

*Supremo Tribunal Federal***COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA****D.J. 12.05.2006****EMENTÁRIO Nº 2 2 3 2 - 5**

04/04/2006

SEGUNDA TURMA

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 462.909-7 GOIÁS

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
AGRAVANTE(S) : PAULO RIBEIRO DE FREITAS E OUTRO(A/S)
ADVOGADO(A/S) : HERIBALDO MACÊDO E OUTRO(A/S)
AGRAVADO(A/S) : UNIÃO
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. Matéria prequestionada. 4. Concurso público. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Aplicação da teoria do fato consumado. Impossibilidade. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 04 de abril de 2006.



MINISTRO GILMAR MENDES - RELATOR



*Supremo Tribunal Federal*AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 462.909-7GOIÁS

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
 AGRAVANTE(S) : PAULO RIBEIRO DE FREITAS E OUTRO(A/S)
 ADVOGADO(A/S) : HERIBALDO MACÊDO E OUTRO(A/S)
 AGRAVADO(A/S) : UNIÃO
 ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):

Ao apreciar o RE 462.909, proferi a seguinte decisão (fl. 611-614):

"DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, em face de acórdão em embargos de declaração assim ementado (fl. 540):

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO PARA AUDITOR FEDERAL. PREMISSA FÁTICA EQUIVOCADA. INEXISTÊNCIA DE DECADÊNCIA. FATO CONSUMADO.

1. São admissíveis embargos de declaração com efeito modificativo se a decisão embargada parte de premissa fática equivocada e omite questão relevante (situação jurídica do fato consumado) alegada na resposta ao recurso.

2. Concurso em duas etapas só se encerra com a realização da 2ª etapa, não sendo lícita a conduta da Administração para abrir novo concurso sem convocar os candidatos aprovados na 1ª etapa, em vista do que fica afastada qualquer possibilidade de decadência.

3. Também afasta a decadência o fato de o candidato propor ação judicial no prazo de validade do concurso.

4. O candidato aprovado na 1ª etapa do concurso público para auditor federal, embora não classificado entre os convocados segundo o edital, tem direito a ser convocado para a 2ª

RE 462.909-AgR / GO *Supremo Tribunal Federal*

etapa se antes de expirado o prazo do edital a Administração abrir outro concurso, máxime quando se configura fato consumado em função da posse e exercício há mais de 5 (cinco) anos.

5. Embargos providos."

O concurso para o cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional foi realizado em 1991, de acordo com o Edital nº 18/91. Foram convocados 500 candidatos para a realização da 2ª etapa do certame, cujo resultado foi homologado em 31.07.92.

A Lei nº 8.541, de 23 de dezembro de 1992, autorizou o Ministério da Fazenda a convocar mais candidatos aprovados neste concurso, conforme dispõe o art. 56, verbis:.

"Art. 56 - Fica o Ministro da Fazenda autorizado a convocar para a segunda etapa do concurso público para o cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, a que se refere o Edital nº 18, de 16 de outubro de 1991, da Escola de Administração Fazendária, conforme as necessidades dos serviços de tributação, arrecadação e fiscalização, os candidatos habilitados de acordo com os critérios mínimos exigidos na 1ª etapa e classificados além do quingentésimo selecionado, dentro do número de vagas do cargo na referida carreira.

§ 1º - A autorização de que trata este artigo estende-se até 16 de outubro de 1993."

Assim, por meio da Portaria nº 77, de 05.02.93, foram convocados mais mil candidatos para a 2ª etapa. O resultado final desta fase foi homologado em 24.12.93. Em 13.01.94, pelo Edital-ESAF nº 003, foi aberto novo concurso para o mesmo cargo para o preenchimento de até 800 vagas.

Os recorridos, classificados na 1ª etapa do concurso em 4.040º (Paulo Ribeiro de Freitas) e 1592º (José Augusto Duarte), por força de medida cautelar, foram convocados para realizar a 2ª etapa e foram nomeados em 01.10.97 (fl. 290).

A sentença da ação ordinária determinou a participação dos recorridos na 2ª etapa do concurso por entender haver violação ao art. 37, IV, da Constituição.

RE 462.909-AgR / GO *Supremo Tribunal Federal*

O acórdão da apelação restou assim ementado (fl. 507):

"CONCURSO PÚBLICO - AUDITOR FISCAL DO TESOURO NACIONAL - EDITAL Nº 18/91 - PRETENSÃO DE PARTICIPAR DA SEGUNDA ETAPA AQUELE QUE NÃO FOI CLASSIFICADO NA ANTERIOR - IMPOSSIBILIDADE.

1. O candidato que não logrou classificação suficiente não pode ser convocado para realizar a segunda etapa do concurso público de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional.

2. A Lei nº 8.541/92, artigo 56, somente autorizou a convocação dos candidatos 'habilitados de acordo com os critérios mínimos exigidos na 1ª etapa'.

3. Apelação e remessa providas."

Os recorridos opuseram embargos de declaração com efeitos modificativos (fls. 512-518), os quais foram providos. No voto do relator restou consignado (fl. 538):

"[...], o candidato aprovado na 1ª etapa, embora não classificado entre os primeiros convocados no edital, tem o direito a ser convocado para a 2ª etapa se antes de expirado o prazo do edital a Administração abre novo concurso. A abertura de novo concurso revela a existência de vagas, de modo que é manifestamente ilegal desconsiderar os candidatos aprovados num concurso que ainda está em tramitação.

Mais razão há, acrescente-se, para acolher-se o pedido inicial diante da situação de fato consumado, na medida em que por força de decisão judicial o Apelado/Embargante tomou posse e está em exercício no cargo em tela há mais de 5 (cinco) anos."

No recurso extraordinário (fls. 566-575), a União alega violação ao art. 37, I e II, da Carta Magna. Sustenta-se que o prazo dado ao Ministério da Fazenda para convocação de candidatos, pelo art. 56 da Lei nº 8.541, de 1992, foi até 16.10.93 e que o novo concurso somente foi aberto posteriormente, em 1994. Além disso, quanto à teoria do fato consumado, alega que "a mencionada teoria, segundo a doutrina e

RE 462.909-AgR / GO *Supremo Tribunal Federal*

a jurisprudência majoritárias, tem aplicação em situações fáticas consolidadas por falha da Administração, que não as percebeu a tempo ou que, por qualquer razão, não adotou as providências necessárias à sua correção. No entanto, não é o caso. Aqui tem-se uma situação em que desde o seu nascedouro, a Administração tomou todas as providências possíveis no sentido de impedir a sua consumação, [...]" (fls. 10).

O acórdão recorrido não está em consonância com a jurisprudência desta Corte, conforme se depreende do julgamento do RMS 23.056, 1ª T., Rel. Ilmar Galvão, DJ 12.03.99, assim ementado:

"MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONCURSO PÚBLICO. AUDITOR FISCAL DO TESOIRO NACIONAL. CONVOCAÇÃO DE CANDIDATOS BENEFICIADOS POR SENTENÇAS JUDICIAIS. IMPETRAÇÃO VISANDO A VER GARANTIDO O DIREITO DO RECORRENTE, NÃO BENEFICIADO PELA PORTARIA 268/96, DO MINISTRO DA FAZENDA.

Se a Portaria impugnada no presente *writ* nada mais fez senão dar cumprimento à ordem judicial, convocando os candidatos que se beneficiaram de mandados de segurança, e se o recorrente omitiu-se de impugnar, na época própria, o ato que convocou candidatos para todas as vagas da carreira, não pode utilizar-se da referida portaria para garantir direito subjetivo. Não se pode utilizar 'brechas' em decisões judiciais, criticáveis sob o ponto de vista de haver compelido a Administração a convocar candidatos para a etapa de treinamento, notadamente quando o novo concurso fora aberto após o vencimento do prazo de validade estabelecido pela autoridade legislativa para convocação extraordinária (16.10.93), para estendê-la a situações que ela não alcança.

Recurso ordinário desprovido."

No mesmo sentido, o RE 207.663, 1ª T., Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 27.03.98 e o RMS 23.091, 2ª T., por mim relatado, DJ 31.10.02, assim ementado:



RE 462.909-Agr / GO *Supremo Tribunal Federal*

EMENTA: Recurso ordinário em mandado de segurança. 2. Concurso público para Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. 3. Convocação de novos candidatos. 4. Ausência de direito líquido e certo. 5. A Portaria nº 268/96, do Ministério da Fazenda, limitou-se a dar cumprimento à decisão judicial do Superior Tribunal de Justiça. 6. Desprovimento do recurso.

Assim, conheço e dou provimento ao recurso (art. 557, § 1º-A, do CPC). Determino a inversão dos ônus da sucumbência, ressalvada a hipótese de concessão da justiça gratuita (art. 12, da Lei 1.060, de 05 de fevereiro 1950)."

Os agravantes, Paulo Ribeiro de Freitas e outro, interpuseram o agravo regimental de fls. 619-627, no qual sustentam:

"3. Admitido o recurso na origem, a irresignação da recorrente não logra ultrapassar o juízo de conhecimento. É que a questão não foi apreciada pelo acórdão recorrido sob o ângulo do dispositivo constitucional tido por violado, ou seja, CF, art. 37, I e II, ausente, assim, o requisito indispensável do prequestionamento, a teor do enunciado da Súmula 282 dessa Corte.

[...]

5. Ora, a jurisprudência do STF exige para cabimento do recurso extraordinário que a ofensa à Constituição tenha sido direta e frontal (RTJ 107/661), não o admitindo nas hipóteses de ofensa reflexa, ou seja, quando para comprovar a contrariedade à Constituição, houver necessidade de, antes, demonstrar a ofensa à lei ordinária (RTJ 105/704; RTJ 135/837).

[...]

11. O v. acórdão hostilizado (fl. 611) sequer menciona os dispositivos constitucionais tidos por violados, sendo certo que a ausência de requisitos estabelecidos em lei, em relação aos agravantes, em momento algum foi questionada no processo.

12. Relativamente no inciso II, supostamente malferido, a discussão é despicienda, posto que os agravantes foram regularmente aprovados em concurso público realizado em duas etapas. Nomeados (por força de provimento judicial), tomaram posse, entraram no

RE 462.909-AgR / GO *Supremo Tribunal Federal*

exercício do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, cumpriram estágio probatório e foram aprovados no mesmo e **são servidores públicos estáveis**, na forma do art. 41 da Constituição Federal, desde novembro de 2000. De acordo com as regras do Edital 18/91, foram aprovados na primeira etapa do concurso 5.832 candidatos, e dentre eles estavam os agravantes classificados nas posições 4040 e 1592, respectivamente.

13. Assim, na esteira dessa realidade é que o Tribunal Regional Federal da Primeira Região, com fundamento na **TEORIA DO FATO CONSUMADO** confirmou a sentença de primeira instância, também confirmada pelo egrégio STJ (fls. 601/603), por tratar-se de matéria estritamente infraconstitucional e, portanto, de competência exclusiva daquela Corte de Justiça. O teor do acórdão de fl. 540 é o que se discute no recurso extraordinário. A tese defendida pela União não abala os fundamentos da decisão recorrida.

[...]

15. Com efeito, eminente Relator, o judiciário não pode criar situações contrárias ao direito. As suas decisões devem ser dirigidas no sentido de realização da justiça. Mantida a decisão de V. Exa., como se resolveria o futuro funcional dos agravantes, uma vez que foram regularmente aprovados em concurso público realizado em duas etapas, foram nomeados e empossados no cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, em 1997, cumpriram estágio probatório e foram aprovados no mesmo e possuem estabilidade no cargo, a teor do art. 41 da Constituição Federal? Seriam os agravantes demitidos?

16. O § 1º do art. 41, da CF estatuiu que o servidor público só perderá o cargo (I) em virtude de sentença judicial transitada em julgado; (II) mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; e (III) mediante procedimentos de avaliação periódica de desempenho na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

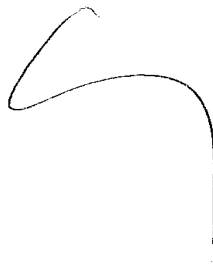
17. Desse modo, após demonstrar a inconsistência técnica da peça recursal da União, fator que obsta seu conhecimento à luz das Súmulas 282 e 356, do STF, bem como as conseqüências funcionais para os agravantes, servidores estáveis sob o pálio constitucional, pede-se vênua para transcrever apenas a parte final da ementa do percuciente e elucidativo

RE 462.909-AgR / GO *Supremo Tribunal Federal*

acórdão da lavra do eminente Min. Luiz Fux, a propósito da aplicação da Teoria do Fato Consumado:

'7. As situações consolidadas pelo decurso de tempo devem ser respeitadas, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afrontar o disposto no art. 462 do CPC. Teoria do Fato Consumado. Precedentes da Corte: Resp. 253094/RN, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ: 24/09/2001; MC 2766/PI, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 27/08/2001; Resp 251945/RN, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 05/03/2001.
8. Recurso Especial improvido.'"

É o relatório.



*Supremo Tribunal Federal***AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 462.909-7 GOIÁS****V O T O****O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):**

Os agravantes não conseguiram demonstrar o desacerto da decisão agravada, somente repisam os argumentos já refutados na decisão monocrática.

Os agravantes primeiramente alegam a ausência de prequestionamento.

Contudo, não assiste razão aos agravantes. A matéria disciplinada no artigo 37, I e II, da Constituição Federal, suscitado pela União em seu recurso extraordinário - apesar do dispositivo não ter sido citado explicitamente em fases anteriores - foi objeto de discussão, visto que a controvérsia se resume à possibilidade de ingresso dos agravantes em cargo público em face das regras do edital e das leis e atos normativos que regiam o certame. Além disso, a União opôs embargos de declaração (fls. 544-549) para que o Tribunal de origem se manifestasse a respeito do artigo constitucional. Portanto, neste contexto, explícita a discussão prévia sobre os temas constitucionais envolvidos, sem superveniente inovação pela parte embargante.

Os agravantes insistem na tese da teoria do fato consumado. Tal tese não se sustenta no presente caso. Os agravantes foram convocados para realizar a segunda etapa do concurso e, posteriormente, foram nomeados, por força de medida cautelar. A Administração, buscando evitar que estas situações fáticas se consolidassem, contestou as decisões judiciais, defendendo a legitimidade do certame.

A teoria do fato consumado não se caracteriza como matéria infraconstitucional, pois em diversas oportunidades esta Corte manifestou-se pela aplicação do princípio da segurança jurídica em atos administrativos inválidos, como subprincípio do Estado de Direito, tal como nos julgamentos do MS 24.268, DJ 17.09.04 e do MS 22.357, DJ 05.11.04, ambos por mim relatados.

No entanto, no presente caso, não se pode invocar a teoria do fato consumado sob o manto da segurança jurídica. A aplicação desta teoria enfrenta temperamentos neste Tribunal. Nesse sentido, o RMS 23.793, 1ª T., Rel. Moreira Alves, DJ 14.12.01 e o RMS 23.544, 2ª T., Rel. Celso de Mello, DJ 21.06.02, no qual restou consignado no voto:



RE 462.909-AgR / GO *Supremo Tribunal Federal*

"Tenho para mim, na linha de recente decisão emanada da Colenda Primeira Turma 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, notadamente nas hipóteses em que a pretensão deduzida em juízo esteja em conflito com a ordem constitucional, como ocorre na espécie destes autos.

Cabe registrar, por relevante, que esse entendimento tem prevalecido na mais recente jurisprudência firmada, no tema, por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, como se vê dos julgamentos - a seguir referidos - consubstanciados em acórdãos assim ementados:

'Não assiste, ao candidato reprovado em etapa eliminatória de concurso público, a pretensão de alcançar a segunda fase do mesmo, sob a alegação da ulterior abertura de novo procedimento seletivo.

Assertiva, também infundada, de fato consumado, decorrente de concessão liminar do mandado de segurança indeferido por decisão definitiva (cfr. Acórdão no Agravo nº 120.893-AgRg).'

(RTJ 176/263, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma - grifei)

'A CONCESSÃO DE LIMINAR MANDAMENTAL NÃO BASTA, SÓ POR SI, PARA GARANTIR, EM CARÁTER DEFINITIVO, A NOMEAÇÃO E A POSSE EM DETERMINADO CARGO PÚBLICO.

A mera concessão de liminar mandamental - consideradas as notas de transitoriedade, cautelaridade, provisoriedade e instabilidade que tipificam esse provimento judicial - não basta, só por si, em face de sua evidente precariedade, para assegurar, em caráter permanente, a nomeação e a posse em determinado cargo público, pois tais atos administrativos, quando vindicados em sede judicial, somente se revelam compatíveis com a definitiva prolação de ato sentencial favorável. Precedentes.'

(RMS 23.636-DF (AgRg), Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma)

RE 462.909-Agr / GO *Supremo Tribunal Federal*

'Recurso ordinário de mandado de segurança.

[...]

- Improcedência da aplicação ao caso da denominada 'teoria do fato consumado'. Teoria, aliás, que tem sido rejeitada por esta 1ª Turma.

[...]

Recurso ordinário a que se nega provimento.'

(RMS 23.593-DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma - grifei)

'A aprovação na primeira etapa, conforme estabelecido no edital, não confere aos candidatos direito de participar do curso de formação, se não classificados dentro do número de vagas previsto.

Liminar que determina a participação dos impetrantes na segunda etapa de novo concurso público, cujo resultado final é publicado quando já verificada a caducidade do concurso anterior. Hipótese em que não se caracteriza a quebra da ordem classificatória. Fato consumado inexistente diante da denegação do mérito da ordem liminarmente concedida.

Recurso não provido.'

(RMS 23.693-DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma - grifei)."

Ademais, não assiste razão aos agravantes quando invocam em seu favor o § 1º do artigo 41 da Constituição Federal. Este dispositivo obviamente apenas tem aplicação nas situações nas quais a nomeação, a posse e o exercício no cargo pelo servidor tenham sido regulares e definitivos, não sendo o caso dos autos, porque aqui a própria investidura e suas pré-condições sempre estiveram pendentes de condição resolutória (*sub judice*).

Assim, diante da conclusão de não terem os agravantes direito a serem convocados para a segunda etapa do curso, por não estarem dentro do número de vagas e por já haver expirado o prazo de validade do certame de 1991, pelos motivos já expostos na decisão monocrática, não cabe a aplicação da teoria do fato consumado, com base em decisão sabidamente provisória.

Assim, nego provimento ao agravo regimental.

MGM/scc

*Supremo Tribunal Federal***SEGUNDA TURMA****EXTRATO DE ATA****AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 462.909-7**

PROCED.: GOIÁS

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

AGTE.(S): PAULO RIBEIRO DE FREITAS E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): HERIBALDO MACÊDO E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: A Turma, por votação unânime, **negou** provimento ao recurso de agravo, **nos termos** do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 04.04.2006.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador