da segurança jurídica.

(...)

Por outro lado, conforme se vê na petição à f. 04 constante dos autos em apenso, foi o próprio servidor que requereu a esta Egrégia Corte a sua nomeação para o Cargo de Escrevente, não sendo lícito após 10 (dez) anos da publicação da Portaria, pleitear pela sua retificação, pois se estaria valendo da sua própria torpeza.

Dessa forma, mantenho o parecer exarado à f. 27/29, opinando pelo indeferimento do pedido de retificação da Portaria nº 834/1994, para manter o servidor no Cargo de Escrevente, ora denominado de Técnico Judiciário" (fls. 70/72e).

Tendo a CODEPE se manifestado pela nulidade das Portarias que retificaram os atos de nomeação dos impetrantes, a Presidência do TJPB acolheu a manifestação do órgão interno e determinou a publicação das **Portarias 735, de 10/03/2009, e 736, de 10/03/2009**, ambas em 12/03/2009 (fl. 78e), **as quais foram impugnadas neste mandamus.**

Ora, de toda a narrativa e da **motivação** do ato ora impugnado, percebe-se que a ilegalidade perpetrada pela nomeação em cargo diverso foi administrativamente sanada pelas Portarias 2.509/2006 e 2.949/2006, por meio das quais a Presidência do Tribunal de origem determinou o **reenquadramento** dos agravados, no cargo de Oficial de Justiça, para o qual tinham sido aprovados em concurso público.

Nesse diapasão, ao contrário do que assevera o agravante, não há se falar

em **inconstitucionalidade** das Portarias 2.509/2006 e 2.949/2006, haja vista que, em conformidade com a Súmula 473/STF, tem a Administração o poder-dever de rever e anular seus próprios atos, quando eivados de ilegalidade.

Acrescente-se, por sua vez, que, diversamente também do deduzido pela Administração e destacado no acórdão ora recorrido, as Portarias 2.509/2006 e 2.949/2006 **não estavam limitadas pela decadência administrativa**, uma vez que o referido instituto **não se aplica aos atos manifestamente inconstitucionais**, como aqueles que haviam nomeado os agravados para cargos públicos diversos dos quais foram aprovados em concurso público, na forma da Súmula 685/STF, recentemente reiterada pela Súmula Vinculante 43/STF, **in verbis**:

"É **inconstitucional** toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, **sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento**, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido".

Nesse sentido, para se evitar tautologia, transcrevo os fundamentos expendidos na decisão agravada, **in verbis**:

"Com efeito, é firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como desta Corte, no sentido de que **o desrespeito ao princípio do concurso público, previsto no art. 37, II, da Constituição Federal, por se tratar de uma flagrante inconstitucionalidade, não pode ser consolidado pelo decurso do tempo, hipótese em que se torna impertinente debater a eventual existência, ou não, de má-fé por parte dos gestores públicos que praticaram tais atos inconstitucionais.**

Por oportuno, confira-se o voto proferido pelo Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, nos REsp 1.293.378/RN, que bem esclarece a questão:

'2. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO DA DEMANDA

A partir do que se extrai do acórdão recorrido, verifica-se que **a preliminar de prescrição acolhida pelo Tribunal de origem se confunde com o próprio mérito da demanda**, uma vez que a eventual conclusão de que o ingresso do servidor recorrido no quadro de servidores da Assembleia Legislativa não foi procedido de aprovação em concurso público teria por consequência a conclusão de tal inconstitucionalidade não poderia ser sanada pelo decurso do tempo.

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se, nos termos do enunciado nº 685 de sua Súmula, no sentido de que **'É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia**

aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido' (AgRg-AI 528.048 AgR, Rel. Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, DJe de 21/3/11). Nesse mesmo sentido, cito o seguinte precedente:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DA RESOLUÇÃO N. 825/2002, DA ASSEMBLEIA DO ESTADO DE SÃO PAULO: AFRONTA AO ART. 37, INC. II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Preliminar de falta de interesse de agir por ausência de impugnação das Leis Complementares paulistas ns. 865 e 881/2000: objeto diverso daquele contida na Resolução. Preliminar afastada.

2. Possibilidade de impugnação de Resolução por meio de ação direta de inconstitucionalidade, nos casos em que por meio dela se formalize ato normativo e autônomo.

3. Inconstitucionalidade formal não configurada. Arts. 51, inc. IV, e 52, inc. XIII, da Constituição da República: competência das Casas Legislativas para dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços.

4. Inconstitucionalidade material configurada: art. 37, inc. II, da Constituição brasileira; afronta à regra constitucional da prévia aprovação em concurso público. Forma de provimento derivado de cargo público abolida e vedada pela Constituição da República.

5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 3.342, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe 28/5/09)

Também a jurisprudência desta Corte alinha-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. Confirmam-se os seguintes precedentes:

ASSISTÊNCIA SIMPLES. PEDIDO. APELAÇÃO. JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO. RENOVAÇÃO. INSTÂNCIA SUPERIOR. POSSIBILIDADE. ARTS. 50 E 463 DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASCENSÃO E PROGRESSÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO. NULIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ART. 54. LEI Nº 9.784/99. INAPLICABILIDADE.

II- Esta e. Corte, respaldada na jurisprudência do **Pretório Excelso**, firmou o entendimento no sentido de que, após o advento da Constituição Federal de 1988, restaram expungidas do ordenamento jurídico brasileiro quaisquer formas de ingresso, sem concurso público, em cargo público efetivo diverso daquele para o qual ingressou o servidor, não se admitindo a invocação de pretensão direito adquirido contra a própria Constituição Federal.

III- Antes do advento do art. 54 da Lei nº 9.784/99, que não se aplica às situações ocorridas antes da sua entrada em vigor, conforme orientação assentada nos MS nº 9.112/DF e MS nº 9.115/DF, esta e. Corte entendia que a Administração poderia revogar a qualquer tempo os seus próprios atos, quando eivados de vícios, razão pela qual descabe invocar a prescrição quinquenal do art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

.....
Não conhecido o recurso da Escola Técnica Federal de Pelotas, por ausência de legitimidade recursal, e desprovidos os demais recursos especiais. (REsp 498.574/SC, Min. Rel. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ de 1º/8/06)

ADMINISTRATIVO. MAGISTÉRIO PÚBLICO SUPERIOR. PROFESSOR ADJUNTO. APOSENTADORIA. PROVENTOS PROFESSOR TITULAR. CONCURSO. EXIGÊNCIA.

- A concessão de aposentadoria a professor adjunto, com proventos de professor titular, caracteriza a figura da ascensão funcional, vedada constitucionalmente, pelo art. 37, II, da CF, que submete a investidura em cargo público a prévio concurso público de provas ou de provas e títulos.

- Recurso conhecido e provido. (REsp 153.291/PE, Rel. Min. CID FLAQUER SCARTEZZINI, Quinta Turma, DJ de 13/10/98)

Por sua vez, a **Suprema Corte também tem pacificado o entendimento quanto à impossibilidade de se consolidarem no tempo as situações flagrantemente inconstitucionais, como a de descumprimento do mandamento constitucional que determinada a prévia aprovação em concurso público para ingresso em cargos efetivos.**

Nesse sentido, cito o seguinte julgado, *mutatis mutandis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. INGRESSO. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA. ARTIGO 236, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMA AUTO-APLICÁVEL. DECADÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 54 DA LEI 9.784/1999. INAPLICABILIDADE A SITUAÇÕES INCONSTITUCIONAIS. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS

REPUBLICANOS DA IGUALDADE, DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE. SUBSTITUTO EFETIVADO COMO TITULAR DE SERVENTIA APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

.....
5. Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal.
.....

9. Segurança denegada. (MS 28.279/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJe de 28/4/10)".

O mencionado precedente recebeu a seguinte ementa:

'ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. TRANSFERÊNCIA PARA O QUADRO DE PESSOAL DO PODER LEGISLATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO **PARQUET** ESTADUAL OBJETIVANDO A ANULAÇÃO DESSE ATO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RETORNO DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Trata-se, na origem, de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte objetivando a anulação de ato administrativo que importou na 'transferência' do servidor recorrido, sem concurso público, do Quadro de Pessoal do Poder Executivo para o do Poder Legislativo.

2. Hipótese em que a preliminar de prescrição acolhida pelo Tribunal de origem se confunde com o próprio mérito da demanda, uma vez que a eventual conclusão de que o ingresso do servidor recorrido no quadro de servidores da Assembléia Legislativa não foi procedido de aprovação em concurso público teria por consequência a conclusão de tal inconstitucionalidade não poderia ser sanada pelo decurso do tempo.

3. Com efeito, nos termos da Súmula 685/STF, 'É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido'.

4. Por sua vez, situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de cargo público efetivo sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser

superadas pelo eventual reconhecimento da prescrição ou decadência, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal. Precedente: MS 28.279/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJe de 28/4/10.

5. 'O princípio da publicidade impõe a transparência na atividade administrativa exatamente para que os administrados possam conferir se está sendo bem ou mal conduzida' (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, in 'Curso de Direito Administrativo', 25ªed. rev.e atual., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85).

6. Consoante lição de HELY LOPES MEIRELLES (In 'Direito Administrativo Brasileiro', 30ª ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo et al., São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 94-5), 'A publicação que produz efeitos jurídicos é a do órgão oficial da Administração, e não a divulgação pela imprensa particular, pela televisão ou pelo rádio, ainda que em horário oficial. Por órgão oficial entendem-se não só o Diário Oficial das entidades públicas como, também, os jornais contratados para essas publicações oficiais'. Por conseguinte, 'Os atos e contratos administrativos que omitirem ou desatenderem à publicidade necessária não só deixam de produzir seus regulares efeitos como se expõem a invalidação por falta desse requisito de eficácia e moralidade. E sem publicação não fluem os prazos para impugnação administrativa ou anulação judicial, quer o de decadência para impetração de mandado de segurança (120 dias da publicação), quer os de prescrição da ação cabível'.

7. Hipótese em que o 'ato de transferência' do servidor recorrido não foi publicado no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Norte, mas tão somente no "Boletim Oficial da Assembléia Legislativa"; tal situação, somada ao fato de que referido ato não foi levado ao conhecimento da Corte de Contas Estadual, revela a existência de má-fé caracterizada por um sigilo não só ilegal mas também inconstitucional.

8. Recurso especial conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido e, afastando-se a preliminar de prescrição do fundo de direito, determinar o retorno dos autos à Instância de origem para que prossiga no julgamento do feito" (STJ, REsp 1.293.378/RN, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 05/03/2013).

Conclui-se, dessa forma, que ao restabelecerem os provimentos originais dos recorrentes nos cargos de Escrevente, o atos administrativos impugnados no Mandado de Segurança acabaram por ratificar uma inconstitucionalidade, o que é inviável, como acima demonstrado.

Impende ressaltar, outrossim, que se mostra impertinente a questão suscitada no acórdão recorrido, acerca da eventual impossibilidade de, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade dos provimentos originais dos

recorrentes nos cargos de Escrevente, reenquadrá-los para os cargos de Oficial de Justiça.

Com efeito, **além do fato de que essa questão não se encontra nos limites da controvérsia**, porquanto sequer foi suscitada pela própria autoridade impetrada em suas Informações (fls. 170/176e) – **que se limitou a suscitar a aplicação da chamada 'teoria do fato consumado', diante do tempo transcorrido entre a nomeação dos recorrentes e o reenquadramento para os cargos de Oficial de Justiça** –, verifica-se que ela efetivamente já havia sido ultrapassada pela própria Administração no momento em que, após o devido processo administrativo, deferiu o pedido de reenquadramento dos servidores.

Em outras palavras, não se discute nos autos o mérito dos atos administrativos que promoveram o reenquadramento dos servidores para os cargos de Oficial de Justiça, mas tão simplesmente se poderiam ser eles posteriormente revogados pela Administração, com fundamento no princípio da segurança jurídica e do chamada 'teoria do fato consumado'.

(...)" (fls. 347/356e).

Nesse sentido, ainda, outros precedentes do STF e do STJ, afastando, em casos semelhantes, a decadência administrativa de que trata o art. 54 da Lei 9.784/99:

"AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. AFASTAMENTO DE TITULARES DE SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS DA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO SEM CONCURSO PÚBLICO, MEDIANTE DESIGNAÇÃO OCORRIDA APÓS O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. LEGALIDADE. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

I – O Supremo Tribunal Federal sempre se pronunciou no sentido de que, sob a égide da Constituição de 1988, é inconstitucional qualquer forma de provimento dos serviços notariais e de registro que não por concurso público;

II – Não há direito adquirido à efetivação em serventia vaga sob a égide da Constituição de 1988;

III – **O exame da investidura na titularidade de cartório sem concurso público não está sujeito ao prazo previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999, por se tratar de ato manifestamente inconstitucional.**

IV – Agravo regimental a que se nega provimento" (STF, MS 28.273 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe de 21/02/2013).

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. REMOÇÃO DE SERVENTIA SEM CONCURSO PÚBLICO APÓS 1988. DECISÃO DO

CNJ INCLUINDO A SERVENTIA INDEVIDAMENTE OCUPADA NA LISTA DE VACÂNCIAS. DECADÊNCIA AFASTADA. SITUAÇÃO INCONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE DIREITO À DELEGAÇÃO VAGA DECIDIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA AUTÔNOMO. PERDA DO OBJETO. MANDADO DE SEGURANÇA PREJUDICADO.

1. A orientação jurisprudencial desta SUPREMA CORTE firmou-se no sentido de que o prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/99 não alcança situações flagrantemente inconstitucionais, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal. Precedentes.

2. As Serventias envolvidas na controvérsia trazidas nestes autos também foram alvos de discussão no Mandado de Segurança 28.245 (rel. min. MARCO AURÉLIO), de modo que o julgamento definitivo daquele 'writ', por esta CORTE, levou à perda do objeto da presente demanda.

3. O trânsito em julgado do MS 28.245 fez com que se estabilizassem as determinações proferidas pelo CNJ no PCA 200910000001130, consubstanciadas no reconhecimento da irregularidade da remoção e na determinação de retorno do ora impetrante à Serventia de origem.

4. Não há mais se discutir, nestes autos, (i) a situação do 3º Tabelionato de Notas de Maringá, porque não guarda mais nenhuma relação com o ora impetrante, diante do reconhecimento da irregularidade na remoção e consequente retorno à serventia de origem; (ii) a inclusão do Cartório de Ivatuba na lista de Serventias vagas, pois o próprio CNJ já determinou a sua ocupação pelo ora impetrante.

5. Mandado de Segurança prejudicado" (STF, MS 29.025/DF, Rel. p/ acórdão Ministro ALEXANDRE DE MORAES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 14/04/2021).

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROVIMENTO EM CARGO EFETIVO SEM CONCURSO PÚBLICO APÓS 1988. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE RECONHECE A PRESCRIÇÃO, COM APOIO NO ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/1932. INAPLICABILIDADE. FLAGRANTE INCONSTITUCIONALIDADE.

1. A Suprema Corte tem entendimento no sentido de que não é aplicável a decadência administrativa de que trata o artigo 54 da Lei nº 9.784/1999 em situações flagrantemente inconstitucionais, como é o caso da admissão de servidores sem concurso público. Precedentes.

2. É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido. Súmula 685/STF.

3. Hipótese em que o "ato de transferência" de servidores estaduais não foi publicado no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Norte, mas tão

somente no "Boletim Oficial da Assembléia Legislativa"; tal situação, somada ao fato de que referido ato não foi levado ao conhecimento da Corte de Contas Estadual, revela a existência de má-fé caracterizada por um sigilo não só ilegal mas também inconstitucional. Precedente.

4. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.394.036/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/02/2015).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DECADÊNCIA. AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA. ART. 54 DA LEI 9.784/1999. SITUAÇÕES FLAGRANTEMENTE INCONSTITUCIONAIS. NÃO INCIDÊNCIA. CONSULTOR LEGISLATIVO NO ESTADO DO PARANÁ. PROMOÇÃO AO CARGO DE PROCURADOR LEGISLATIVO. INCOMPATIBILIDADE COM A ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988. SÚMULA VINCULANTE 43/STF.

1. **'O disposto no art. 54 da Lei n. 9.784/1999 - norma temporal que impede a Administração de rever atos benéficos aos administrados de boa-fé - não se sobrepõe à proibição constitucional de investidura em cargo efetivo sem prévia aprovação em concurso público, assim prevista no art. 37, inciso II e § 2º, da Carta Republicana'** (AgRg no RMS 43.107/MA, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 21.11.2016).

2. A legislação estadual do Estado do Paraná, sob a vigência da Constituição Federal de 1967, previa o instituto da promoção do cargo de Consultor Legislativo para o cargo de Procurador Legislativo, situação que se tornou incompatível com a ordem constitucional que entrou em vigor em 5.10.1988.

3. Não havendo direito adquirido à mencionada promoção sob a égide da Constituição Federal de 1967, o ingresso no cargo de Procurador Legislativo somente é possível, sob a vigência da Constituição Federal de 1988, mediante concurso público de provimento originário. No mesmo sentido: RMS 47.987/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16/6/2016, DJe de 23/6/2016.

4. Nos termos da Súmula Vinculante 43/STF (antiga Súmula 685/STF), "é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido".

5. Agravo Interno não provido" (STJ, AgInt no RMS 55.499/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/10/2019).

Ora, se à Administração não é aplicável a decadência administrativa de que trata o artigo 54 da Lei 9.784/99, em situações flagrantemente inconstitucionais, como é o caso da nomeação de servidores sem concurso público para determinado cargo, não há que se falar também em aplicação da teoria do fato consumado a situações que podem

ser por ela revistas.

De outro lado, o princípio da confiança está relacionado à ideia de manutenção de determinados atos administrativos que, conquanto eivados de vícios, em face do decurso do tempo, geram no administrado uma expectativa legítima de continuidade e de estabilidade.

Trata-se, dessa forma, de um princípio voltado à proteção de um interesse do próprio administrado, razão pela qual, especialmente diante das particularidades do caso concreto, não pode ser invocado em favor da Administração, como busca o ora agravante.

Com efeito, **in casu**, a confiança a ser protegida é aquela decorrente do dever da Administração de fazer cumprir as regras por ela estabelecidas, por ocasião do concurso público, no sentido de que os ora agravados, **uma vez aprovados no certame**, fariam jus à nomeação e posse no cargo público para o qual concorreram, direito este que decorre das disposições contidas no art. 37, I e II, da Constituição Federal, seja na redação original, seja naquela dada pela Emenda Constitucional 19/98, **in verbis**:

"CF/88 (Redação original)

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;"

CF/88 (Redação dada pela EC 19/98)

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;"

Dessa forma, o respeito ao princípio da confiança apresentou-se satisfeito no momento em que a Administração, reconhecendo a inconstitucionalidade da nomeação original dos agravados, porquanto em cargos diversos daqueles para os quais

foram aprovados em concurso público, promoveu os reenquadramentos funcionais, até porque, como enfatizado, outros candidatos, em posições **inferiores** as dos agravados, foram nomeados no prazo de validade do certame.

Assim, não procede a irresignação do agravante, devendo ser mantida a decisão agravada, concessiva da segurança, que anulou as Portarias 735, de 10/03/2009, e 736, de 10/03/2009, ambas em 12/03/2009, em face da impropriedade da motivação utilizada pela Administração para tanto.

Consequência jurídica da anulação desses atos, pelo Judiciário, é que as Portarias 2.509/2006 e 2.949/2006, que retificaram os atos de nomeação, voltam a produzir seus devidos efeitos, dentro dos limites da legalidade.

Ao que se percebe das manifestações administrativas, acima transcritas (fls. 43/44e e 108/109e), a retroatividade dos atos de retificação à data da nomeação dos impetrantes se restringiu **apenas** à denominação do cargo por eles ocupados, de Escrevente para Oficial de Justiça, até porque outros efeitos não poderiam deles decorrer.

Ressalte-se que os atos de retificação das nomeações dos agravados **não autorizam** qualquer pagamento de remuneração correspondente a Oficial de Justiça, **no período anterior às Portarias 2.509/2006 e 2.949/2006** – eis que já devidamente remunerados pelo exercício do cargo de Escrevente que ocupavam –, uma vez que a retribuição pecuniária exige a contrapartida da prestação do serviço.

Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. SERVIDOR NOMEADO POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO E À AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO POR NOMEAÇÃO TARDIA. INEXISTÊNCIA DE PRETERIÇÃO OU ATO ILEGÍTIMO. IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA **IN TOTUM** DO PEDIDO AUTURAL. NÃO OCORRÊNCIA. ASSEGURADO O DIREITO À NOMEAÇÃO E AFASTADO O DIREITO AOS EFEITOS FINANCEIROS PRETÉRITOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. POSSIBILIDADE.

1. A nomeação tardia em cargo público por força de decisão judicial não gera direito à contrapartida indenizatória, porquanto não caracteriza preterição ou ato ilegítimo da Administração Pública.

2. **O pagamento de remuneração a servidor público e o reconhecimento de efeitos funcionais pressupõem o efetivo exercício do cargo, sob pena de enriquecimento sem causa.**

3. Nos termos da jurisprudência do STJ, a inversão do ônus da sucumbência somente ocorrerá quando, do provimento do recurso especial, decorrer a improcedência in totum dos pedidos do autor, o que não houve no presente caso.

Agravo regimental provido em parte" (STJ, AgRg no REsp 1.371.234/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/09/2013).

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE ANALISTA JUDICIÁRIO. NOMEAÇÃO POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. EFEITO FINANCEIRO RETROATIVO À DATA DA POSSE. IMPOSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO À DATA DO EFETIVO EXERCÍCIO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, acordou não ser devida indenização ao candidato cuja nomeação tardia decorre de decisão judicial (EResp 1.117.974/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. para o acórdão Ministro TEORI ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, j. 21/9/2011, DJe de 19/12/2011).

2. Os candidatos preteridos na ordem de classificação em certame público não fazem jus aos vencimentos referentes ao período compreendido entre a data em que deveriam ter sido nomeados e a efetiva investidura no serviço público, na medida em que a percepção da retribuição pecuniária não prescinde do efetivo exercício do cargo. Precedentes.

3. Apresenta-se inviável a apreciação de ofensa a dispositivo constitucional, ainda que a título de prequestionamento, por ser matéria cuja competência é reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal.

4. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg nos EDcl nos EDcl no RMS 30.054/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 01/03/2013).

Por fim, vale ressaltar que, na forma da jurisprudência desta Corte, "o mandado de segurança tem como característica específica a possibilidade de imediato cumprimento da sentença, que corrige a ilegalidade praticada. Por conseguinte, o impetrante, tão logo proferida a decisão, poderá requerer a expedição de ofício para que a autoridade impetrada cumpra o julgado, independentemente de caução ou de expedição de carta de sentença" (STJ, Rcl 1.827/DF, Rel. p/ Acórdão Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, DJU de 05/02/2007).

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo Regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

**AgRg no RMS 33.821 / PB
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2011/0034867-0

Número de Origem:

20020080191949 352781 99920090003255001

Sessão Virtual de 19/04/2022 a 25/04/2022

Relator do AgRg

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DAMIÃO CACIMIRO DE OLIVEIRA E OUTRO

ADVOGADO : André Figueiredo E OUTRO(S) - PB015385

RECORRIDO : ESTADO DA PARAÍBA

PROCURADOR : CAMILA AMBLARD E OUTRO(S)

ASSUNTO : DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
CONCURSO PÚBLICO / EDITAL

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DA PARAÍBA

PROCURADOR : CAMILA AMBLARD E OUTRO(S)

AGRAVADO : DAMIÃO CACIMIRO DE OLIVEIRA E OUTRO

ADVOGADOS : MARIA CRISTINA DE FILIPPO GANGANA - DF021981

TEODORO PINTO NETO E OUTRO(S) - DF023486

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 19/04/2022 a 25/04/2022, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 26 de abril de 2022