



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 41199 - DF
(2013/0044172-9)**

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR : AREF ASSREUY JÚNIOR E OUTRO(S) - DF006276
AGRAVADO : ROSEANE DE OLIVEIRA MORAES
ADVOGADA : RENATTA LIMA DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - DF019879

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO DE AGENTE PENITENCIÁRIO DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. CANDIDATA QUE PERMANECEU NO CARGO ATÉ APOSENTADORIA, APÓS 15 (QUINZE) ANOS DE EXERCÍCIO NO CARGO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE, EM CASOS ANÁLOGOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Trata-se de Agravo Regimental interposto contra decisão monocrática, publicada na vigência do CPC/73.

II. Candidata que permaneceu no cargo de Agente Penitenciário – por inércia da Administração –, mesmo após o trânsito em julgado da decisão que reconheceu a legitimidade do exame psicotécnico, no qual havia sido reprovada, tendo sido aposentada, após 15 (quinze) anos de efetivo exercício no cargo.

III. Não se desconhece a jurisprudência do STF (Tema 476) e do STJ no sentido de que a Teoria do Fato Consumado não se aplica para resguardar situações precárias, notadamente aquelas obtidas por força de tutela de urgência. Todavia, diante das peculiaridades do presente caso, deve ser levado em consideração o fato de a impetrante, ora recorrida, ter sido aposentada pela Administração, no cargo em que ocupava.

IV. Diante das particularidades do caso, em casos análogos, a Primeira Seção do STJ firmou a compreensão no sentido de que "embora o vínculo de trabalho fosse precário, o vínculo previdenciário, após as contribuições previdenciárias ao regime próprio, consolidou-se com a reunião dos requisitos para a concessão de aposentadoria" (STJ, MS 20.558/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 31/03/2017). No mesmo sentido: STJ, REsp 696.944/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe de 28/08/2017.

V. Registra-se, ainda, os seguintes precedentes desta Corte: STJ, AR 5.362/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 03/02/2017; AgRg no RMS 38.535/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 20/03/2014; RMS 38.699/DF, Rel. p/ acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 05/09/2013.

VI. Na mesma linha, o próprio STF já se manifestou no sentido de que "em regra, não produzem fato consumado a posse e o exercício em cargo público decorrentes de decisão judicial tomada à base de cognição não-exauriente. A marca da excepcionalidade se faz presente no caso concreto, autorizando a distinção (distinguish) quanto ao leading case do Tema 476, devendo, unicamente por essa

razão, ser mantido o aresto recorrido proferido pelo Superior Tribunal de Justiça" (STF, AgRg no RE 740.029/DF, Rel. Ministro ALEXANDRE DE MORAES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/10/2018, trânsito em julgado em 12/12/2018).

VII. Agravo Regimental não provido.

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 14/03/2023 a 20/03/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 20 de março de 2023.

Ministra ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 41.199 - DF
(2013/0044172-9)**

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo DISTRITO FEDERAL – ainda na vigência do CPC/73 –, contra decisão proferida pela Ministra ELIANA CALMON, *in verbis*:

"Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por ROSEANE DE OLIVEIRA MORAES, com base no art. 105, II, 'b', da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios assim ementado *verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. CANDIDATO REPROVADO EM EXAME PSICOTÉCNICO. AGENTE PENITENCIÁRIO. EXERCÍCIO DO CARGO HÁ MAIS DE DEZ ANOS. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. COISA JULGADA. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.

1. A teoria do fato consumado decorre do reconhecimento de uma situação ilegal coberta pelo tempo, não se servindo de fundamento para o mandado de segurança, que exige direito líquido e certo.
2. O alcance do *writ* não se sobrepõe ao princípio constitucional que impõe respeito à coisa julgada, sob pena de desmontar o complexo e bem concebido sistema recursal.
3. Segurança denegada. Maioria. (fls. 288/299)

Sustenta a impetrante ser servidora no cargo de Agente Penitenciário do Distrito Federal desde sua nomeação e posse judicialmente obtida em 1999, possuindo mais de 24 anos de serviço policial, e estando próxima de sua aposentadoria o Tribunal de Justiça negou a confirmação de seu pedido de nomeação.

Argumenta a irrelevância do trânsito em julgado da primeira ação judicial em que discutia a ilegalidade do exame psicotécnico ao qual foi submetido no certame para o referido cargo público, pois nesse sentido, a pretensão não viola, nem ao menos reflexamente, a coisa julgada.

Aduz que o equívoco no laudo do psicotécnico encontra-se em discussão judicial, uma vez ausente o trânsito em julgado do RESP nº 884.581/DF, devendo ser homenageado o princípio da segurança jurídica, da proteção da confiança, da boa-fé, da razoabilidade para a

convalidação do vício da investidura no serviço público no caso em concreto, após 11 anos de serviços ininterruptos como agente penitenciário.

Assevera ter sido atestada a aptidão para o cargo e mais que comprovada pela Polícia Civil do Distrito Federal, que, inclusive, repetiu o exame psicotécnico e foi aprovada.

Contrarrazões às fls. 342/344.

Parecer do MPF pelo não provimento do recurso, fls. 365/369.

DECIDO:

Não se desconhece que a jurisprudência do STJ tem se firmado no sentido de que a teoria do fato consumado não se aplica para resguardar situações precárias, notadamente aquelas obtidas por força de liminar.

Neste sentido, são os precedentes seguintes: AgRg no RMS 37.650/BA, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14/10/2013; AgRg no REsp 734.638/RJ, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira (Des. Convocada do TJ/PE), Sexta Turma, DJe 07/05/2013; AgRg no REsp 1.214.953/MS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 25/03/2013; EDcl no AgRg no REsp 1.251.123/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 14/03/2013; REsp 1.326.690/MS, Rel. Min. Diva Malerbi (Des. Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 13/03/2013; AgRg nos EDcl no REsp 1.331.012/MS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/03/2013; AgRg no AREsp 144.940/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 29/05/2012).

Contudo, tal entendimento vem sendo flexibilizado por esta Corte em casos singulares, como forma de realizar justiça no caso concreto, consoante se extrai dos seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO: CONTINUIDADE NO CERTAME POR FORÇA DE LIMINAR. APROVAÇÃO, POSSE E EXERCÍCIO DESDE 1996. ANULAÇÃO DO ATO DE NOMEAÇÃO. PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO. SITUAÇÃO JURÍDICA CONSOLIDADA - RECONHECIMENTO EXCEPCIONAL - SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Candidato a concurso público, aprovado, nomeado e empossado por força de liminar em mandado de segurança.
2. Com a segurança denegada por sentença transitada em julgado, catorze anos depois da posse e quatro anos do trânsito em julgado, foi tornada sem efeito a nomeação sem processo, defesa ou contraditório.
3. A Primeira Seção, por ocasião do julgamento do Mandado de

Segurança nº 15.470/DF (Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2011, DJe 24/05/2011), em situação análoga, entendeu ser necessário para tornar sem efeito a nomeação, procedimento administrativo assegurando-se ampla defesa e contraditório. Afastada a Teoria do Fato Consumado. Precedentes.

4. Avanço maior da jurisprudência para contemplar, em definitivo, mas de forma excepcionalíssima, a situação fática consolidada.

5. Segurança concedida, para anular o ato administrativo.

(MS 15471/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2013, DJe 02/08/2013)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. **CONCURSO PÚBLICO PARA AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL. REPROVAÇÃO NO TESTE PSICOTÉCNICO. PROSSEGUIMENTO NO CERTAME. DIREITO RECONHECIDO EM OUTRA AÇÃO, COM TRÂNSITO EM JULGADO. ÊXITO EM CURSO DE FORMAÇÃO, POSSE NO CARGO E EFETIVO EXERCÍCIO HÁ MAIS DE 10 ANOS. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. EXCEPCIONALIDADE.** AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS NOVOS CAPAZES DE INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1082014/CE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 18/02/2013)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **CONCURSO PÚBLICO. AUDITORES FISCAIS DO TESOIRO NACIONAL NO EXERCÍCIO DO CARGO HÁ MAIS DE 10 ANOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

1. A orientação desta Corte Superior quanto à não consolidação de situação funcional de Servidor empossado em cargo público, ao abrigo de decisão judicial, não se aplica ao caso em exame, pelas suas peculiaridades fáticas (os beneficiários estão no exercício dos cargos há mais de 10 anos), pois, conforme consta do acórdão recorrido, a situação funcional restou definitivamente consolidada pelo decurso do tempo.

2. Há de ser respeitado, em caso assim, o direito dos Servidores, a fim de atingir o equilíbrio entre os princípios da legalidade e da igualdade, o da segurança jurídica e da estabilidade nas relações sociais de Direito Público, de modo a confirmar-se juridicamente uma solução socialmente aceitável; é inegável que Administração Pública pode muito, mas não pode tudo, não podendo, por exemplo, sobrepor-se aos efeitos do tempo ou impedir que o seu decurso inevitável produza resultados que não podem ser ignorados, como se

o desfazimento de atos administrativos pudesse devolver às pessoas o tempo pretérito e todas as suas passadas esperanças. Ademais, não se pode imputar aos Servidores a consolidação de tal situação, porquanto a demora é atribuível ao Judiciário ou à própria Administração.

3. O decurso de tempo consolida fatos jurídicos que devem ser respeitados, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC. Precedentes: REsp. 900.263/RO, Rel. Min. LUIZ FUX, DJU 12.12.2007; REsp. 1.130.985/PR, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 19.02.2010; REsp. 960.816/ES, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 12.11.2008; e AgRg no REsp. 1.181.042/RS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 09.08.2010.

4. Agravo Regimental da UNIÃO FEDERAL desprovido.

(AgRg no REsp 1205434/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 27/08/2012)

In casu, a recorrente, após ter sido reprovada no exame psicotécnico para provimento do cargo de Agente Penitenciário da Polícia Civil do Distrito Federal, teve assegurado o seu direito de permanecer no certame por força de decisão judicial, estando no exercício do cargo há mais de 12 (doze) anos. Soma-se a isso o fato de que não há notícia de qualquer comportamento inadequado ou que desabone a recorrente, além de que a questão da avaliação psicológica restou superada em face da renovação da mesma perante o Judiciário, bem como do longo período em que a servidora se encontra investido no cargo.

Diante de tais argumentações, **entendo que a consolidação da posse da servidora no cargo público, diante das peculiaridades do caso, afigura-se recomendável, seja porque a situação fática está consolidada no tempo ou porque, mediante a ponderação de valores constitucionais, há de se prestigiar o princípio da segurança jurídica, consubstanciado na proteção à confiança, realizador da idéia de justiça material.**

Nesse mesmo sentido, em caso análogo, referente ao mesmo concurso público de agente penitenciário, já se manifestou esta Corte, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO DE AGENTE PENITENCIÁRIO DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. CANDIDATO REPROVADO EM EXAME PSICOTÉCNICO QUE PERMANECEU NO CERTAME POR

FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. EXERCÍCIO DO CARGO HÁ MAIS DE 12 ANOS. CONSUMAÇÃO DA SITUAÇÃO JURÍDICA COLMATADA EX OPE TEMPORIS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À PERMANÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. A teor do disposto nos arts. 37, II e 206, V da Constituição Federal, o ingresso no serviço público está sujeito à prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

2. Contudo, considerando as peculiaridades do caso concreto e diante da primazia da segurança jurídica nas relações de Direito Público, em contraste com a aplicação pura e simples do princípio da legalidade, é salutar que se assegure a manutenção de situações jurídicas colmatadas ex ope temporis, ainda que o ingresso no serviço público tenha ocorrido ao abrigo de uma tutela judicial.

3. **No presente caso, o recorrente encontra-se no exercício do cargo de Agente Penitenciário da Polícia Civil do Distrito Federal há mais de 13 anos, o que, por si só, revela a extensão das consequências da reversão, a esta altura, do autor à situação anterior à sua investidura, impondo não apenas um recuo de 13 anos em seu status profissional, mas também um retrocesso na sua vida, com os mais variados desdobramentos.**

4. **Ademais, neste caso, não é nada recomendável, do ponto de vista do interesse público, que uma pessoa que já se encontra trabalhando desde 1999, sem que haja qualquer indício de que exerça seu trabalho de maneira insatisfatória, seja abruptamente dali desalojada e sofra uma drástica modificação na sua situação profissional, econômica e moral, com consequências irreversíveis.**

5. Recurso Ordinário provido para assegurar o direito líquido e certo do recorrente de efetivação da posse no cargo ocupado.

(RMS 38699/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 05/09/2013)

Ressalto ainda o julgamento, em situações idênticas, dos RMS's ns. 40.682/DF e 38.535/DF.

Com essas considerações, DOU PROVIMENTO ao recurso em mandado de segurança, para assegurar o direito líquido e certo da recorrente de efetivação da posse no cargo ocupado" (fls. 433/436e).

Inconformado, o ora agravante, em suas razões recursais, sustenta que:

"A recorrente inscreveu-se no concurso para agente penitenciário do Distrito

Federal e **foi reprovada no exame psicotécnico.**

Recorreu desta reprovação e, por força de liminar, vinha mantendo-se no cargo desde o ano de 2001. Em agosto/2013, a lide que decidiu pela legalidade do exame psicotécnico transitou em julgado (Resp 884.581/DF), conforme expressamente reconhecido por V. Exa. na r. decisão ora agravada.

Em 2011, a recorrente impetrou o presente mandado de segurança, de cunho preventivo, objetivando obstar que o Governador do Distrito Federal pudesse cumprir a decisão judicial que decidiu pela legalidade do psicotécnico, com a sua conseqüente exoneração do cargo público. Em outras palavras, objetiva, com a impetração, que não se dê cumprimento à coisa julgada material, sob o argumento de que aplicável ao caso a teoria do fato consumado.

O TJDF, lastreado em farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e também desse Superior Tribunal de Justiça, denegou a segurança, sustentando a inaplicabilidade ao caso da teoria do fato consumado, mormente porque transitada em julgado a decisão que entendeu legal o exame psicotécnico, cassando a liminar que possibilitou ao recorrente permanecer por longos anos no cargo público.

(...)

Na r. decisão ora combatida, V. Exa., muito embora reconhecendo a polêmica existente em torno da aplicação da teoria do fato consumado, entendeu por bem dar provimento ao recurso ordinário para garantir à recorrente a continuidade no cargo público, (...) **Assim o fez invocando como razões de decidir o precedente firmado pela e. 1ª Turma, nos autos do RMS 38.699/DF, relator para o acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, que tratou de caso análogo.**

(...)

A proteção à coisa julgada material tem índole constitucional, encontrando abrigo no artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta Política, que, no caso, restou malferido bem assim a exigência constitucional da necessária aprovação em concurso público para exercício do cargo, na forma do art. 37, II da CF/88.

Além disso, de acordo com o princípio da legalidade (art. 5º, II da CF/88); do postulado constitucional que impõe fundamentação às decisões judiciais (art. 93, IX da CF/88) e dos ditames da lei do mandado de segurança (Lei n. 12.016/09, art. 1º) não se identifica no i. despacho agravado a mais mínima referência a quaisquer indícios de ilegalidade, ainda que por omissão, atribuível a autoridade indicada como coatora.

Essas peculiaridades, de suma importância para o deslinde da questão jurídica, não foram observadas pela e. Relator, que desconstituiu a coisa julgada sob o fundamento de que o tempo decorrido, no caso, dá azo à aplicação da teoria do fato consumado. Não há fato consumado contra coisa julgada material!" (fls. 444/449e).

Superior Tribunal de Justiça

Requer, por fim, a reconsideração da decisão agravada e a negativa de provimento o Recurso Ordinário.

A fls. 471/473e, a ora recorrida peticiona informando que, em 08/01/2015, foi publicado no DODF, o ato de concessão de sua aposentadoria, no cargo de Agente de Polícia de Custódia da Carreira de Polícia Civil do Distrito Federal.

A fls. 476/484e, o Distrito Federal informa que "a autora tomou posse e entrou em exercício no referido cargo em 27/09/1999, bem assim, foi aposentada aos 09/01/2015, com fundamento no artigo 1º, inciso II, alínea 'b' da Lei Complementar nº 51/1985" ("o servidor público policial será aposentado: (...) voluntariamente, com proventos integrais, independentemente de idade: (...) (após 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, desde que conte, pelo menos, 15 (quinze) anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial, se mulher").

É o relatório.

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 41.199 - DF
(2013/0044172-9)**

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : **DISTRITO FEDERAL**
PROCURADOR : **AREF ASSREUY JÚNIOR E OUTRO(S) - DF006276**
AGRAVADO : **ROSEANE DE OLIVEIRA MORAES**
ADVOGADA : **RENATTA LIMA DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - DF019879**

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO DE AGENTE PENITENCIÁRIO DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. CANDIDATA QUE PERMANECEU NO CARGO ATÉ APOSENTADORIA, APÓS 15 (QUINZE) ANOS DE EXERCÍCIO NO CARGO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE, EM CASOS ANÁLOGOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Trata-se de Agravo Regimental interposto contra decisão monocrática, publicada na vigência do CPC/73.

II. Candidata que permaneceu no cargo de Agente Penitenciário – por inércia da Administração –, mesmo após o trânsito em julgado da decisão que reconheceu a legitimidade do exame psicotécnico, no qual havia sido reprovada, tendo sido aposentada, após 15 (quinze) anos de efetivo exercício no cargo.

III. Não se desconhece a jurisprudência do STF (Tema 476) e do STJ no sentido de que a Teoria do Fato Consumado não se aplica para resguardar situações precárias, notadamente aquelas obtidas por força de tutela de urgência. Todavia, diante das peculiaridades do presente caso, deve ser levado em consideração o fato de a impetrante, ora recorrida, ter sido aposentada pela Administração, no cargo em que ocupava.

IV. Diante das particularidades do caso, em casos análogos, a Primeira Seção do STJ firmou a compreensão no sentido de que "embora o vínculo de trabalho fosse precário, o vínculo previdenciário, após as contribuições previdenciárias ao regime próprio, consolidou-se com a reunião dos requisitos para a concessão de aposentadoria" (STJ, MS 20.558/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 31/03/2017). No mesmo sentido: STJ, REsp 696.944/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe de 28/08/2017.

V. Registra-se, ainda, os seguintes precedentes desta Corte: STJ, AR 5.362/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 03/02/2017; AgRg no RMS 38.535/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 20/03/2014; RMS 38.699/DF, Rel. p/ acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 05/09/2013.

VI. Na mesma linha, o próprio STF já se manifestou no sentido de que "em regra, não produzem fato consumado a posse e o exercício em cargo público decorrentes de decisão judicial tomada à base de cognição não-exauriente. A marca da excepcionalidade se faz

Superior Tribunal de Justiça

presente no caso concreto, autorizando a distinção (distinguish) quanto ao leading case do Tema 476, devendo, unicamente por essa razão, ser mantido o aresto recorrido proferido pelo Superior Tribunal de Justiça" (STF, AgRg no RE 740.029/DF, Rel. Ministro ALEXANDRE DE MORAES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/10/2018, trânsito em julgado em 12/12/2018).

VII. Agravo Regimental não provido.

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): A situação em comento não é nova nesta Corte.

Na origem, trata-se de Mandado de Segurança preventivo, impetrado por ROSEANE DE OLIVEIRA MORAES, **em 19/10/2011**, contra ato do Governador do Distrito Federal que indeferiu o seu pedido de "apostilamento" (reconhecimento de direito à efetivação no cargo ocupado de Agente Penitenciário).

A impetrante afirmou estar ocupando o cargo de Agente Penitenciário do Distrito Federal desde sua nomeação e posse judicialmente obtida **em 27/09/99**, e que, **em 30/09/2010**, ingressou com "Pedido Administrativo de Apostilamento" junto ao Governo do Distrito Federal, sendo-lhe indeferido o requerimento.

Alegou que, possuindo **mais de 24 anos de serviço policial, e estando próxima de sua aposentadoria**, há de ser reconhecida a consolidação de sua situação funcional, ante a teoria do fato consumado e dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da dignidade da pessoa humana.

Asseverou, ainda, que "em 1998, quando do concurso público, a impetrante já era policial militar, com 10 anos de profissão, tendo optado pela exoneração desse cargo em que era estável, para poder assumir como Agente Penitenciário da Polícia Civil do Distrito Federal, portanto, confiava plenamente que a decisão judicial proferida em caráter liminar por esse TJDF seria confirmada, haja vista que era pacífico o entendimento do próprio tribunal de que o teste psicotécnico aplicado pela PCDF não seguiu os parâmetros exigidos pela lei"; que "realizou em juízo novo teste psicológico, no qual foi considerada apta para realizar as funções do cargo", bem como "que durante 12 anos a impetrante foi formada, treinada, testada, experimentada e aprovada pela Polícia do Distrito Federal" (fls. 18/19e).

Por fim, registrou que "em 17 de junho de 2002, a Comissão Permanente para Acompanhamento e Apuração de Estágio Probatório, com a presença de 13 membros, decidiu por unanimidade pela confirmação da requerente no cargo de Agente Penitenciário" e que "foi aprovada no XIX Curso Especial de Polícia, com certificação de Especialização em Atividade Policial Judiciária, realizado no período 11/08/2008 a 03/07/2009. E em razão disto, foi concedida a progressão funcional para a Classe Especial da Carreira" (fl. 23e).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, denegou a segurança, nos seguintes termos:

"(...) extrai-se dos autos que o exercício do cargo de agente penitenciário há mais de dez anos, em que pese tenha decorrido inicialmente de sentença favorável à candidata, esta foi reformada por este e. Tribunal que considerou a legalidade do exame psicotécnico

no qual a Impetrante foi reprovada e cujo acórdão transitou em julgado. A pendência de julgamento do REsp 881541/DF se refere a uma ação ordinária ajuizada posteriormente, em que se impugnou o mesmo exame psicotécnico, e qual processo foi extinto sem resolução de mérito por litispendência. Eventuais irresignações da ora Impetrante, ainda não apreciadas, evidentemente não poderão resultar na fragilização da coisa julgada, cuja autoridade deve ser respeitada. A Doutra Procuradoria de Justiça ao ofertar parecer às fls. 244/251 destacou:

'[...] com efeito, apesar de haver decisão de natureza precária concedendo tutela de urgência para assegurar a permanência da Impetrante no cargo em questão até julgamento definitivo do REsp 884851, é importante frisar que já há decisão definitiva de mérito, transitada em julgado, reconhecendo a legalidade do exame psicotécnico impugnado, a qual cassou a decisão de 1º grau que fora concedida para que a impetrante fosse nomeada e empossada no referido cargo. Vê-se, dessa forma, que a impetrante não possui o indispensável título de aprovação válida em concurso público a justificar sua nomeação, a sua posse e, menos ainda, a sua persistência no cargo referido.

A Teoria do Fato Consumado visa a preservar situações ilegais consolidadas no tempo, em consideração á justa e legítima expectativa do administrado. Contudo, tal situação não se afigura nas hipóteses em que o candidato participou de um concurso público e tomou posse no cargo pretendido por força de decisão judicial precária, passível de ser revertida por novo julgamento. Principalmente quando tal fato já ocorreu, como no caso em tela, em que já houve decisão posterior cassando a decisão precária que determinou a posse da impetrante no cargo no qual pretende permanecer. [...]

Vê-se, portanto, que embora o presente mandado de segurança tenha sido impetrado contra ato do Governador do Distrito Federal que indeferiu o requerimento de apostilamento formulado pela ora Impetrante, tem-se, em última análise, que também estaria a revogar a coisa julgada, extrapolando o alcance do *writ*, conforme venho destacando há muito" (fls. 293/294e).

Inconformada, a impetrante interpôs o presente Recurso Ordinário, que restou provido monocraticamente, pela então Relatora, Ministra ELIANA CALMON, que, seguindo precedentes monocráticos em casos idênticos (STJ, RMS 40.682/DF e RMS 38.535/DF), aplicou a Teoria do Fato Consumado, para assegurar o direito líquido e certo da recorrente de efetivação da posse no cargo.

De fato, não se olvida que, em julgados anteriores, enfrentando hipóteses análogas, assim decidiu esta Corte:

"ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO DE AGENTE PENITENCIÁRIO DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. CANDIDATO REPROVADO EM EXAME PSICOTÉCNICO QUE PERMANECEU NO CERTAME POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. EXERCÍCIO DO CARGO HÁ MAIS DE 12 ANOS. CONSUMAÇÃO DA SITUAÇÃO JURÍDICA COLMATADA EX OPE TEMPORIS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À PERMANÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. A teor do disposto nos arts. 37, II e 206, V da Constituição Federal, o ingresso no serviço público está sujeito à prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.
2. Contudo, considerando as peculiaridades do caso concreto e diante da primazia da segurança jurídica nas relações de Direito Público, em contraste com a aplicação pura e simples do princípio da legalidade, é salutar que se assegure a manutenção de situações jurídicas colmatadas ex ope temporis, ainda que o ingresso no serviço público tenha ocorrido ao abrigo de uma tutela judicial.
3. No presente caso, o recorrente encontra-se no exercício do cargo de Agente Penitenciário da Polícia Civil do Distrito Federal há mais de 13 anos, o que, por si só, revela a extensão das consequências da reversão, a esta altura, do autor à situação anterior à sua investidura, impondo não apenas um recuo de 13 anos em seu status profissional, mas também um retrocesso na sua vida, com os mais variados desdobramentos.
4. Ademais, neste caso, não é nada recomendável, do ponto de vista do interesse público, que uma pessoa que já se encontra trabalhando desde 1999, sem que haja qualquer indício de que exerça seu trabalho de maneira insatisfatória, seja abruptamente dali desalojada e sofra uma drástica modificação na sua situação profissional, econômica e moral, com consequências irreversíveis.
5. Recurso Ordinário provido para assegurar o direito líquido e certo do recorrente de efetivação da posse no cargo ocupado" (STJ, RMS 38.699/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 05/09/2013).

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO DA POLÍCIA CIVIL. CONSOLIDAÇÃO DA POSSE EM CARGO PÚBLICO OCUPADO, DIANTE AS PECULIARIDADES DO CASO.

1. Esta Corte, em caso análogo ao dos autos, decidiu no sentido de que, 'considerando as peculiaridades do caso concreto e diante da primazia da

segurança jurídica nas relações de Direito Público, em contraste com a aplicação pura e simples do princípio da legalidade, é salutar que se assegure a manutenção de situações jurídicas colmatadas ex ope temporis, ainda que o ingresso no serviço público tenha ocorrido ao abrigo de uma tutela judicial' (RMS 38.699/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 05/09/2013).

2. Em situação idêntica, cita-se o RMS 39.644/DF, Min. Ari Pargendler, julgado em 03.12.2013 (ainda não publicado), e as seguintes decisões monocráticas: RMS 40.682/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 02.12.2013; e RMS 41.199, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 04.12.2013.

3. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no RMS 38.535/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 20/03/2014).

Igualmente, não se desconhece que, posteriormente aos citados julgados, apreciando o tema em repercussão geral, o STF acabou por firmar a compreensão no sentido de afastar a teoria do fato consumado aos casos em que o candidato tomou posse e entrou em exercício por força de decisão precária (STF, RE 608.482/RN, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, DJe de 29/10/2014 - Tema 476).

Eis a ementa do referido julgado:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO REPROVADO QUE ASSUMIU O CARGO POR FORÇA DE LIMINAR. SUPERVENIENTE REVOGAÇÃO DA MEDIDA. RETORNO AO STATUS QUO ANTE. 'TEORIA DO FATO CONSUMADO', DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado.

2. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima. É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito ex tunc, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere.

3. Recurso extraordinário provido".

Todavia, não obstante a compreensão acima exarada, constata-se que a impetrante – nomeada sob amparo de decisão judicial liminar, posteriormente cassada por decisão transitada em julgado –, **exerceu o cargo até o momento de sua**

aposentadoria. Ou seja, mesmo diante de uma decisão que lhe fora favorável, transitada em julgado, o ora recorrente manteve a impetrante em seu quadro funcional até sua aposentadoria.

A propósito, transcreve-se a jurisprudência do próprio STF, que excepciona o Tema 476, em casos como tais:

"O presente Agravo Interno foi interposto em face de decisão de minha lavra, na qual observei o entendimento desta CORTE formulado no RE 608.482, julgado sob o rito da repercussão geral, e de relatoria do saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, em que se estabeleceu ser inaplicável a teoria do fato consumado aos casos em que o candidato assumiu o cargo por força de decisão judicial precária.

Assim, dei provimento ao Recurso Extraordinário da União, que buscava a anulação do ato de nomeação da ora agravante e o cancelamento de sua aposentadoria voluntária.

Levado o Regimental a julgamento no âmbito virtual, mantive minha posição. O eminente Ministro ROBERTO BARROSO pediu vista dos autos, o que me permitiu refletir melhor sobre a questão.

Efetivamente, o caso é de todo peculiar. Como destaquei na sessão presencial do dia 14/8/2018, a agravante manteve-se no cargo de auditora fiscal do trabalho ano após ano com provimentos liminares e cautelares cassados e posteriormente renovados nas instâncias a quo, e, após 21 anos no exercício desse cargo, dos quais nove deles por conta de liminar obtida no Superior Tribunal de Justiça, mais os acréscimos do tempo pretérito em outras atividades, a agravante acabou se aposentando voluntariamente, sem que o mérito tivesse sido analisado.

Necessário se faz, portanto, o distinguish com os termos do RE 608.842, que não abriga a hipótese em que o afastamento da teoria do fato consumado do caso concreto retira a aposentadoria do servidor mantido no cargo por força de decisão precária em processos cuja duração não observa o art. 5º, LXXVIII, da CARTA MAGNA, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Destaque-se a zelosa observação presente no voto do saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI no indigitado leading case, pontuando haver situações estritamente excepcionais sobre as quais esse importante instituto jurídico não se aplica:

'(...). Por isso mesmo, eventual superveniente constatação da ilegitimidade desse status ou dessa vantagem caracteriza, certamente, comprometimento da boa-fé ou da confiança legítima provocada pelo primitivo ato da administração, o que pode autorizar, ainda que em

nome do fato consumado, a manutenção do status quo, ou, pelo menos, a dispensa de restituição de valores. Isso ocorre, todavia, em casos restritos, marcados pela excepcionalidade.'

Na hipótese, a marca da excepcionalidade se faz presente, frente às supracitadas peculiaridades, devendo, por isso, ser mantido o aresto recorrido proferido pelo Superior Tribunal de Justiça Vejamos:

'ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CONTINUIDADE NO CERTAME POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL EXARADA EM COGNIÇÃO EXAURIENTE. POSSE E EXERCÍCIO HÁ MAIS DE DOZE ANOS. POSTERIOR ALTERAÇÃO DA SENTENÇA EM SEDE DE APELAÇÃO. ANULAÇÃO DO ATO DE NOMEAÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NECESSIDADE. FATO SUPERVENIENTE. ART. 462 DO CPC. APOSENTADORIA SUPERVENIENTE DA IMPETRANTE. ATO DE DEMISSÃO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE ALTERAR O STATUS DE APOSENTADA DA SERVIDORA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO.'

Assim, em face da inaplicabilidade das orientações estabelecidas no RE 608.482, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 30/10/2014, reajusto meu entendimento para dar provimento ao agravo interno com vistas a negar seguimento ao Recurso Extraordinário.
É como voto".

Com efeito, se a impetrante não estivesse exercendo o cargo, não haveria nenhuma irregularidade no seu afastamento, após o trânsito em julgado da decisão judicial desfavorável a ela. Porém, o caso em apreço traz particularidades que merecem atenção.

No caso, verifica-se que a ora recorrida participou de concurso público para o preenchimento de vaga no cargo de Agente Penitenciário da Polícia Civil do Distrito Federal, em 1998, e logrou êxito em todas as fases do concurso, tendo sido desqualificada do certame, por reprovação no exame psicotécnico.

Inconformada, juntamente com outros candidatos, ajuizou a Ação Declaratória **1999.01.1.024043/0**, objetivando o reconhecimento da nulidade do exame psicotécnico, em razão de sua suposta ilegalidade.

O pedido foi julgado procedente, assegurando a participação dos autores no curso de formação e, posteriormente, em sendo aprovados, garantiu as respectivas nomeações para os cargos pretendidos.

Em grau de Apelação e remessa oficial, **o TJDF reformou a sentença**, reconhecendo a idoneidade do exame psicotécnico, transitando em julgado o acórdão em

31/08/2005.

Ao que se tem, portanto, em decorrência de sua inércia, não se pode fechar os olhos a existência de que houve, pelo próprio GDF, a **concessão de aposentadoria à impetrante**.

Com efeito, havendo fato superveniente declinado pela parte, deve ser levado em consideração pelo julgador, mesmo que de ofício, nos exatos termos dos arts. 462 e 463 do CPC/73, vigente à época, na medida em que o provimento judicial deve refletir o estado de fato no momento da entrega jurisdicional.

A propósito:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. OCORRÊNCIA. PORTARIA QUE APLICOU A PENA DE SUSPENSÃO POSTERIORMENTE ANULADA. EFEITOS MODIFICATIVOS. CABIMENTO.

1. Dirige-se a presente impetração, única e exclusivamente, contra o ato da Autoridade impetrada que obistou a remessa do 'recurso hierárquico', interposto contra Portaria que lhe aplicou a pena de suspensão de 45 (quarenta e cinco) dias, à Autoridade superior.

2. **O fato superveniente deve ser levado em consideração pelo Juiz no julgamento da causa, ainda que de ofício, nos exatos termos dos arts. 462 e 463 do Código de Processo Civil, pois o provimento judicial deve refletir o estado de fato da lide no momento da entrega jurisdicional. Precedentes.**

3. É de ser reconhecida a perda superveniente de objeto do mandamus, uma vez que a portaria, impugnada pelo referido 'recurso hierárquico', foi expressamente anulada por ato administrativo posterior, especificamente Portaria n.º 368/MME, de 27/12/2007.

4. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos, para julgar o mandado de segurança extinto, sem resolução do mérito" (STJ, EDcl no MS 10.222/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 14/10/2010).

"PROCESSUAL CIVIL. FATO SUPERVENIENTE AO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DEFENSIVOS. CONVOLAÇÃO DA LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL EM JUDICIAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 462, DO CPC. OCORRÊNCIA. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO.

1. A Liquidação Judicial da entidade, superveniente ao julgamento dos embargos, é fato que deve ser considerado no regime jurídico das obrigações quando da fase de seu pagamento. Hipótese típica da aplicabilidade do artigo 462, do CPC, que não infirma o instituto da preclusão, posto pressupor que **'a sentença deve refletir o estado de fato da lide no momento da entrega da prestação jurisdicional, devendo o Juiz levar em consideração o fato superveniente'** (REsp 53765/SP, Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, DJ de 21.08.2000).

2. Deveras, **é cediço que 'é de elementar inferência a distinção entre alteração da causa petendi, vedada no direito pátrio após a citação, com o instituto do direito superveniente, consagrado no art. 462 do CPC, que deve ser prestigiado no momento da decisão (...)'** (MC 2299/SP, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ de 01.08.2000).

3. Ademais, **'a regra do 'ius superveniens' dirige-se também ao juízo de segundo grau, pois a tutela jurisdicional deve compor a lide tal como se apresenta no momento da entrega (art. 462 do CPC)'** (REsp 51811/SP, Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, DJ de 14.12.1998).

(...)

5. Recurso especial a que se dá provimento para anular o acórdão recorrido, devendo os autos serem devolvidos ao Tribunal de origem para a prolação de novo *decisum*." (STJ, REsp 710.081/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJU de 27/03/2006).

"PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PERDA DO OBJETO. EXTINÇÃO. CPC, ART. 462. SOBREDIREITO. RECURSO DESPROVIDO.

I - Perdendo objeto a impetração impõe-se a extinção do processo, uma vez que a prestação jurisdicional ha de compor a lide como a mesma se apresenta no momento da entrega.

II - **Segundo a teoria do sobredireito processual, admiravelmente exposta e defendida por mestre Galeno Lacerda, 'o processo deixa de ater-se a um momento estático no tempo, para aperfeiçoar-se, ao contrario, ao dinamismo e a fluência da vida, a fim de, com olhos voltados a economia das partes e a necessidade de eliminar-se o litigio com presteza, aproveitar o já instaurado para fazer justiça ulterior ao momento inicial'"** (STJ, RMS 3.020/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, DJU de 04/04/94).

Diante desse contexto, não se trata simplesmente de afastamento da teoria do fato consumado em detrimento da coisa julgada.

De fato, embora o vínculo de trabalho fosse precário, o vínculo previdenciário, após as contribuições previdenciárias ao regime próprio, consolidou-se com a reunião dos requisitos para a concessão de aposentadoria.

Outra não é a compreensão que restou firmada pela Primeira Seção do STJ, no julgamento do MS 20.558/DF (Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 31/03/2017), **in verbis**:

"ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA PLEITEANDO PARTICIPAÇÃO NA SEGUNDA ETAPA. POSTERIOR AÇÃO ORDINÁRIA BUSCANDO NOMEAÇÃO. A

DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA NO MANDADO DE SEGURANÇA PREJUDICA A PROCEDÊNCIA DA AÇÃO ORDINÁRIA. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO DIANTE DA APOSENTADORIA DA IMPETRANTE. HISTÓRICO DA DEMANDA

1. A impetrante prestou concurso para o cargo de Fiscal do Trabalho, a ser realizado em duas etapas: provas e curso de formação. Não tendo sido considerada aprovada na primeira etapa, impetrou Mandado de Segurança em que obteve provimento que lhe permitiu continuar no concurso e realizar a segunda. Terminado o curso de formação, ingressou com Ação Ordinária pedindo a nomeação para o cargo, tendo obtido decisão favorável, exercido o cargo por vários anos e se aposentado. Todavia, o TRF da 3ª Região terminou por denegar a segurança, após o que, em seguida a processo administrativo em que lhe foi assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa, foi editada portaria tornando sem efeito sua nomeação para o cargo e, consequentemente, sua aposentadoria.

CANDIDATO NOMEADO PARA CARGO PÚBLICO COM AMPARO EM MEDIDA JUDICIAL PRECÁRIA NÃO TEM DIREITO A NELE PERMANECER SE A DECISÃO FINAL LHE É DESFAVORÁVEL

2. Ao contrário do que sustenta a impetrante, a existência da Ação Ordinária, que acabou por transitar em julgado favoravelmente a ela, não lhe asseguraria o direito de permanecer no cargo, pois esta Ação era dependente do resultado do Mandado de Segurança anterior, em que buscava sua aprovação no concurso.

3. Transitada em julgado a decisão desfavorável no Mandado de Segurança pela qual ela buscou realizar a 2ª etapa do concurso, considera-se que ela não foi aprovada, e perde o objeto a pretensão de nomeação tratada na Ação Ordinária.

4. O Supremo Tribunal Federal, em julgado realizado sob a égide da repercussão geral, deu pela inaplicabilidade da teoria do fato consumado para manutenção em cargo público de candidato não aprovado em concurso (STF, RE 608.482, Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 7/8/2014, Repercussão Geral - Mérito, DJe-213 p. 30/10/2014).

5. Assim, se a impetrante estivesse exercendo o cargo, não haveria nenhuma irregularidade no seu afastamento deste depois do trânsito em julgado da decisão judicial desfavorável a ela que lhe permitiu prosseguir no concurso após a primeira etapa. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA DE CONSOLIDAÇÃO FÁTICO-JURÍDICA NO CASO CONCRETO - APOSENTADORIA.

6. Não obstante a compreensão acima exarada, constata-se que a impetrante, nomeada sob amparo de decisão judicial liminar, exerceu o cargo até o momento de sua aposentadoria, ocorrida vários anos antes da decisão final do Mandado de Segurança originalmente

impetrado por ela para prosseguir no concurso.

7. Embora o vínculo de trabalho fosse precário, o vínculo previdenciário, após as contribuições previdenciárias ao regime próprio, consolidou-se com a reunião dos requisitos para a concessão de aposentadoria.

8. A legislação federal estabelece a cassação da aposentadoria apenas nos casos de demissão do servidor público e de acumulação ilegal de cargos (arts. 133, § 6º, e 134 da Lei 8.112/1990), não havendo, portanto, respaldo legal para impor a mesma penalização quando o exercício do cargo é amparado por decisões judiciais precárias e o servidor se aposenta por tempo de contribuição durante esse exercício após legítima contribuição ao sistema.

9. Precedente específico: MS 18.002/DF, relator Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 21/11/2016 (acórdão aguardando publicação)

CONCLUSÃO

10. Segurança parcialmente concedida para manter a aposentadoria da impetrante" (STJ, MS 20.558/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 31/03/2017).

Com razão, nossa legislação prevê a cassação da aposentadoria apenas nos casos de demissão do servidor público e de acumulação ilegal de cargos (arts. 133, § 6º, e 134 da Lei 8.112/90), não havendo, portanto, respaldo legal para impor a mesma penalização quando o exercício do cargo é amparado por decisões judiciais precárias e o servidor se aposenta por tempo de contribuição durante esse exercício após legítima contribuição ao sistema.

Nesse mesmo sentido, o acórdão do MS 18.002/DF, também de relatoria do Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado na Primeira Seção do STJ em 21/11/2016, cuja ementa é a seguinte:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. EXONERAÇÃO COM BASE EM DECISÃO JUDICIAL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DESNECESSIDADE. SITUAÇÃO CONSOLIDADA NO CASO CONCRETO. IDENTIFICAÇÃO DA CONTROVÉRSIA

1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado, com fundamento no art. 105, I, 'b', da Constituição da República, contra ato do Ministro de Estado da Fazenda (Portaria MF 548/2011 - DOU 12.12.2011) que exonerou o impetrante com base em decisão de improcedência da ação não transitada em julgado, em que anteriormente havia sido garantida a participação do ora impetrante no concurso público de Auditor Fiscal da Receita Federal.

2. Nos autos principais, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (AC 2004.03.99.009403-3) declarou o pedido do ora impetrante improcedente,

contra o que foram interpostos Recursos Especial e Extraordinário. O Recurso Especial tomou o número 1.260.653 e dele não se conheceu (Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma). Já o Recurso Extraordinário não foi admitido na origem e o ora impetrante apresentou Agravo de Instrumento (AI 798.142), o qual teve provimento negado pelo Supremo Tribunal Federal.

(...)

SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA DE CONSOLIDAÇÃO FÁTICO-JURÍDICA NO CASO CONCRETO - APOSENTADORIA.

6. Apesar da compreensão acima exarada, **o impetrante foi nomeado, já sob amparo de decisão judicial liminar, em 23.9.2003 permanecendo sob essa condição até o momento de sua aposentadoria (23.12.2013).**

7. **Não obstante o vínculo de trabalho fosse precário, o vínculo previdenciário, após as contribuições previdenciárias ao regime próprio, consolidou-se com a reunião dos requisitos para a concessão de aposentadoria.**

8. **A legislação federal apenas estabelece a cassação da aposentadoria nos casos de demissão do servidor público e de acumulação ilegal de cargos (arts. 133, § 6º, e 134 da Lei 8.112/1990), não havendo, portanto, respaldo legal para impor a mesma penalização quando o exercício do cargo é amparado por decisões judiciais precárias e o servidor se aposenta por tempo de contribuição durante esse exercício após legítima contribuição ao sistema.**

9. Segurança parcialmente concedida para manter a aposentadoria do impetrante. Agravo Regimental da União prejudicado" (STJ, MS 18.002/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 08/05/2017).

No mesmo sentido:

"AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, INCISOS V E IX, DO CPC. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXONERAÇÃO DE PROFESSORA DA REDE PÚBLICA. ATO DE POSSE NO CARGO GARANTIDA POR DECISÃO PRECÁRIA DEFERIDA EM MANDAMUS POSTERIORMENTE DENEGADO. DECRETO DE EXONERAÇÃO APÓS 8 ANOS DE EXERCÍCIO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. ART. 54 DA LEI N. 9.784/1999 DECADÊNCIA. OCORRÊNCIA. AÇÃO RESCISÓRIA PROCEDENTE.

1. Hipótese em que a servidora ingressou nos quadros da Secretaria de Educação do Distrito Federal (12/11/1998), após devida aprovação em concurso público de provas e títulos, por força de liminar requerida em mandado de segurança, uma vez que ainda não possuía o diploma de

licenciatura na data da referida posse, conforme exigência editalícia. Passados oito anos de efetivo exercício, a Administração editou ato de exoneração (19/1/2007).

2. Quanto ao erro de fato, o acórdão rescindendo concluiu que o ato de exoneração decorreu do cumprimento de decisão judicial com trânsito em julgado, o que afastaria a aplicação da teoria do fato consumado.

3. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, firmou o entendimento de ser inaplicável a teoria do fato consumado aos casos em que o provimento no cargo público se dá por força de decisão judicial precária (RE 608.482/RN, rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, DJe 30/10/2014). Contudo, na espécie, não se trata de provimento de cargo público sem aprovação em concurso público, nem de aplicação da teoria do fato consumado, tese refutada pelo acórdão rescindendo, o que afasta o mencionado precedente da Corte Suprema.

4. In casu, a parte autora permaneceu em exercício no cargo em decorrência de omissão da própria Administração, que, por cerca de 8 anos, exerceu atos administrativos que convalidaram sua pretensão à manutenção do cargo. Por conseguinte, a exoneração da servidora com fundamento na nulidade do ato de sua nomeação foi concretizada tardiamente, situação consolidada pela inércia da Administração e de seus atos posteriores.

5. É certo que, consoante estabelece a Súmula 473/STF, fundamento utilizado no acórdão rescindendo, cabe à Administração anular seus próprios atos quando eivados de irregularidades, não menos certo é que tal prerrogativa não é ilimitada, encontrando óbice em outros princípios, principalmente no da segurança jurídica.

6. No tocante à alegada violação literal de disposição de lei, o acórdão rescindendo afastou a aplicação do art. 54 da Lei n. 9.784/1999, ao fundamento de que o ato de exoneração não decorreu do princípio da autotutela administrativa, mas, sim, por força de decisão judicial transitada em julgado.

7. Mesmo considerando que a Administração possa anular seus próprios atos quando eivados de vícios, não se pode olvidar o limite temporal de 5 anos previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/1999, salvo comprada a má-fé.

8. Na espécie, somente após transcorrido o prazo decadencial, oito anos após o trânsito em julgado, em decorrência da segurança denegada em 1999, a Administração resolveu reconhecer a irregularidade da posse da autora, em detrimento da segurança jurídica, o que não deve prosperar. Ademais, a irregularidade em questão - ausência do diploma de licenciatura na data da posse - não constitui ilegalidade, mas apenas inobservância do edital, conforme dicção do verbete sumular 266 desta Corte: 'O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo dever ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público'.

9. Ao apreciar demandas judiciais objetivando a reintegração dos demais servidores que foram aprovados no mesmo concurso público da autora e empossados nas mesmas condições que ela (decisão precária em mandado de segurança coletivo - MS 1998.01.1.029814-7 - e diploma apresentado na

data da posse), tanto esta Corte como o col. Supremo Tribunal Federal já enfrentaram esta questão, reconhecendo o direito dos professores a serem reintegrados no cargo público. Cito: STJ, REsp 1.298.460/DF, rel. Ministro SERGIO KUKINA, transitado em julgado em 25/8/2014; REsp 1.117.630/DF, rel. Ministro JORGE MUSSI, transitado em julgado em 25/6/2014; AREsp 414.912/DF, rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, transitado em julgado em 6/3/2014; STF, RE 832.584/DF, rel. Ministro GILMAR MENDES, transitado em julgado em 12/3/2015 e AI 861.739/DF, rel. Ministro DIAS TOFOLLI, transitado em julgado em 16/4/2015.

10. Ação rescisória julgada procedente" (STJ, AR 5.362/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe de 03/02/2017).

"ADMINISTRATIVO. CANDIDATO NOMEADO E EMPOSSADO HÁ QUASE 20 ANOS NO CARGO DE AUDITOR FISCAL EM RAZÃO DE DECISÃO PRECÁRIA. EXERCÍCIO ATÉ A CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO.

1. Conforme a atual orientação jurisprudencial do STJ e da Suprema Corte, não se aplica a teoria do fato consumado às hipóteses tais como a dos autos, uma vez que o ingresso do autor no cargo de Auditor Fiscal se deu sob o amparo de medidas de natureza precária que não têm o condão de consolidar no tempo uma dada situação.

2. A situação posta na presente demanda, no entanto, reveste-se de peculiaridades que demandam uma flexibilização do citado postulado, uma vez que, no curso da ação, foi concedida aposentadoria por invalidez ao ora recorrente.

3. A aposentadoria estatutária, substancialmente alterada pela Emenda Constitucional 20/1998, passou a ser regida pelo regime contributivo. Assim, diante do pagamento efetuado pelo servidor e preenchidos os requisitos de fruição do benefício em um sistema contributivo, a aposentadoria não pode ser desconstituída em razão de atos estranhos ao direito previdenciário, a cujas regras a aquisição da aposentadoria se submete.

4. Recurso especial provido" (STJ, REsp 696.944/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe de 28/08/2017).

De fato, **in casu**, cabia à Administração afastar a recorrida do cargo, tão logo transitou em julgado o acórdão que reconheceu a legalidade do teste psicotécnico e cassou a sentença que a mantinha no cargo.

Ora, a Administração Pública também se porta como jurisdicionado. Mas, em momento algum, reitera-se, diligenciou no sentido de reformar a situação da impetrante,

Superior Tribunal de Justiça

acabando por constituir uma situação de fato que, especialmente no caso, não pode ser desprezada.

Ao que se tem, portanto, apesar de o ingresso da recorrida nas fileiras da Polícia Civil do Distrito Federal, no cargo de Agente Penitenciário, ter se dado de forma precária, perpetuou-se, ao longo do tempo, principalmente por culpa da própria Administração.

Desse modo, ainda que se tornasse sem efeito a nomeação e posse da impetrante, mostrar-se-ia manifestamente inócuo tal ato, pois não teria o condão de modificar o **status** de aposentada da impetrante, adquirido após o preenchimento de todos os requisitos exigidos para sua concessão, e concedida pela própria Administração.

Em face de todo o exposto, **nego provimento** ao Agravo Regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

AgRg no RMS 41.199 / DF
PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2013/0044172-9

Número de Origem:

00208416420118070000 20110020208416 20110020208416RED

Sessão Virtual de 14/03/2023 a 20/03/2023

Relator do AgRg

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Secretário

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ROSEANE DE OLIVEIRA MORAES

ADVOGADA : RENATTA LIMA DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - DF019879

RECORRIDO : DISTRITO FEDERAL

PROCURADOR : AREF ASSREUY JÚNIOR E OUTRO(S) - DF006276

ASSUNTO : DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - REGIME ESTATUTÁRIO - EXONERAÇÃO OU
DEMISSÃO

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : DISTRITO FEDERAL

PROCURADOR : AREF ASSREUY JÚNIOR E OUTRO(S) - DF006276

AGRAVADO : ROSEANE DE OLIVEIRA MORAES

ADVOGADA : RENATTA LIMA DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - DF019879

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 14/03/2023 a 20/03/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 21 de março de 2023