

07/08/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 608.482 RIO GRANDE DO NORTE

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI
RECTE.(S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO NORTE
RECDO.(A/S) : VANUSA FERNANDES DA ARAÚJO
ADV.(A/S) : FRANCISCO EDELTRUDES DUARTE NETO E
OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIAO

EMENTA: 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.

RE 608482 / RN

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Vice-Presidente no exercício da Presidência, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Roberto Barroso e Luiz Fux, que negavam provimento ao recurso. Falou, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária Geral de Contencioso.

Brasília, 7 de agosto de 2014.

Ministro TEORI ZAVASCKI
Relator

07/08/2014**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 608.482 RIO GRANDE DO NORTE**

RELATOR : **MIN. TEORI ZAVASCKI**
RECTE.(S) : **ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**
RECDO.(A/S) : **VANUSA FERNANDES DA ARAÚJO**
ADV.(A/S) : **FRANCISCO EDELTRUDES DUARTE NETO E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIAO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão que, com base na “teoria do fato consumado”, manteve a recorrida, de modo definitivo, no cargo de agente da polícia civil, no qual tomou posse em virtude de liminar deferida em ação cautelar, mesmo que tenha sido reprovada na segunda etapa do concurso (teste físico) e que não tenha se submetido à terceira etapa (exame psicotécnico). No entender do acórdão, “(...) embora inexista, nos autos, demonstração de que a apelada tenha completado com êxito os exercícios do teste físico, e não exista ilegalidade na exigência do teste e do exame psicotécnico como critérios de admissão no concurso em questão, entendo que a recorrida faz jus à permanência no cargo, ante a aplicação excepcional da Teoria do Fato Consumado. Isso porque, da análise dos autos, constato que a apelada está exercendo o cargo há mais de 07 (sete) anos, e, como bem ressaltado pelo representante do Ministério Público, ‘sem que haja notícia de que a mesma, por questões inerentes a suas faculdades físicas ou psicológicas, tenha realizado qualquer ato incompatível com a atividade exercida, devendo ser destacada ainda a declaração de desempenho, acostada à fl. 41, na disciplina de Educação Física, ministrada no curso de formação profissional, na qual se encontra atestado que a autora foi aprovada com

RE 608482 / RN

média 9,5'' (fls. 114/115).

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 128-134).

No recurso extraordinário (fls. 136-146), o Estado do Rio Grande do Norte aponta ofensa aos artigos 5º, *caput* e II, e 37, *caput*, I e II, da Constituição Federal, asseverando, em síntese, (a) a violação do princípio da isonomia, visto que a recorrida não se submeteu a exame psicotécnico, como os demais candidatos inscritos no concurso público; (b) a vulneração ao princípio da vinculação ao edital, uma vez que a participação da ora servidora na etapa seguinte do certame, sua nomeação e posse foram asseguradas por força de liminar, ainda que não cumprida fase anterior exigida; (c) a inaplicabilidade da teoria do fato consumado para “perpetuar decisões injustas, ilegais ou inconstitucionais” (fl. 144).

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso extraordinário (fls. 165-168).

Submetidos os autos à apreciação do Plenário desta Corte por seu relator, foi reconhecida a existência de repercussão geral da matéria versada no recurso extraordinário (DJe de 2/5/2008 – Tema 476: *manutenção de candidato investido em cargo público por força de decisão judicial de caráter provisório pela aplicação da teoria do fato consumado*).

Deferido pedido de ingresso no processo na condição de *amicus curiae*, a União, por seu Advogado-Geral, manifesta-se em consonância à Procuradoria-Geral da República pelo provimento do recurso, sustentando, em síntese, que

“a CF foi enfática ao definir o concurso público como exigência incontornável ao ingresso na Administração Pública, tudo com vistas a igualar da melhor forma possível as oportunidades de acesso às vagas disponíveis no serviço público” (fl. 190).

A União entende ainda que “o mérito ou a aptidão para o exercício da função, por si sós, não podem justificar a investidura em cargos públicos” (fl. 193).

É o relatório.

07/08/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 608.482 RIO GRANDE DO NORTE

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

1. Há, na situação aqui examinada, o confronto de duas ordens de valores, que, por incompatíveis entre si, devem ser sopesadas para que se defina qual delas merece prevalecer. De um lado, há o interesse individual da candidata em manter o cargo público que, embora obtido sem aprovação em concurso público regular, já estava sendo exercido, por força de liminar, há mais de sete anos à época do acórdão recorrido. De outro lado, tracionando em sentido oposto, está o interesse público de dar cumprimento ao dispositivo constitucional segundo o qual “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público” (art. 37, II), dispositivo esse que, como se sabe, dá concretude a outros princípios da administração pública, especialmente o da impessoalidade, da moralidade e da eficiência. A quebra da exigência de concurso não deixa de representar, ainda, severo comprometimento do princípio da igualdade, em matéria de acesso aos cargos públicos.

2. Em casos dessa natureza, a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal é a de dar prevalência à estrita observância das normas constitucionais e ao interesse público. Nesse sentido, v.g. na 1ª Turma, em caso semelhante (no qual a recorrente estava há 7 (sete) anos na Polícia Militar gaúcha):

EMENTA: Concurso público. Anulação de questões de prova pelo Poder Judiciário. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Teoria do fato consumado. Inaplicabilidade. Precedentes. 1. Pacífica a jurisprudência desta Corte de que o Poder Judiciário não pode se substituir à banca examinadora do concurso público para aferir a correção das questões de prova e a elas atribuir a devida pontuação, consoante previsão

RE 608482 / RN

editância. 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. A jurisprudência deste Tribunal é no sentido da inaplicabilidade da teoria do fato consumado a casos nos quais se pleiteia a permanência em cargo público, cuja posse tenha ocorrido de forma precária, em razão de decisão judicial não definitiva. 4. Agravo regimental não provido (RE 405.964/RS, 1ª Turma, Min. Dias Toffoli, Dje de 16/05/2012).

Sustentou o Ministro Relator, em seu voto:

“A jurisprudência deste Tribunal tem se posicionado no sentido da inaplicabilidade da teoria do fato consumado a casos em que, como o presente, se pleiteia a permanência em cargo público cuja posse tenha ocorrido de forma precária, em razão de decisão judicial não definitiva. Desse modo, é certo que o transcurso do tempo não poderia, por si só, como pretende o agravante, convalidar sua posse no cargo em comento”.

Também da 1ª Turma:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. ASCENSÃO FUNCIONAL. 1. PROVIMENTO DE CARGO PÚBLICO POR CONCURSO INTERNO: IMPOSSIBILIDADE APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 2. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (AI 794.852 AgR/MG, Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 13/03/2011)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REQUISITO PREVISTO EM EDITAL. 1) ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 5º, INC. LV E LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE

RE 608482 / RN

ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. 2) INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (AI 813.739 AgR/RJ, Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 01/02/2011).

Salientou a Ministra Relatora, em seu voto, que:

“(...) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da inaplicabilidade da teoria do fato consumado a situações subjetivas referentes a concurso público”.

No mesmo sentido, na 2ª Turma, em caso em que o candidato já estava exercendo o cargo de sargento:

Ementa: RECURSO. Agravo de Instrumento. Exame de seleção. Curso de Sargento da Polícia Militar. Teste de avaliação física. Reprovação. Matrícula. Antecipação de tutela. Teoria do Fato Consumado. Inaplicabilidade. Reexame de fatos e provas. Aplicação da súmula 279. Agravo regimental improvido. Precedentes. Não se conhece de agravo de instrumento que tenha por objeto reexame de fatos e provas (AI 504.970 AgR/MG, 2ª Turma, Min. Cezar Peluso, DJe de 29/08/2012).

Também da 2ª Turma:

Ementa: Agravo de instrumento – Embargos de declaração recebidos como recurso de agravo – Concurso Público – Exame psicotécnico – Exigência de rigor científico – Necessidade de um grau mínimo de objetividade – Direito do candidato de conhecer os critérios norteadores da elaboração e das conclusões resultantes dos testes psicológicos que lhe tenham sido desfavoráveis – Possibilidade de impugnação judicial de tais resultados – Princípio constitucional da inafastabilidade do

RE 608482 / RN

controle jurisdicional dos atos da Administração Pública – Repercussão Geral da matéria que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu no julgamento do AI 758.533-QO-RG/MG – reafirmação, quando da apreciação de mencionado recurso, da jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou no exame dessa controvérsia – Rejeição da teoria do fato consumado – PRECEDENTES (STF) – Recurso de Agravo improvido (AI 504.987 ED/MG, 2ª Turma, Min. Celso de Mello, DJe de 01/07/11).

Afirmou o Ministro Relator em seu voto:

“Impõe-se ter presente, de outro lado, na linha de decisões emanadas desta Suprema Corte (RE 275.159/SC, Rel. Min. ELLEN GRACIE) que situações de fato, geradas pela concessão de provimentos judiciais de caráter meramente provisório, não podem revestir-se, ordinariamente, “*tractu temporis*”, de eficácia jurídica que lhes atribua sentido de definitividade, compatível, apenas, com decisões favoráveis revestidas da autoridade da coisa julgada. Esse entendimento tem prevalecido no magistério jurisprudencial que ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal firmaram no tema concernente à teoria do fato consumado (RTJ 176/263, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – RTJ 177/220, Rel. Min. MOREIRA ALVES – RTJ 177/241, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA).

Outro precedente:

Ementa: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. REEXAME DE FATOS E PROVAS E CLAUSÚLAS DO EDITAL. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. 1. A análise do recurso extraordinário depende da interpretação do teor do edital do concurso público e do reexame dos fatos e das provas da causa. 2. A participação em curso da Academia de Polícia

RE 608482 / RN

Militar assegurada por força de antecipação de tutela, não é apta a caracterizar o direito líquido e certo à nomeação. 3. Esta Corte já rejeitou a chamada "teoria do fato consumado". Precedentes: RE 120.893-AgR/SP e AI 586.800-ED/DF, dentre outros. 4. Agravo regimental improvido (RE 476.783 AgR/SE, Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJe de 21/11/2008)

Registrou o voto da Ministra Relatora, nesse julgado:

“Ou seja, se a recorrente participou das etapas seguintes do certame, chegando a cursar a Academia de Polícia Militar por força de antecipação de tutela, e não demonstrou a concessão definitiva a seu favor, não há que se invocar direito adquirido para proteger o ato.

Conforme assentei no julgamento pela Primeira Turma do RMS 23.692/DF, de que fui relatora, DJ de 16.11.2001, “a participação em segunda etapa de concurso público assegurada por força de liminar em que não se demonstra a concessão definitiva da segurança pleiteada, não é apta a caracterizar o direito líquido e certo à nomeação. No mesmo sentido, o RMS 24.551/DF, Segunda Turma, DJ de 24.10.2003.

Entendo, assim, que o direito adquirido e o decurso de tempo, no caso, não podem ser invocados porque, na linha de vários precedentes desta Corte, também rejeito a chamada “teoria do fato consumado”. Cito o AI 586.800 ED/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 17/08/2008, RE 462.909 AgR/GO, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJ de 12/05/2006, e o RE 120.893 AgR/SP, Primeira Turma, DJ de 11/12/1987, relatado pelo Min. Moreira Alves, cujo voto, na parte que interessa, tem o seguinte teor:

‘Não desconheço que esta Corte tem, vez por outra, admitido – por fundamento jurídico que não sei qual seja – a denominada “teoria do fato consumado”, desde que se trate de situação ilegal consolidada no tempo quando decorrente de deferimento de liminar em mandado de segurança.

Jamais compartilhei esse entendimento que leva a premiar

RE 608482 / RN

quem não tem direito pelo fato tão só de um Juízo singular ou de um Tribunal retardar exagerada e injustificadamente o julgamento definitivo de um mandado de segurança em que foi concedida liminar, medida provisória por natureza, ou de a demora, na desconstituição do ato administrativo praticado por força de liminar posteriormente cassada, resultar de lentidão da máquina administrativa.”

As inúmeras decisões monocráticas no mesmo sentido (v.g.: AI 856.711/RS, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 28/11/2012; ARE 707.111/MG, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 11/10/2012; RE 710.073/MG, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 02/10/2012) evidenciam a solidez da jurisprudência do STF quanto ao tema.

Registro, ainda, que, ao julgar o RE 635.739, Rel. Min. GILMAR MENDES, o próprio Plenário, em sessão de 19.2.14, com apenas dois votos vencidos, reafirmou a jurisprudência das Turmas, afastando a possibilidade de “modulação de efeitos” fundada em alegado fato consumado.

3. É clara, portanto, a jurisprudência do STF a respeito dessa questão: sopesando os valores e interesses em conflito, faz preponderar, sobre o interesse individual do candidato, advogando a proteção da confiança legítima, o peso maior do interesse público na manutenção dos elevados valores jurídicos que, de outra forma, ficariam sacrificados.

É realmente difícil, em face das disposições constitucionais que regem o acesso a cargos públicos, justificar a manutenção da situação pretendida pela recorrida. Não se trata, sequer, de considerar o argumento da boa-fé ou o princípio, a ela associado, da proteção da confiança legítima do administrado. Esse argumento é cabível quando, por ato de iniciativa da própria Administração, decorrente de equivocada interpretação da lei ou dos fatos, o servidor se vê alçado a determinada condição jurídica ou vê incorporada ao seu patrimônio funcional determinada vantagem, fazendo com que, por essas peculiares circunstâncias, provoque em seu íntimo uma natural e justificável

RE 608482 / RN

convicção de que se trata de um *status* ou de uma vantagem legítima. 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.

É completamente diferente, entretanto, a situação dos autos, em que a vantagem obtida – ou seja, a nomeação e posse em cargo público – se deu, não por iniciativa da Administração, mas por provocação do próprio servidor e contra a vontade da Administração, que, embora manifestando permanente resistência no plano processual, outra alternativa não tinha senão a de cumprir a ordem judicial que deferiu o pedido. Ora, considerando o regime próprio da execução provisória das decisões judiciais - que, como se sabe, é fundada em títulos marcados pela precariedade e pela revogabilidade a qualquer tempo, operando, nesse último caso, por força de lei, automático retorno da situação jurídica ao *status quo ante* –, não faz sentido pretender invocar os princípios da segurança jurídica ou da proteção da confiança legítima nos atos administrativos. Pelo contrário: o que se deve considerar é que o beneficiário da medida judicial de natureza precária não desconhecia, porque isso decorre de lei expressa, a natureza provisória e revogável dessa espécie de provimento, cuja execução se dá sob sua inteira responsabilidade e cuja revogação acarreta automático efeito *ex tunc*, sem aptidão alguma, conseqüentemente, para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere.

Com efeito, é decorrência natural do regime das medidas cautelares antecipatórias que a sua concessão se cumpra sob risco e responsabilidade de quem as requer, que a sua natureza é precária e que a sua revogação opera automáticos efeitos *ex tunc*. Em se tratando de mandado de segurança, há até mesmo súmula do STF a respeito (Súmula 405: "Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no

RE 608482 / RN

juízo do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária". A matéria tem, atualmente, disciplina legal expressa, aplicável a todas as medidas antecipatórias, sujeitas que estão ao mesmo regime da execução provisória (CPC, art. 273, § 3º). Isso significa que a elas se aplicam as normas do art. 475-O do Código: o seu cumprimento corre por conta e responsabilidade do requerente (inciso I), que, portanto, tem consciência dos riscos inerentes; e, se a decisão for revogada, "ficam sem efeito", "restituindo-se as partes ao estado anterior" (inciso II). O mesmo ocorre em relação às medidas cautelares, cuja revogação impõe o retorno das partes ao *status quo ante*, ficando o requerente responsável pelos danos oriundos da indevida execução da medida (art. 811 do CPC).

A doutrina é uníssona a respeito, cumprindo referir, por todos, a lição didática de Humberto Theodoro Júnior:

“Não há dúvida que a Teoria do Risco, no campo da tutela cautelar, foi adotada pelo CPC e amplamente acatada pela doutrina, como melhor, mais justa e jurídica opção do legislador. Com efeito, tem-se a responsabilidade objetiva do art. 811 ‘como contrapartida do juízo provisório e superficial que justifica a concessão da cautelar... Quem pleiteia em juízo, valendo-se apenas dos aspectos da probabilidade, há que indenizar a parte contrária sempre que esta, em um melhor exame, demonstrar a sua razão. É o risco e sua assunção andando lado a lado’.

Não se trata, em síntese, de sancionar a má-fé, mas apenas de cobrar do promovente da medida cautelar o prejuízo acarretado ao requerido, visto que tudo se passou sob o pálio de um juízo provisório e superficial próprio da tutela emergencial prestada por conta e risco da parte que, afinal, veio a decair de sua pretensão.

(...)

Pontes de Miranda já vislumbrava, mesmo antes da criação do instituto genérico da antecipação de tutela, a aplicabilidade da responsabilidade objetiva fundada no art. 588,

RE 608482 / RN

CPC (atual art. 475-O), a toda e qualquer execução provisória fundada em "outros títulos que a sentença".

Daí se poder concluir que todos os atos executivos provisórios admitidos e tutelados pelo direito processual sujeitam o promovente à responsabilidade objetiva, sejam elas medidas cautelares (art. 811), medidas de antecipação de tutela (art. 273) ou medidas promovidas no processo de execução provisória de sentença (art. 475-O).

As medidas de antecipação de tutela hão de receber igual tratamento das medidas cautelares não só porque pertencem ao mesmo gênero das medidas cautelares - tutela provisória de urgência - como porque o legislador, ao regulá-las, fez expressa referência ao antigo art. 588, submetendo-as ao disposto nos incisos I e II do citado dispositivo legal.

O inciso III do art. 588 estabelecia, expressamente, a responsabilidade civil do exequente (de sentença não definitiva ou de medida de antecipação de tutela) pela restituição do requerido ao *status quo ante*, caso sobreviesse acórdão que modificasse ou anulasse a sentença que fora objeto de execução.

(...)

Não se indagava de má-fé, dolo ou culpa, grave ou leve. Bastava que a parte tivesse assumido o risco de promover em seu favor a execução de medida judicial provisória, despida de segurança e definitividade. O regime do art. 588 foi mantido pelo atual 475-O.

Já afirmava Pontes de Miranda, com respaldo em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que "o exequente, na execução provisória, assume o risco de não ser vencedor na via recursal. A volta ao *status quo ante* por vezes acarreta indenização de danos, inclusive morais. Não se indaga se houve dolo, ou culpa. O ato de executar provisoriamente entra no mundo jurídico como ato-fato lícito, que dá causa à reparação, por se ter de repor o status quo ante".

(...)

As medidas de antecipação de tutela acham-se vinculadas

RE 608482 / RN

à cláusula legal de reversibilidade. Proíbe a lei a concessão de qualquer antecipação de tutela que crie simplesmente o perigo da irreversibilidade (CPC, art. 273, § 2º). E para assegurar a reversibilidade, no caso de insucesso da parte autora no julgamento final da causa, é claro que o sucumbente deverá responder, amplamente, pela reposição das coisas no seu *status quo ante*. Isto se dará, independentemente de apuração de culpa ou dolo, porque se trata de emanação natural do sistema da lei, que assegura à parte a plena utilidade e completa efetividade dos resultados do processo.

Se, pois, a antecipação se dá sob a garantia legal de reversibilidade, e se a reversão terá de ser feita com a restituição das partes ao estado anterior, forçosamente a recomposição patrimonial do prejudicado só poderá correr por conta de quem promoveu a execução de medida substancialmente provisória.

Por fim, impende concluir que se a responsabilidade objetiva, nesse quadro, é a solução imposta pela lei para as medidas cautelares e para a execução provisória de sentença, com igual intensidade terá de ser observada também nas antecipações de tutela, dada a substancial identidade de razões que as justificam no plano normativo. Medida cautelar (conservativa) e medida antecipatória (satisfativa) são espécies distintas de um mesmo gênero - a tutela de urgência - porque ambas têm em comum a força de quebrar a seqüência normal do procedimento ordinário, ensejando, sumariamente, provimentos que, em regra, só seriam cabíveis depois do acerto definitivo do direito da parte". (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. 45. ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2010, p. 715-719).

Especificamente sobre o tema aqui examinado, calha a doutrina de Leonardo José Carneiro da Cunha:

A antecipação de tutela acarreta a imediata execução ou

RE 608482 / RN

efetivação da medida, consistindo, em verdade, numa execução provisória. Significa que o regime da execução provisória é aplicável à efetivação da tutela antecipada, pondo-se em evidência a regra do inciso II do art. 475-O do CPC: revogada, modificada ou anulada a decisão antecipatória, fica sem efeito a tutela antecipada, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos por arbitramento.

Daí por que deferida tutela antecipada para determinar, por exemplo, a manutenção de um candidato num concurso público, a posterior revogação, anulação ou cassação da medida antecipatória impõe a restituição ao estado anterior: o candidato deve ser considerado eliminado do certame, não se aplicando a teoria do fato consumado (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 6. ed. Dialética: São Paulo, 2008, p. 248-250).

O que se quer realçar, com essa digressão sobre a natureza dos provimentos cautelares e da execução provisória das sentenças, é que não há suporte lógico ou teleológico para, em relação aos efeitos de sua efetivação, pretender evitar o retorno ao *status quo ante* invocando o princípio da segurança jurídica ou da proteção da confiança legítima.

4. Se nem esses princípios podem, aqui, ser contrapostos aos que orientam o sistema constitucional de acesso aos cargos públicos, o que resta como fundamento para sustentar a conclusão do acórdão recorrido é, apenas, o interesse individual de manter o cargo. Ora, esse interesse da recorrida não tem aptidão para justificar o desatendimento do superior interesse público no cumprimento das normas constitucionais. Aliás, a esse interesse individual se opõe, desde logo e com manifesta supremacia, até mesmo outro interesse particular de mesma natureza, daquele candidato que, tendo se submetido e obtido aprovação no concurso, foi, no entanto, alijado do cargo, que acabou ocupado por outro concorrente sem observância das exigências constitucionais.

RE 608482 / RN

5. Ante o exposto, e sem prejuízo de assegurar à recorrida os vencimentos e vantagens percebidos até a data desse julgamento, dou provimento ao recurso extraordinário, para julgar improcedente o pedido.

É o voto.

07/08/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 608.482 RIO GRANDE DO NORTE

V O T O

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

I. A HIPÓTESE

1. Senhor Presidente, cuida-se de recurso extraordinário interposto em face de decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJ/RN), que aplicou a assim chamada “teoria do fato consumado” para manter o provimento da autora - ora recorrida - em cargo de agente de polícia civil que ocorreu, em janeiro de 2002, por decisão liminar, mas que posteriormente foi confirmada por sentença da Quinta Vara de Fazenda Pública de Natal e por acórdão do TJ/RN. A autora, tendo sido reprovada no teste físico, alega a existência de vícios e equívocos na sua aplicação, e, assim, postula que seja considerada apta no teste físico, o que, de fato, ocorreu nas decisões de mérito antes mencionadas.

2. Entretanto argumentam o recorrente, o Estado do Rio Grande do Norte, e o *amicus curiae*, União Federal, que a aplicação do princípio da confiança a provimentos determinados por decisões judiciais não transitadas em julgado implica violação à obrigatoriedade de aprovação em concurso público, buscando-se legitimar situação de fato contrária à Constituição, o que atentaria contra a sua força normativa.

II. SÍNTESE DA DIVERGÊNCIA COM O VOTO DO MINISTRO RELATOR

RE 608482 / RN

3. Inicialmente, destaco que ouvi com bastante atenção, prazer e proveito o voto do Relator, Ministro Teori Zavaski, e que concordo com muitas das ideias expostas por sua S.Exa., mas divirjo em relação ao enquadramento dado ao caso concreto.

4. A primeira divergência se relaciona com a apresentação da questão como uma oposição entre (a) o interesse individual do candidato em permanecer no cargo público e (b) o interesse público de fazer-se respeitar a regra do concurso público. Nem sempre isso ocorrerá, pois é possível conceber situações em que haverá potencial colisão entre normas constitucionais: de um lado, o princípio constitucional da proteção da confiança (vertente subjetiva do princípio da segurança jurídica), e, de outro, o princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso público.

5. O segundo ponto de discordância com o voto do Ministro Relator diz respeito ao tratamento semelhante conferido a decisões judiciais que, nesse particular, parecem apresentar relevantes distinções. Com efeito, ao atribuir a todas as decisões judiciais não transitadas em julgado a natureza de “provisórias”, parece ter havido desconsideração da sensível diferença de estabilidade entre, por exemplo, uma decisão liminar de primeira instância e uma decisão de mérito de segunda instância.

6. Por fim, a conclusão de que somente com o trânsito em julgado da decisão judicial a posse da autora em cargo público se torna irreversível acaba por restringir a aplicabilidade do princípio da proteção da confiança à esfera da Administração Pública, negando completamente a sua aplicação à esfera judicial. Porém, parece-me que o princípio da proteção da confiança tem, sim, relevância no âmbito judicial, pois naturalmente decisões do Estado-juiz também podem gerar expectativas legítimas para os cidadãos.

7. Esclarecidos os principais pontos de divergência em face

RE 608482 / RN

do voto proferido pelo ilustre Ministro Relator, cabe desenvolvê-los.

III. PONDERAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE DO CONCURSO PÚBLICO E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

8. Inicialmente, é bem de ver que o debate sobre a possibilidade de estabilização de provimentos em cargos públicos decorrentes de decisões judiciais não transitadas em julgado consiste em hipótese que não se reconduz necessariamente a uma oposição entre interesse individual versus interesse público.

9. Ao contrário, a questão pode suscitar interessante caso de ponderação de normas constitucionais. De um lado, o princípio da obrigatoriedade do concurso público conduz, *prima facie*, à negativa de estabilização dessas situações, na medida em que, tendo o órgão público responsável pelo certame considerado o(a) candidato(a) reprovado(a) em etapa eliminatória, a aplicação do princípio conduz, em tese, à invalidação do provimento. Trata-se de corolário natural da aplicação do princípio da isonomia ao acesso aos cargos públicos, da consequente necessidade de as seleções públicas se pautarem por critérios impessoais e meritocráticos e da presunção de veracidade e validade dos atos administrativos.

10. De outro lado, tem-se o princípio da segurança jurídica, na sua vertente subjetiva, que protege a confiança legítima. Como se sabe, o princípio da segurança jurídica, em um enfoque objetivo, veda a retroação da lei, tutelando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Em sua perspectiva subjetiva, a segurança jurídica protege a confiança legítima, procurando preservar fatos pretéritos de eventuais modificações na interpretação jurídica, bem como resguardando efeitos jurídicos de atos considerados inválidos por qualquer razão. Em última análise, o princípio da confiança legítima se destina precipuamente a

RE 608482 / RN

proteger expectativas legitimamente criadas em indivíduos por atos estatais.

11. Portanto, a aplicação do princípio da proteção da confiança pressupõe a adoção de atos contraditórios pelo Estado que frustrem legítimas expectativas nutridas por indivíduos de boa-fé. Naturalmente, tais expectativas podem ser frustradas não apenas por decisões administrativas contraditórias, mas também por decisões judiciais dessa natureza. Nada obstante a potencial reversibilidade de decisões judiciais não transitadas em julgado, não parece razoável restringir a aplicação do princípio da proteção da confiança ao âmbito da Administração Pública, pois a invalidação da posse em cargo público determinada por decisão judicial prolatada há décadas pode, presentes determinadas condições adiante exploradas, frustrar expectativas legítimas criadas pelo ato estatal pretérito, causando, portanto, forte abalo à segurança jurídica.

IV. PROPOSTA DE PARÂMETRO ESPECÍFICO PARA A PONDERAÇÃO

12. Diante do papel do Supremo Tribunal Federal de uniformizar a interpretação da Constituição Federal, e notadamente em razão do reconhecimento da repercussão geral da questão suscitada nesse recurso extraordinário, a meu ver convém a esse Tribunal propor orientação clara e objetiva para a atuação dos demais Tribunais brasileiros em hipóteses semelhantes.

13. O primeiro fator relevante diz respeito ao tempo decorrido entre as decisões judiciais contraditórias. Há evidente relação de direta proporcionalidade entre o decurso de tempo e o fortalecimento da expectativa de preservação da posse em cargo público, de maneira que, quanto maior o tempo decorrido, mais sólida será a

RE 608482 / RN

expectativa.

14. Note-se que o art. 54 da Lei n. 9.784/1999 realizou ponderação em abstrato entre o dever de a Administração Pública anular atos ilegais e o princípio da proteção da confiança, tendo como critério principal o fator “tempo”. Confirma-se a redação do dispositivo: “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.” Assim, parece razoável a aplicação, por analogia, do período de cinco anos para a estabilização da expectativa do administrado ou jurisdicionado.

15. Porém, não basta o decurso do prazo de cinco anos para que o princípio da proteção da confiança inviabilize a reversão de expectativa legítima criada por decisão judicial. Ao contrário, o art. 54 da Lei n. 9.784/1999 é expresso em condicionar a aplicação da prescrição quinquenal à boa-fé do beneficiário. Na hipótese em análise, a boa-fé do indivíduo pode ser aferida pela plausibilidade da tese jurídica exposta na petição inicial e pela ausência de procrastinação do feito. Com efeito, sendo claramente implausível a pretensão do autor, e não tendo ele dado causa à demora na revisão da decisão que lhe foi favorável, não há que se falar em intangibilidade da sua expectativa ainda que tenha se passado mais de cinco anos da prolação da decisão judicial que lhe assegurou a posse em cargo público.

16. Há, porém, outro fator relevante para tornar mais objetiva e intersubjetivamente controlável a ponderação em análise: o nível de estabilidade da decisão judicial que determina a posse em cargo público. Assim, quanto mais estável for a decisão maior será a confiança nutrida pelo indivíduo acerca da obtenção de posicionamento favorável do Poder Judiciário sobre a sua pretensão. Há também aqui importante analogia a estabelecer: a Lei da Ficha Limpa (Lei

RE 608482 / RN

Complementar n. 135/2010) prevê que a condenação “proferida por órgão judicial colegiado” consiste em hipótese de inelegibilidade do respectivo candidato (redação conferida ao art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar n. 64/1990), em dispositivo já julgado constitucional pelo STF.

17. Assim, parece razoável propor que decisões de mérito de órgãos colegiados que determinem a posse em cargos públicos conferem ao servidor legítima expectativa de preservação da sua condição de servidor público, salvo se contrariarem precedente desse Supremo Tribunal Federal. Para além da analogia à Lei da Ficha Limpa, essa orientação parte da premissa de que o Supremo Tribunal Federal não deve necessariamente processar e julgar, em última instância, todas as hipóteses de aplicação pelos Tribunais brasileiros do princípio da proteção da confiança para a preservação do provimento em cargo público em decorrência de decisão judicial, mas fixar os parâmetros para a sua correta aplicação e reformar as decisões em que haja demonstração inequívoca da sua não observância adequada.

18. Os três fatores podem ser sintetizados na seguinte proposição objetiva, que sugiro seja afirmada pelo STF em sede de repercussão geral: “No caso de investidura em cargo público por força de decisões judiciais ainda sem trânsito em julgado, a aferição da eventual confiança legítima a ser protegida envolverá a consideração dos seguintes fatores: a) a permanência no cargo por mais de cinco anos; (b) a plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e a ausência de conduta processual procrastinatória; (c) decisão de mérito proferida em segunda instância.”

V. APLICAÇÃO DO PARÂMETRO PROPOSTO AO CASO CONCRETO

RE 608482 / RN

19. A autora tomou posse em 25 de janeiro de 2002, em virtude de decisão liminar posteriormente confirmada pela sentença da Quinta Vara de Fazenda Pública de Natal e pelo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte que desproveu o apelo interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte. Ademais, afirma a autora, em sua petição inicial, que, embora tenha sido aprovada nas provas de cooper, salto em distância e salto em altura (todas integrantes do teste físico), foi reprovada no teste de flexões abdominais, pois teria sido induzida a erro pelo fiscal, que a mandou descansar após ter completado vinte e duas flexões antes do término do tempo destinado à prova (o número mínimo requerido para aprovação era de vinte flexões). Porém, posteriormente se constatou que três flexões teriam sido mal executadas, e, com a anulação delas, faltou uma flexão para o atingimento do número mínimo. Ademais, a autora demonstra que obteve aprovação na disciplina Educação Física, do Curso de Formação de Agentes Policiais, com nota 9.5. Tais fatos não foram refutados na contestação. Por fim, a autora não apenas foi confirmada no estágio probatório, como não há notícia da instauração de processos administrativos para a apuração de infrações disciplinares

20. A breve descrição do contexto fático é suficiente para demonstrar que o caso concreto se amolda ao parâmetro acima delineado. Pois bem. A autora exerce o cargo de Agente de Polícia há mais de doze anos, prazo muito superior ao quinquênio previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/1999. A tese jurídica exposta na inicial é bastante plausível, na medida em que, embora não haja dúvidas da adequação da previsão de teste físico para a seleção de Agentes de Polícia, parece efetivamente ter havido graves equívocos na sua aplicação em face da autora, além de o seu excelente desempenho na disciplina de Educação Física, a sua aprovação no estágio probatório e não haver notícia sobre a instauração de processos administrativo-disciplinares revelarem a sua aptidão física para o bom desempenho das atribuições inerentes ao cargo.

RE 608482 / RN

21. Por fim, a posse da autora não apenas ocorreu há mais de doze anos, como se respaldou em decisão colegiada de mérito de Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Tal decisão não contraria precedente do Supremo Tribunal Federal; ao contrário, há notáveis decisões desse Tribunal que respaldam a pretensão autoral, e, via de consequência, a decisão recorrida.

22. Com efeito, no julgamento do Agravo Regimental do Recurso Extraordinário n.º 429906, Rel. Min. Eros Grau, o STF aplicou a teoria do fato consumado para convalidar a matrícula de aluno determinada por decisão judicial em virtude de ter havido a conclusão do curso antes do trânsito em julgado. Já no julgamento do Mandado de Segurança n. 22.357/DF o STF validou a admissão de empregados públicos na INFRAERO em virtude da existência à época de controvérsia sobre a existência, ou não de obrigatoriedade, de prévia aprovação em concurso público para o provimento em emprego público nas estatais.

23. Diante do exposto, voto pelo desprovimento do Recurso Extraordinário e pela adoção do seguinte parâmetro para a definição da manutenção, ou não, de provimentos em cargos públicos determinados por decisões judiciais não transitadas em julgado: “No caso de investidura em cargo público por força de decisões judiciais ainda sem trânsito em julgado, a aferição da eventual confiança legítima a ser protegida envolverá a consideração dos seguintes fatores: a) a permanência no cargo por mais de cinco anos; (b) a plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e a ausência de conduta processual procrastinatória; (c) decisão de mérito proferida em segunda instância.”

24. É como voto.

07/08/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 608.482 RIO GRANDE DO NORTE**ADITAMENTO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Senhor Presidente, ouvi, com toda a atenção, prazer e proveito, como de costume, o voto do eminente Ministro Teori Zavascki. E devo dizer que concordo com muitos dos conceitos e com muitas das premissas que Sua Excelência estabeleceu, mas não concordo com o enquadramento dado ao caso concreto. E vou expor brevemente as minhas razões - trago um voto escrito, mas, na maior parte, pelo menos, não pretendo ler.

A minha visão um tanto contraposta à de Sua Excelência envolve alguns tópicos específicos. O primeiro deles: o Ministro Teori tratou a matéria como sendo uma oposição entre o interesse individual do candidato em permanecer no cargo, de um lado, e, do outro, o interesse da Administração Pública em fazer valer o mandamento do concurso público. Não estou certo de que esse tipo de debate sempre envolva esses dois vetores e, sobretudo, não estou convencido de que eles caracterizem bem este caso concreto - em seguida, direi por quê. Em segundo lugar, a meu ver, e com todas as vênias, o Ministro Teori trata com igualdade e, portanto, com o mesmo efeito, decisões que, no meu entendimento, têm graus diferentes de estabilidade. Uma coisa é o servidor ser investido em um cargo público por uma liminar; a outra, é o servidor estar investido em um cargo público por uma decisão de tribunal de segundo grau. Portanto, entendo que o grau de estabilidade e o nível hierárquico da decisão podem e devem fazer diferença. E a minha terceira consideração, de ponto de observação diferente, é que o Ministro Teori Zavascki considera que o princípio da proteção da confiança somente é aplicável à Administração Pública, não sendo aplicável às hipóteses em que eventual expectativa de direito venha a resultar de decisão judicial, posição com a qual, igualmente, eu não estou de acordo.

Portanto, Presidente, tendo essas três percepções diferentes, eu enuncio quais são os elementos, qual é a linha condutora do meu ponto

RE 608482 / RN

de vista nesta matéria.

A questão está posta pelo Ministro Teori Zavascki. E frequentemente ela tem sido posta pela jurisprudência, de uma maneira geral, como se fosse uma questão envolvendo a teoria do fato consumado, que é um nome extremamente infeliz, porque dá a impressão de que uma ilegalidade consumada pode ser fonte geradora de direito, o que evidentemente soa mal a qualquer ouvido acostumado a lidar com as questões jurídicas. No fundo, está em questão ser ou não uma hipótese em que exista proteção da confiança a ser assegurada pelo Poder Judiciário. Portanto, eu gostaria de dizer que não tenho simpatia, pois acho imprópria e acho pejorativa a expressão "teoria do fato consumado". Está em jogo aqui saber se existe ou não uma hipótese da proteção da confiança.

Desse modo, a ponderação a ser feita aqui não é entre interesse privado do indivíduo e interesse público da Administração. A ponderação a ser feita aqui, a meu ver, é entre o princípio da confiança legítima, de um lado, e o mandamento do concurso público, de outro lado. E, como em toda e qualquer ponderação, a meu ver, nem sempre é possível estabelecer, **prima facie**, qual dos dois elementos, qual dos dois pratos da balança, qual dos dois princípios, quando seja o caso, é que deve prevalecer. Essa ponderação tem que ser feita à luz dos elementos do caso concreto.

Assim, a proteção da confiança legítima, e com respeito devido a quem pense diferentemente, ela é um valor constitucional decorrente do princípio da segurança jurídica. Por isso, o argumento de que não há nenhuma tese constitucional em favor da recorrida, com a devida vênia, parece-me impróprio.

A ideia de segurança jurídica tem uma vertente objetiva que impede a retroatividade das normas e, portanto, protege ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada. E ela tem uma vertente subjetiva que protege as expectativas legítimas das pessoas, inclusive, preservando efeitos de atos eventualmente inválidos. Consequentemente aqui é uma hipótese de proteção da confiança.

RE 608482 / RN

E, aí, essa confrontação entre concurso público e proteção da confiança envolverá hipótese em que haverá certezas positivas, em que não há confiança a ser protegida. E acho que haverá hipóteses de certezas negativas. Nos extremos, é relativamente fácil determinar se há ou não um direito, mas há muitas nuances nestas situações de investiduras de servidor por decisão judicial.

Portanto, Presidente, como se trata aqui de repercussão geral - assim esta vai ser uma decisão que vai prevalecer nacionalmente, e com a força das decisões que têm caráter vinculante -, eu gostaria de propor, para o tratamento dessa matéria, três parâmetros capazes de permitir que o Poder Judiciário distinga onde a distinção deve ser feita. Aqui não há uma decisão possível capaz de abarcar todas as causas. Não é uma hipótese de *one size fits all*. Eu acho que é preciso saber algumas características do caso concreto para saber onde está a interpretação constitucionalmente adequada. E proponho os seguintes parâmetros: o primeiro deles há de ser o tempo decorrido entre as decisões contraditórias. Neste caso, nós estamos lidando com uma investidura de quatorze anos. Portanto, a primeira consideração a se levar em conta é o tempo. A Lei do Processo Administrativo, a Lei nº 9.784, no artigo 54, estabelece um prazo de cinco anos para que a Administração possa exercer o seu poder-dever de anular os atos eventualmente ilegais. A Lei leva em conta, para a Administração Pública, o fator tempo, e o dispositivo diz:

"Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé."

Portanto, o primeiro parâmetro que eu utilizo é, por analogia, esse prazo de cinco anos, que é o prazo que estabiliza os atos na Administração Pública. Porém - e aqui um parâmetro complementar ao parâmetro tempo, ainda não é o segundo parâmetro -, não basta o tempo, é preciso que haja boa-fé, porque também é isso que a Lei do Processo Administrativo exige. Pois bem, no caso de situações como esta, a boa-fé, a meu ver, estará, primeiro, na plausibilidade da pretensão jurídica, porque, se for um pedido absurdo, que, eventualmente, tenha logrado

RE 608482 / RN

um êxito, acho que se possa desconsiderar. Em segundo lugar, como eu estou levando em conta o fator tempo de cinco anos, é preciso que a parte não tenha causado, deliberadamente, a procrastinação do processo. Portanto, o primeiro parâmetro é tempo mais boa-fé.

O segundo parâmetro, que eu considero indispensável de ser levado em conta em situações como esta, é o grau de estabilidade da decisão judicial; se for uma investidura por mera liminar que tenha durado um longo tempo, a situação do postulante é muito mais frágil do que se ele tiver uma sentença de primeiro grau, porém a sua situação será mais forte ainda, geradora de maior expectativa, se ele tiver uma decisão de segundo grau, uma decisão de um tribunal de justiça ou uma decisão de um tribunal regional federal. E nós, um dia - e eu espero ainda estar vivo -, vamos criar neste País a cultura de que os processos devem acabar no segundo grau de jurisdição, como regra, e não todos os processos acabarem no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, para mal dos nossos pecados. E, se nós vamos valorizar o duplo grau de jurisdição, se nós vamos defender que os processos como regra geral devem acabar no tribunal, porque ali já se realizou o devido processo legal, nós temos que prestigiar as decisões, os acórdãos dos tribunais de segundo grau. Assim, alguém que tenha um direito reconhecido por um tribunal de segundo grau, por um acórdão, evidentemente terá forte indício de que uma eventual modificação vai afetar a sua confiança jurídica.

Portanto, o terceiro elemento, que me parece merecer consideração, é o órgão do qual provém a decisão, e evidentemente quanto mais elevado o órgão judicial, mais elevada deve ser a expectativa do direito.

Nós precisamos considerar que a Lei da Ficha Limpa considera que a decisão de um órgão colegiado pode tornar inelegível uma pessoa. Eu acho que a decisão de um órgão colegiado gera uma expectativa de direito que merece ser protegido.

Presidente, aqui eu sintetizei, **in abstracto**, os parâmetros que considero devem ser levados em conta para reconhecer-se ou não a existência de confiança legítima a ser protegida: o tempo decorrido, a

RE 608482 / RN

boa-fé da pretensão e o fato de a decisão ter sido prolatada por um órgão de segundo grau. E aqui eu aplico esses meus parâmetros ao caso concreto, já caminhando para o fim da minha manifestação.

A autora da ação e recorrida aqui tomou posse em 25 de janeiro de 2002, em virtude de decisão liminar posteriormente confirmada por sentença da 5ª Vara da Fazenda Pública e, mais tarde, confirmada por acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Ademais, a autora, embora tenha sido aprovada nas provas de *cooper* - e aqui relata os fatos incontroversos -, salto em distância e salto em altura, todas integrantes do teste físico, foi reprovada no teste de flexões abdominais, pois teria sido induzida em erro pelo fiscal que a mandou descansar após ter completado vinte e duas flexões. O número mínimo requerido para a aprovação era de vinte flexões - foi essa a causa de reprovação da moça -, porém, posteriormente, afirmou-se que três flexões teriam sido mal- executadas, e, com a anulação das três flexões, a recorrida realizou só dezenove flexões, quando a exigência era de vinte. Portanto, ela foi reprovada por faltar-lhe uma flexão abdominal. Depois de investida por decisão judicial, ela faz o curso de formação e é aprovada na disciplina Educação Física com nota 9,5. Tais fatos não foram refutados em contestação. A breve descrição do contexto fático é suficiente para demonstrar, a meu ver, que, neste caso concreto, aplicam-se os três parâmetros por mim propostos acima.

A autora exerce o cargo de agente de polícia há mais de quatorze anos, portanto, prazo muito superior aos cinco anos previstos no art. 54 da Lei nº 9.784. A tese jurídica exposta na inicial é bastante plausível, na medida que, embora não haja dúvidas da adequação da previsão de teste físico para a seleção de agentes de polícia, parece efetivamente ter havido grave equívoco na sua aplicação da autora, reprovada por uma flexão e, depois, aprovada praticamente com nota máxima no curso de "Educação Física".

E, por fim, a posse da autora não apenas ocorreu há mais de quatorze anos, como se respaldou em decisão colegiada de mérito de Câmara Cível de um Tribunal de Justiça. E, tal decisão, a meu ver, não

RE 608482 / RN

contraria frontalmente qualquer precedente do Supremo Tribunal, e a própria eminente Advogada da União exemplificou com dois precedentes da tribuna, embora tenha procurado dizer que não se enquadravam tipicamente - com o que pessoalmente eu não estou de acordo. Até porque, se houvesse jurisprudência pacificada - vai haver a partir de hoje - nessa matéria, ela teria sido reafirmada em Plenário virtual, não estaríamos nós aqui debatendo. Portanto, não havia jurisprudência pacificada.

Assim, Presidente, o ponto que estou tentando estabelecer é que eu não tenho divergência com muitas das teses jurídicas do Ministro Teori Zavascki, porque eu também considero que o concurso público é uma exigência constitucional e que a isonomia entre os concorrentes igualmente é uma exigência constitucional. E, portanto, se alguém quiser permanecer no serviço público sem ter se submetido a concurso público, eu não teria dúvida em rejeitar a pretensão. Porém, considero que, se um indivíduo ingressou no serviço público por decisão judicial de órgão colegiado há mais de 14 anos, em hipótese em que não haja nenhuma caracterização de má-fé, penso que esta é uma hipótese que exige um temperamento.

E, portanto, Presidente, eu estou propondo como tese jurídica para ser afirmada em repercussão geral a seguinte:

No caso de investidura em cargo público por força de decisão judicial, ainda sem trânsito em julgado, a aferição de eventual confiança legítima a ser protegida envolverá a consideração dos seguintes fatores: a) permanência no cargo por mais de cinco anos; b) plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e ausência de conduta processual procrastinatória; e c) decisão de mérito proferida por órgão colegiado.

Portanto, esta é a tese que eu estou propondo, em que ela diverge, evidentemente, da tese do Ministro Teori na sua aplicação ao caso concreto. Mas acho que essa é uma formulação que nos permitirá fazer a justiça e tratar desigualmente situações claramente desiguais. Uma coisa é alguém estar investido por uma liminar por dois, três anos e outra coisa é uma pessoa estar investida no cargo por um acórdão há mais de 14

RE 608482 / RN

anos. E acho que se nós tratarmos a investidura por liminar, por um curto período, da mesma forma que tratarmos da investidura por acórdão de mais de uma década, nós não estaremos tratando com desigualdade aquilo que é desigual, e acho que estaremos frustrando o princípio da isonomia.

É como voto, Presidente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Na verdade, Vossa Excelência, com essas razões que aduz, está julgando procedente o pedido, não é?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Acho que improcedente, estou mantendo a decisão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Não, improcedente..

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Na verdade, estou negando provimento ao recurso extraordinário e mantendo a procedência da decisão.

#####

07/08/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 608.482 RIO GRANDE DO NORTE

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Senhor Presidente, peço a palavra, - não para rebater os argumentos do voto do Ministro Barroso, a questão obviamente é uma questão difícil -, mas para fazer alguns esclarecimentos de fato.

No caso concreto, a investidura foi por liminar numa ação cautelar. O juiz de primeiro grau confirmou essa cautelar e o Tribunal não examinou o mérito -, segundo os fundamentos da demanda; pelo contrário, o Tribunal afirmou que reconhecia que não havia sido feita a prova física, nem o exame psicológico, e que o exame psicológico era legítimo. Portanto, a plausibilidade era contra o recorrente. Mas afirmou que mantinha a autora no cargo por força do fato consumado. É isso o que se decidiu.

Portanto, não há uma decisão colegiada afirmando a plausibilidade do direito de permanecer no cargo. O direito de permanecer no cargo foi pelo “fato consumado”, porque a liminar vigorava há sete anos naquele momento. Este foi o fundamento.

Esse o esclarecimento, portanto: não há decisão colegiada afirmando que a tese da inicial é uma tese legítima. Pelo contrário, o segundo grau negou essa legitimidade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Desculpe-me, eu não poderia discordar mais, porque, se o Tribunal confirmou a cautelar, é porque entendeu que havia *fumus boni juris*.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Quase no fato consumado e não na ...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Sim, eles

RE 608482 / RN

consideraram que...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não precisaria julgar a ação ordinária. Para que julgá-la?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, pela ordem.

A premissa do Ministro Teori Zavascki está absolutamente correta. A decisão liminar é uma decisão precária. Sucede que, muitas vezes, uma decisão vem rotulada com um **nomem juris** que não a descaracteriza, nem a desnatura. Na verdade, essa tutela liminar tem natureza satisfativa; ela não é cautelar; ela não garante as condições ideais para que a Justiça seja prestada; ela regula provisoriamente a lide; ela antecipa o direito da parte.

Por outro lado, essa decisão foi proferida pelo juízo de primeiro grau no mérito, confirmada pelo colegiado no mérito e a repercussão geral foi...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mérito, Excelência, que mérito! Mérito a envolver o conflito de interesses? Não.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Claro que é evidente, conforme foi colocado aqui.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, Ministro, uma tutela precária e efêmera, uma medida acauteladora!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Quantas vezes se afirmou aqui, alhures, o uso promíscuo da tutela cautelar para defender direito da parte?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu fico a imaginar o campo de fraude que se abre para isso.

RE 608482 / RN

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ou então realmente apostar-se no Judiciário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Apostemos na morosidade da Justiça, apostemos. Pobre Brasil!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E outra falácia é imaginar que a proteção da confiança só se pode voltar contra o Estado-Administração e não contra o Estado-Juiz. As decisões judiciais têm credibilidade social. Se elas decorrem esse tempo todo, elas alimentam a legítima expectativa do cidadão jurisdicionado.

Pois bem, uma pessoa que está há quatorze anos num cargo, dependendo da idade, nós vamos colocá-la à margem da funcionalidade, à margem do mercado de trabalho.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ela não está há quatorze anos; está, hoje, há doze anos, seis meses e doze dias para ser preciso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Doze ou quatorze, dependendo da idade.

E a verdade é esta: nós já tivemos a sensibilidade aqui de garantirmos situações - aliás, como o próprio Ministro Teori está lavrando no seu voto de determinar que não haja devolução de vencimentos -, mas, na verdade, isso aqui foi uma tutela satisfativa, foi um provimento de mérito confirmado pelo Tribunal e que prevalece até hoje. E o Estado-Juiz também pode sofrer oposição da proteção da confiança e não só o Estado-Administração.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Fux, posso ler um trechinho do acórdão que, com todas as vênias, acho que infirma essa visão. Diz o acórdão:

RE 608482 / RN

"Isso porque, da análise dos autos, constato que a apelada está exercendo o cargo há mais de 07 (sete) anos, e, como bem ressaltado pelo representante do Ministério Público, "sem que haja notícias de que a mesma, por questões inerentes a suas faculdades físicas ou psicológicas, tenha realizado qualquer ato incompatível com a atividade exercida, devendo ser destacado ainda a declaração de desempenho, acostada à fl. 41, na disciplina de Educação Física, ministrada no curso de formação profissional, na qual se encontra atestado que a autora foi aprovada com média 9,5". "

Isso é mérito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Dispensemos o concurso público!

Presidente, a homenagem pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte foi tão grande à teoria do fato consumado que a referência ocorreu com letras maiúsculas, em detrimento de quê? Da Lei das Leis, que é a Constituição Federal. E foi o que disse: pobre Brasil, em que se aposta na morosidade da Justiça. Um ato precário e efêmero, implicando inclusive o resultado que é sinalizado pelos que divergiram do relator – tratamento desigual, porque houve outros concursados –, um ato precário e efêmero, que a própria recorrida sabia que tinha essa natureza, vai prevalecer em detrimento da Carta da República.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu gostaria de fazer um comentário importante.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E a tese dos cinco anos, Presidente, aqui também parece bastante singular. Eu acompanhei a feitura dessa Lei nº 9.784.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eu era inclusive do grupo que fez a Lei e não era esse o objetivo.

RE 608482 / RN

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Imagine o estímulo que nós vamos ter para esvaziar, portanto, o STJ quanto o próprio Supremo Tribunal Federal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E os cinco anos, Ministro, pressupõem ato da Administração Pública. Esta resistiu.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Veja, o que se diz na Lei nº 9.784, em relação a ato administrativo, e aqui teve-se a colaboração indispensável e altaneira do grande jurista do Rio Grande do Sul, do grande administrativista, Professor Couto e Silva, aqui o que se cogitava era de inércia de administração e ausência de má-fé por parte ou alguma contribuição por parte do beneficiário do ato. Era disso que se cuidava.

Agora, aqui é um ato judicial, a Administração está se insurgindo e fazendo tudo o que pode. Por outro lado, os argumentos trazidos agora pelo Ministro Barroso seriam de molde, se fosse o caso, de ter levado à anulação da prova. Se de fato o Tribunal tinha fundamentos para dizer que de fato a prova fora ilegal, deveria ter anulado a prova.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas a parte vai ser prejudicada pela omissão do Tribunal de não ter dito o que deveria ter dito?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - A parte sabia que estava em situação precária.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, não, veja, ou dar o direito, mas não invocar o fato consumado, porque fato consumado em cima de liminar!

E eu fico a imaginar o tipo de engenharia que se vai engendrar para deixar que se ultrapasse o prazo de cinco anos. O prazo de cinco anos da Lei nº 9.784 nada tem a ver com este tema.

RE 608482 / RN

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, isso foi para calcular o prazo razoável.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, exatamente, dois esclarecimentos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, veja, se amanhã houver demora,...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu não sustentei esse argumento, de modo que pode rebater à vontade, porque eu não acho isso.

Eu gostaria de dizer, dirigindo-me ao Ministro Marco Aurélio, a questão da teoria do fato consumado, como eu disse no meu voto, é um nome ruim para uma questão constitucional. Vossa Excelência tem todo o direito de pensar diferentemente e eu respeito. Mas teoria do fato consumado é um nome ruim para dizer que protege-se a confiança desde que passado tanto tempo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, Vossa Excelência não está me atribuindo a apologia da teoria do fato consumado. Por favor, Ministro, e a Sessão está sendo transmitida, faça-me justiça.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, não, Vossa Excelência disse que a teoria do fato consumado é uma teoria que não tem nenhuma base constitucional. Então, quando Vossa Excelência diz que a teoria do fato consumado não tem nenhuma base constitucional, eu até poderia concordar, porque eu acho que esse é um nome infeliz. Mas o princípio da proteção da confiança tem como base constitucional o princípio da segurança jurídica. Ele é um subprincípio na sua vertente subjetiva da segurança jurídica. Então, é possível fazer a ponderação, para um lado ou para o outro, cada um de acordo com a sua

RE 608482 / RN

convicção, mas constitucional é.

E a questão dos cinco anos, eu não estou invocando a lei do processo administrativo, eu apenas utilizei uma analogia do prazo que a Administração impôs para si, como utilizei uma analogia da lei da ficha limpa para dizer que uma decisão de órgão colegiado tem um peso diferente de uma decisão liminar.

Portanto, eu já expus as minhas razões e eu não preciso convencer ninguém, nem sou o dono da verdade. Eu apenas quero deixar clara a minha posição e a disposição para ouvir as posições, inclusive as discordantes. E se não prevalecer o que eu acho justo e certo hoje - Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência, mais do que ninguém, sabe que o que não é justo e certo hoje pode, um dia em algum lugar do futuro, se tornar. De modo que ganhar ou perder não é o meu propósito aqui. O meu propósito é ter argumentos claros que as pessoas compreendam e depois deliberem como lhes pareça melhor.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Só para esclarecer rapidamente. Ontem foi importante o esclarecimento de situações de fato para nós entendermos como é que se construía aquele computador, com simulacros de peças de computador, que não eram peças de computador. Então, aqui há alguns dados de fato que estão sendo um pouco misturados. Na verdade, essa decisão foi proferida numa ação ordinária, ela foi antecedida de uma liminar com o **nomen juris** equivocado de cautelar, como tantas vezes se peticiona com essa denominação, sendo a ação uma ação de natureza satisfativa. O nome não desnatura a natureza da própria ação na essência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A ação cautelar foi preparatória, tanto que a recorrida ajuizou a ação ordinária.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E que foi favorável à sentença de mérito.

RE 608482 / RN

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, mas estamos apreciando o merecimento da confirmação dessa sentença de mérito e, portanto, estamos julgando, não havendo coisa julgada a beneficiar a recorrida.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, não é isso que eu digo. Não, não, o que eu estou dizendo é o seguinte que: quer sob o ângulo da proteção da segurança quer sob o ângulo processual, a proposta que eu entendi do Ministro Barroso é que há cognições sumárias que não merecem essa tutela da proteção da segurança jurídica. E há cognições exaurientes, tendentes e conducentes ao trânsito em julgado que devem merecer a proteção da segurança jurídica com o direito fundamental **maxime**, na medida em que toda a doutrina constitucional hodierna assenta que o interesse público não supera direito fundamental, ainda que individual. E aqui está em jogo o direito individual fundamental à segurança jurídica, porque, com base numa decisão de mérito, que já dura há doze anos e alguns meses...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – (Bom, agora voltou o som).

Ministro, vou fazer uma pergunta: se estivéssemos a julgar este recurso extraordinário, a contenda, em um prazo razoável, confirmaríamos o acórdão?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, se nós estivéssemos julgando essa questão há dois anos ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não se deve apostar na morosidade da Justiça!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas aí não se pode penalizar o jurisdicionado. Mas o que eu quero dizer - e essa é a minha contraposição ao Ministro Teori -, essa não é uma questão

RE 608482 / RN

processual de saber se a decisão é cautelar ou se a decisão foi de mérito. Essa é uma questão de fundo de saber se o Supremo Tribunal Federal, julgando uma questão catorze anos depois, pode infirmar a investidura de uma pessoa que foi investida por acórdão do Tribunal de Justiça. Essa é a questão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? Vossa Excelência...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E há um outro detalhe, quer dizer, se a própria Administração não pode, em cinco anos, desfazer os atos dela, o Judiciário pode, a qualquer tempo, jogar uma pessoa à deriva.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O Judiciário pode em quatorze.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Bom, então, nós inventamos mais uma forma de trânsito em julgado, um trânsito em julgado intercorrente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, Vossa Excelência me permite?

Recebi em meu Gabinete, ontem, advogada militante no Supremo. Essa advogada me informou que, na primeira audiência alusiva a processo no qual funciono como relator, ela estava grávida e que iniciamos o julgamento quando o filho já contava com um ano, o qual ainda não se concluiu. Perguntei a ela: quantos anos tem o seu filho hoje? Ela disse: quinze anos. É no recurso extraordinário respectivo, já há seis votos a favor do contribuinte, incluindo o meu Recurso Extraordinário nº 240.785.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Bom, pela teoria que nós vamos afirmar hoje, a culpa é da criança.

RE 608482 / RN

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Uma razão, pois é.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não, Ministro Zavascki.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Eu pedi a palavra, depois do voto do Ministro Barroso, para fazer só um esclarecimento de fato.

Houve participação no curso de formação, nomeação e posse por força de uma liminar concedida numa medida cautelar. Depois houve a ação ordinária, que foi julgada procedente. Houve a apelação, onde foi proferido o acórdão que nós estamos examinando. O acórdão negou a plausibilidade dos argumentos postos da inicial. Eu vou ler o acórdão; aliás, eu transcrevi no relatório. Diz o acórdão:

"Com efeito, embora inexista, nos autos, demonstração de que a apelada tenha completado com êxito os exercícios do teste físico, e não exista ilegalidade" - não exista ilegalidade - "na exigência deste teste e do exame psicotécnico como critérios de admissão no concurso público em questão, entendo que a recorrida faz jus à permanência do cargo, ante a aplicação excepcional da Teoria do Fato Consumado."

Portanto, não houve afirmação da plausibilidade do direito, pelo contrário.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu não concordo, desculpe, porque, se fosse uma barbaridade, ele não manteria a decisão.

RE 608482 / RN

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Está bem, Vossa Excelência não está concordando com acórdão de segundo grau.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, eu estou concordando de que ele considerou plausível. Quer dizer que, então, um desembargador confirma uma cautelar achando que ela não tem nenhuma razoabilidade?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Por este motivo: pelo fato consumado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Sim, mas nós estamos discutindo aqui o que Vossa Excelência está chamando de fato consumado, e o que eu chamo de proteção da confiança legítima.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Bem, a propósito disso, quero dizer que no meu voto eu tratei da proteção da confiança.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Aqueles, os juízes, Presidente, para ficarem mais tranquilos com a própria consciência, implementam cautelar.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Senhor Presidente, a propósito, eu não tratei isso como uma questão processual. Eu discorri sobre as medidas cautelares justamente para trazer aqui a questão da proteção da confiança. O que eu disse, quando falei da natureza das medidas cautelares, é que, por força do nosso sistema normativo, ninguém pode ter confiança na definitividade de uma medida cautelar,, é isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, mas não foi uma medida cautelar, foi uma sentença de mérito.

RE 608482 / RN

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Ministro, então, nós vamos começar a discutir processo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Na ação ordinária, a decisão não foi na cautelar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, daqui a pouco, teremos que convocar o professor José Carlos Barbosa Moreira!

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Mas a liminar foi ... basta ler o acórdão.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas isso é uma repercussão geral, o que nós estamos discutindo é uma tese jurídica: em que casos deve-se ou não respeitar a investidura de um servidor por decisão judicial? Não dá para transformar isso numa questão de ação cautelar ou ação ordinária. É uma questão de saber em que casos, sim, algum, a investidura por decisão judicial deve ou não ser mantida, porque eu não quero transformar isso nem numa discussão de fato, nem numa discussão processual. A gente tem uma tese jurídica em repercussão geral para afirmar.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Tese de Vossa Excelência que tem que discutir o fato; Vossa Excelência trouxe aí situações de fato, então, o fato é esse, o fato concreto, no caso, é esse.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O fato concreto é ter sido mais de cinco anos, ter sido acórdão, e não ter havido má-fé.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - O acórdão foi pelo fato consumado. O acórdão negou a plausibilidade do direito

RE 608482 / RN

afirmado na petição inicial. Só concedeu esse direito por um fato superveniente, que seria um fato consumado; é isso que diz o acórdão.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas é fato que se passaram quatorze anos da investidura.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Não, não duvido disso, mas é fato também.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Então, nós vamos decidir se, quatorze anos depois da investidura, a gente pode tirar alguém do cargo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E ela se submeteu a um concurso público, ela se submeteu a esse concurso público, e eu entendo que esse exercício pleno e exemplar com nota 9,5 durante quatorze anos supera por completo essa pequena fase do exame psicotécnico.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Dispensa a aprovação em concurso público.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Porque se ela tivesse algum problema nesse exame, como é que ela poderia passar quatorze anos na instituição?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu agradeço a intervenção de todos, foi muito instigante a discussão. Vamos fazer uma pausa para reflexão, atendendo ao prazo regimental. Obrigado, está suspensa a Sessão.

07/08/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 608.482 RIO GRANDE DO NORTE**VOTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, reitero o meu apreço e admiração pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso. Fiquei sensibilizada com os fundamentos de Sua Excelência, em especial quando alude ao princípio da proteção à confiança legítima, que nos levaria à ponderação e, eventualmente, como propõe Sua Excelência, à negativa de provimento ao recurso extraordinário.

Em inúmeras decisões a respeito do tema sempre comunguei com a tese do Ministro Relator, Teori Zavascki, e adotei as premissas agora esposadas no voto de Sua Excelência. Quando examinei o material para esta sessão, a minha convicção se formou no sentido do provimento do recurso extraordinário, na linha do voto do eminente Relator.

Diante dos argumentos tão sólidos do Ministro Luís Roberto, voltei ao acórdão da Corte Estadual os fatos e nele vejo registrado – é o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte:

“Compulsando os autos, verifico que a recorrida se submeteu ao concurso público para o cargo de Agente de Polícia Civil (Edital nº 001/2000) e, após ter sido aprovada na primeira etapa (prova de conhecimento específico), foi reprovada no teste físico (segunda fase).

Vislumbro, ainda, que, através de liminar deferida às fls. 36-40 (nos autos da ação cautelar, em apenso), a apelada participou da 4ª fase do certame (Curso de Formação), sem que tivesse se submetido à terceira etapa (exame psicotécnico), e, em razão da decisão interlocutória de fls. 91-96 (nos autos da ação cautelar, em apenso), foi nomeada e empossada no cargo, no dia 25 de janeiro de 2002.”

Na verdade, a posse no cargo se deu por força dessa liminar, tendo a candidata sido aprovada na primeira e quarta etapas, reprovada na segunda etapa, e não tendo se submetido à terceira etapa. Com todo

RE 608482 / RN

respeito, parece-me, em primeiro lugar, que talvez este caso concreto não seja o melhor para examinar a tese trazida pelo eminente Ministro Luís Roberto, porque ela não concluiu o concurso público. Com relação ao exame psicotécnico, ela não o fez – não teria certeza se perdeu o horário, se ela disse que não leu o *Diário Oficial* e não viu a data da prova.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ela acreditou nas razões do recurso que ela interpôs pelo fato de que fizera, segundo a banca, dezenove, mas ela fez 22 abdominais, descontadas...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - O psicotécnico.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, primeiro ela ofereceu...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Essa é a segunda etapa, o físico.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas ela recorreu disso.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Ela foi reprovada na segunda etapa. Aí que vêm aqueles vinte e dois abdominais, três que foram desconsiderados, ficou com dezenove, ficou por um.

Mas há uma terceira etapa do concurso, o exame psicotécnico. E este exame ela não fez por alguma razão que justificou para não ter comparecido.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Porque ela foi autorizada a fazer a quarta.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ela justifica assim: que ela ofereceu recurso e achou um absurdo ela não ter conseguido convencer que fez vinte e duas abdominais, eram vinte exigíveis, e por uma abdominal, depois ela foi aprovada com 9,5 no exame físico, pulou altura, fez rapel etc., mas não fez uma abdominal.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Ainda penso que concurso público é a melhor forma de aferição de conhecimento e garantia do princípio isonômico, mas não é o método ideal. Também tem as suas fragilidades, nem sempre os aprovados são os que têm maior aptidão ao cargo. Isso a experiência demonstra, mas ainda é o que temos de melhor, e o que consagra a Constituição.

RE 608482 / RN

Com todo o respeito, não tenho como me afastar das premissas que já foram expostas com toda a clareza pelo Ministro Teori, que endosso, e me levam ao provimento do recurso. Portanto, acompanho o voto de Sua Excelência, o Relator, com todas as vênias àqueles que compreendem de forma diversa.

07/08/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 608.482 RIO GRANDE DO NORTE**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu já interfeiri tanto que eu vou ser bastante sintético.

Em primeiro lugar, eu acho que a razão de ser de toda a nossa jurisprudência é impedir que haja superação do concurso público. Esta recorrente fez o concurso público, realizou o concurso público, foi aprovada. A desclassificação na prova física é tão teratológica, que depois ela foi aprovada no curso de aperfeiçoamento com 9,5; então, não seria uma abdominal que deveria reprová-la. No meu modo de ver, o exame psicotécnico afere condições biopsicológicas no exercício de uma função, e ela exerceu a função por quatorze anos de forma exemplar, o que supera completamente essa ausência do psicotécnico. O que o Supremo não aceita é burlar a lei do concurso, porque ela fez concurso público, houve uma microdesclassificação teratológica, em primeiro lugar.

Em segundo lugar, o Supremo Tribunal Federal quando não chancela essa proteção da confiança legítima, a segurança jurídica, o faz com base em decisões liminares, que são decisões precárias. A própria Lei esclarece, mesmo quando é tutela liminar satisfativa, que isso não é julgamento antecipado da lide - até aí eu estaria de acordo como a jurisprudência vem se comportando -, mas aqui não, ela teve reafirmado o seu direito numa sentença de mérito e confirmado num acórdão que perdurou durante doze anos.

Eu também não concordo com a tese de que o princípio da proteção da confiança ou da segurança jurídica só é oponível ao estado da Administração e não é oponível ao estado jurídico. Entendo que é absolutamente inconcebível que a Administração só possa anular os seus atos no máximo em cinco anos, e o Judiciário pode colocar uma pessoa no olho da rua sem esperança, sem chance, vinte anos depois, porque, enfim, a sentença de mérito foi confirmada, mas, quando ela entrou, entrou a título precário.

RE 608482 / RN

Por outro lado, eu me afino com essa propensão a se dar valor à cognição exauriente dos tribunais, a comparação foi feliz de a Lei da Ficha Limpa se contentar com a decisão colegiada para tornar inelegível. E a tendência mundial é essa, a tendência mundial é fazer com que o jurisdicionado se contente com uma só decisão judicial, quanto mais com duas, que apura novamente a juridicidade da decisão com a decisão do órgão colegiado.

Então, no meu modo de ver, aqui está em jogo direito fundamental à segurança jurídica encartado no art. 5º. E, como direito fundamental, ele prevalece sobre todos os outros interesses gravitantes nesta causa, com a devida vênia da brilhante exposição, comum de regra, do Ministro Teori.

De sorte que, pedindo vênia ao Relator, eu acompanho integralmente a divergência, inclusive em relação à gradação que se deve obedecer na aplicação do princípio da proteção da confiança.

07/08/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 608.482 RIO GRANDE DO NORTE

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, peço vênias à divergência; acompanho o Relator.

07/08/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 608.482 RIO GRANDE DO NORTE

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, eu vou pedir vênias à divergência, com todo o respeitabilíssimo fundamento apresentado, mas a garantia do concurso público, a meu ver, é uma garantia da República, e não há que se valer o Judiciário - de uma forma ou de outra - a ensejar que alguém aposte na morosidade do Judiciário para não cumprir o que foi exigido.

Lembro-me, Senhor Presidente, Senhores Ministros, que, quando foi promulgada a Constituição, uma pessoa - acho que até, de alguma forma, conhecida - perguntou: como é que é, tem concurso público agora para todo mundo? Para todo o cargo? Eu disse: para todo cargo público, sim. Ele disse: mas isso é contra a lei da natureza. Eu disse: como assim? Ele disse: olha, eu vou dar um exemplo, que os senhores professores de Direito Constitucional não podem contestar: Deus; Deus, por exemplo, quando quis mandar alguém para ser representante dele na terra, o que ele fez? Mandou o próprio filho; ele não fez concurso. Então, o negócio chegava a um nível em 1988, que eram tantos os interesses em se manter situações "consolidadas", que não havia o que se discutir tal o estupor que causava uma Administração Pública efetivamente republicana. O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, autor do texto que veio dar no artigo 37 da nossa Constituição, preconizava a exigência do concurso público como a grande transformação da Administração.

Tenho visto - acho que todos nós aqui - como tem sido comum todo tipo de burla, inclusive, usando-se o Poder Judiciário. E, aí, eu nem vou dizer usando, Presidente, eu vou dizer, abusando, embora não seja este o caso. Nós já votamos este assunto, eu já estava aqui, e Vossa Excelência idem, no caso dos chamados concurseiros. O aluno no quarto, quinto ano de Direito fazia concurso, conseguia aprovação, obtinha uma liminar, entrava num cargo de Procuradoria de Estado, do Ministério Público e depois se valia do prazo de quase dez anos até o trânsito em julgado da

RE 608482 / RN

ação, quando já teria se formado. Quem começa a carreira com uma mentira certamente não servirá o interesse público democrático.

E, quando o Ministro Teori, no seu belo voto - que eu estou acompanhando em sua fundamentação e em sua conclusão -, afirma, logo no início, que haveria colisão ou conflito entre os valores do interesse público e do interesse, no caso, da recorrida, eu digo que eu nem acho que aqui o problema seria de interesse individual ou interesse da Administração; o interesse, no caso, não é da Administração Pública, é da sociedade. A sociedade tem de acreditar na Constituição e tem de cumpri-la sem que precisemos dizer que, num determinado caso, alguém não fez tais ou quais inflexões, até porque não podemos dizer isso no Supremo Tribunal Federal, já que tal dado ficou superado por ser fato. Aqui estamos em sede de Recurso Extraordinário.

É preciso cumprir rigorosamente o que Hely Lopes Meirelles chama de lei interna do concurso, ou da licitação, que é o edital.

Neste caso, o que se tem posto, pelas instâncias antecedentes, é exatamente o não cumprimento pela interessada do que estava previsto no edital. Quem perde uma etapa do concurso e busca judicialmente uma liminar sabe da sua natureza precária, porque liminar não gera direitos, não acarreta obrigações e não convalida situações.

E, no mês de maio deste ano, Presidente, há de se lembrar Vossa Excelência e os Senhores Ministros que eu trouxe uma cautelar, cujo julgamento tinha sido iniciado em 1992, com o Ministro Néri da Silveira relatando, e não terminamos até hoje. E não é porque o Supremo não trabalhe. O acúmulo de trabalho e o desempenho nosso é de estivador. É que não se dá cobro ao número de processos e, portanto, a essa delonga. Quer dizer, até que venha uma transformação do Poder Judiciário, não há que se apostar no descumprimento da Constituição e das leis por uma justiça artesanal para uma sociedade de demandas massificadas.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministra Cármen, só antes de Vossa Excelência concluir, eu não quis interromper. Eu entendi e respeito plenamente. É só para não parecer que o Ministro

RE 608482 / RN

Fux e eu não somos a favor dos concursos públicos; nós somos e radicalmente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Nem de longe alguém imaginaria que um Ministro do Supremo possa ser contra a Constituição, Ministro. Então, isso não está em jogo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E nós prestamos os concursos, o Ministro Fux para promotor e para juiz, e eu para procurador do Estado; mas eu queria fazer uma observação. Quando eu fiz o meu concurso para procurador do Estado, em outra vida, em 1985, um colega da velha guarda, no tempo em que não havia concurso público, disse assim: hoje em dia, é muito fácil ter um cargo público, o sujeito estuda, faz concurso e passa. Difícil era no meu tempo, que, para conseguir uma nomeação, tinha que ser amigo da D. Alzira, tinha que ter uma carta do Negrão de Lima. Aí é que vocês iam ver como era difícil. Fazer concurso é fácil.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, e outra coisa, a candidata aqui fez concurso público, está dando a ideia de que não fez. Ela fez o concurso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas não passou. A Constituição manda que se faça e seja aprovado. Este é o dado. Aqui ela não passou.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, eu não queria reeditar a discussão. Só para deixar claro que nós somos a favor do concurso público também.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas Ministro Barroso, acho que ninguém em sã consciência imaginaria que um Ministro do Supremo haveria de ser contra um concurso público.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, porque Vossa Excelência disse: eu estou votando nesse sentido, porque sou a favor do concurso público. Eu estou votando no outro sentido, mas também sou.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E eu estou votando por mim, só. Eu não voto por ninguém, e, como disse no início, sempre

RE 608482 / RN

respeitando os argumentos dos colegas.

Enfim, Senhor Presidente, por estes motivos e respeitando as posições contrárias, estou acompanhando integralmente o Ministro-Relator no sentido de prover, portanto, o recurso e julgar improcedente a ação.

07/08/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 608.482 RIO GRANDE DO NORTE**VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, tal como já tive oportunidade de me manifestar no debate, eu tenho a impressão de que este caso é bastante importante, porque, como se ressaltou a partir do voto do Ministro Teori Zavascki, havia uma certa zona de penumbra, uma certa confusão, a partir às vezes até de manifestações monocráticas, às vezes decisões no âmbito de outros tribunais sobre essa epígrafe bastante ampla do chamado fato consumado, fato consumado que obviamente não ocorre nas decisões judiciais, com todas as vênias, suscetíveis ainda de recursos, sob pena de invalidarmos até a posição constitucional deste Tribunal.

Fui uma das vozes mais enfáticas aqui na defesa da ideia de segurança jurídica, por exemplo, o caso Infraero, chamando a atenção para a necessidade de que respeitássemos aquela situação constituída, em que se misturou a passagem do tempo, decisões liminares por um período alongado, em face de decisão do Tribunal de Contas, numa época em que se controvertia se era legítima, ou não, a exigência de concurso público no âmbito das empresas estatais, tendo em vista a jurisprudência.

Mas aqui – e eu já tenho posição clara em relação a isso há muito tempo, inclusive sustentei isso também no âmbito da AGU – o que que nós temos? Nós temos inicialmente uma liminar, que permite, então, já há pouco comentava a Ministra Rosa Weber que a tutela poderia ter sido concedida para proceder à reserva de vaga, mas, não, fez-se a investidura no cargo. Depois, houve a ação ordinária. A ação foi julgada procedente.

Já, no Tribunal, não se discute a liceidade ou não da investidura, invoca-se pura e simplesmente o fato consumado. Pelo contrário, tal como se viu, o Tribunal assume a ilicitude da investidura. Entende que o exame físico foi regular e que ela não foi aprovada e entende que também ela não se submeteu ao exame psicotécnico.

Nem preciso dizer, para pessoas tão experientes, que a liminar com

RE 608482 / RN

esse teor, no âmbito do concurso público, provoca uma série de dúvidas no que diz respeito ao princípio da aplicação da isonomia. Aquelas pessoas que não impugnaram e que foram reprovadas; aquelas pessoas que agora perdem vaga em função da vaga assegurada a esta candidata. Em suma, são muitas as questões que se podem suscitar.

Difícilmente, pode-se sustentar, com as vênias de estilo, que, passados dois, três, cinco ou sete anos, com a impugnação tempestiva, possa-se falar aqui em segurança jurídica para assegurar o direito substancial que se pretende, até porque, neste caso, nós estaríamos introduzindo mais um modelo, uma fórmula de preclusão, que seria esta fórmula de preclusão, a coisa julgada intercorrente, frustrando a manifestação do Supremo Tribunal Federal numa matéria desta relevância. Não quero nem fazer argumentos **ad terrorem**, mas, eu imagino - e tenho a experiência também de Advogado da União - que isso seria um estímulo para as falsas decisões liminares, para as decisões liminares que se convolariam em decisões definitivas por força, pelo simples transcurso do tempo.

A Lei nº 9.784 fixou o prazo de cinco anos, e muito razoavelmente fixou, e nós temos adotado, inclusive, esse prazo no âmbito do Supremo, até para exigir, por exemplo, que o Tribunal de Contas, de novo, dê uma oportunidade de defesa, por exemplo, para aqueles que têm a sua aposentadoria ou a pensão impugnada, mas tão somente isso, se decorrido o lapso temporal, mas não para tornar definitiva uma dada situação que foi devidamente impugnada.

Por outro lado, aquilo que está na Lei nº 9.784 presume, pressupõe uma inércia por parte da Administração, que, neste caso, nunca houve, como nós pudemos perceber da interposição da apelação, da interposição do recurso extraordinário.

Assim, eu não vejo como validar, no caso, a situação jurídica pretendida. E, pedindo todas as vênias ao Ministro Barroso e ao Ministro Fux, e reconhecendo a consistência dos argumentos trazidos por Suas Excelências, eu entendo que razão tem aqui o Relator no seu douto e bem fundamentado voto, por isso o acompanho.

RE 608482 / RN

07/08/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 608.482 RIO GRANDE DO NORTE

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, nunca é demais ressaltar que estamos atuando em sede extraordinária e, embora julgemos o pedido formulado em uma ação ordinária, o fazemos em uma via muito estreita, considerado o instrumento, ou seja, o recurso de natureza extraordinária, que pressupõe o debate e a decisão prévios sobre os temas versados pela recorrente.

O que colho do acórdão formalizado – e não posso afastar essas premissas fáticas? Que a recorrida se submeteu a um concurso público e aquiesceu, portanto, às regras do edital. Passou pela primeira etapa, foi aprovada na prova de conhecimento, mas veio a ser – e isso está declarado no acórdão – reprovada no teste físico. Mais ainda, muito embora, mediante uma decisão que o Tribunal de Justiça apontou como interlocutória, tenha sido viabilizada a quarta etapa – curso de formação – não se submeteu ao psicotécnico e pretendeu substituir esse exame – ao qual os demais candidatos se submeteram – por um atestado médico particular.

Dir-se-á que ela logrou uma liminar. E realmente logrou, mas a natureza da liminar é, como ressaltou o relator, precária e efêmera. Mesmo que tenha sido julgada matéria de fundo da ação cautelar preparatória de forma positiva, esse pronunciamento também ficou submetido a uma condição resolutiva. Não podemos, portanto, potencializar a decisão judicial obtida, repito, num processo que se mostrou acessório do principal, que acabou surgindo mediante o ajuizamento da ação ordinária.

Há de haver, Presidente, o tratamento igualitário. O Supremo, considerada a passagem do tempo, teria razões maiores para referendar a definitividade no cargo público, porque, quando o Tribunal de Justiça julgou a apelação do Estado, contava a recorrida com sete anos de exercício. Hoje, ela conta – como tive a oportunidade de ressaltar, já que foi empossada no dia 25 de janeiro de 2002 – com doze anos, seis meses e doze dias, mas numa situação, repito, que não se mostrou definitiva,

RE 608482 / RN

numa situação precária, a depender do sucesso no tocante à ação ordinária ajuizada.

Não pode haver, fora das hipóteses previstas na Constituição, flexibilização do concurso público. Até aqui, a recorrida teve, inclusive, vantagem, porque logrou, nesse período, sem ter direito, sob a minha óptica, de receber vencimentos. A questão da devolução ou não dos vencimentos resolve-se presente a teoria do servidor de fato. Os vencimentos não terão que ser devolvidos, e os atos praticados são considerados válidos.

Por isso, peço vênua aos dois colegas que divergiram – os ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux –, para desprover o recurso extraordinário interposto. Acompanho Sua Excelência o ministro Teori Zavascki. Provejo o recurso e julgo improcedente o pedido formulado na inicial.

07/08/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 608.482 RIO GRANDE DO NORTE

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Reversão, não é?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

07/08/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 608.482 RIO GRANDE DO NORTE

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu também vou pedir vênias à divergência e ressaltar a preocupação sempre bem-vinda do eminente Ministro Roberto Barroso, trazendo um raciocínio sofisticado no sentido de tentar circunscrever as teses que nós estamos aprovando em sede de repercussão geral. Eu felicito Vossa Excelência pelo esforço. Acho que é um esforço benfazejo e que deve ser repetido sempre que possível, e Vossa Excelência tem contribuído muito para que nós afinemos os nossos pontos de vista num sentido muito preciso quando julgamos uma repercussão geral, tendo em vista exatamente que ela repercutirá, como diz o próprio nome, por todo o País em todas as instâncias jurisdicionais.

Mas, neste caso, Ministro Barroso e Ministro Fux, não me sinto à vontade para acompanhar o raciocínio de Vossas Excelências, pelas razões já aduzidas, mas fundamentalmente porque também constato aqui que o acórdão recorrido diz exatamente isto: que, na verdade, a nomeação e a posse da recorrida no cargo se deram por força de uma liminar. E este acórdão nada mais fez do que confirmar essa liminar com base na teoria do fato consumado. E o que chama atenção - o Ministro Marco Aurélio ressaltou esse fato - é que essa expressão foi escrita em maiúsculas - TEORIA DO FATO CONSUMADO. Aliás, eu nunca ouvi falar dessa teoria, nunca li um livro dessa teoria, não conheço nenhum autor que tenha escrito sobre essa teoria do fato consumado. É uma teoria, para mim, *data venia*, nova. Já ouvi falar na *politique du fait accompli*, os franceses usam muito essa frase desde Richelieu, século XVII, que foi o Primeiro Ministro todo-poderoso de Luís XIII - e, com isso colocava, o seus adversários em xeque. Mas essa teoria, para mim, é absolutamente estranha.

RE 608482 / RN

Então, como estamos em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, eu tenho receio de que, se nós placitássemos esse acordo, estaríamos confirmando uma teoria que, a meu ver, nem existe no domínio do pensamento jurídico nacional e até internacional.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, só para fazer justiça a um procurador de brilho inegável, o Doutor Odim escreveu uma obra fazendo um inventário sobre a teoria do fato consumado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Bom, então, é uma novidade para mim, mas teve pouca circulação essa teoria.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas se colocar numa pesquisa de jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça deve ter uns quinhentos acórdãos, no mínimo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas ela alude, na verdade, a fatos consumados. Isso é tranquilo, a Teoria do Direito Administrativo fala.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas ele faz um esforço de delimitação exatamente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas essa teoria, para mim, se existir, é algo, *data venia*, enfim, um pouco estranha.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu concordo com Vossa Excelência plenamente; o nome é muito infeliz. Eu me lembro de que uma vez eu estava entrando num jogo de futebol, o sujeito da minha frente deu um passo e entrou no estádio, aí o bilheteiro perguntou: cadê o seu ingresso? Ele disse: agora já entrei. Quer dizer, essa é a teoria do fato consumado, evidentemente não pode ser geradora de direito. Eu concordo com Vossa Excelência. Por isso que eu, no meu voto, disse: olha, eu não defendo teoria do fato consumado, eu estou defendendo o princípio da proteção da confiança.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência explicitou muito bem o seu voto e, realmente, merece todos os encômios. Aliás, o nosso Decano também o

RE 608482 / RN

secundou e outros também na preocupação que esta Suprema Corte tem em prestigiar o princípio da confiança.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 608.482

PROCED. : RIO GRANDE DO NORTE

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI

RECTE.(S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

RECDO.(A/S) : VANUSA FERNANDES DA ARAÚJO

ADV.(A/S) : FRANCISCO EDELTRUDES DUARTE NETO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIAO

Decisão: O Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Roberto Barroso e Luiz Fux, que negavam provimento ao recurso. Falou, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária Geral de Contencioso. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Plenário 07.08.2014.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário