

18/10/2011

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 645.392 SERGIPE

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
AGTE.(S) : **VALÉRIA AUGUSTA FONTES MONTALVÃO**
ADV.(A/S) : **MAURICIO GENTIL MONTEIRO**
AGDO.(A/S) : **ESTADO DE SERGIPE**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE**

EMENTA

Agravo regimental no agravo de instrumento. Administrativo. Concurso público. Candidata mantida nas fases do concurso por decisão liminar. Teoria do fato consumado. Inaplicabilidade. Precedentes.

1. 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 em razão de deferimento de liminar.

2. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Sra. Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 18 de outubro de 2011.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

18/10/2011

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 645.392 SERGIPE

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
AGTE.(S) : **VALÉRIA AUGUSTA FONTES MONTALVÃO**
ADV.(A/S) : **MAURICIO GENTIL MONTEIRO**
AGDO.(A/S) : **ESTADO DE SERGIPE**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Valéria Augusta Fontes Montalvão interpõe tempestivo agravo regimental (fls. 244 a 247 – fax e 250 a 253 – original) contra decisão em que se negou provimento ao agravo de instrumento (fls. 237 a 241), com a seguinte fundamentação:

“Vistos.

Valéria Augusta Fontes Montalvão interpõe agravo de instrumento contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário assentado em contrariedade ao artigo 37 da Constituição Federal.

Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

‘RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

- Ao Poder Judiciário não cabe substituir, em suas atribuições, banca examinadora de concurso.

- Inaplicabilidade, no caso, da 'teoria do fato consumando'.

- Recurso denegado' (fl. 174).

Opostos embargos de declaração (fls. 178 a 182), foram rejeitados (fls. 186 a 191).

Decido.

AI 645.392 AGR / SE

Anote-se, inicialmente, que o acórdão dos embargos de declaração foi publicado em 19/12/05, conforme expresso na certidão de folha 192, não sendo exigível a demonstração da existência de repercussão geral das questões constitucionais trazidas no recurso extraordinário, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 6/9/07.

Não merece prosperar a irresignação.

Ambas as Turmas desta Corte vêm decidindo no sentido de ser incabível a incidência da teoria do fato consumado em casos como o presente.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 275.159, examinando a aplicação da teoria do fato consumado em caso de posse em cargo público por força de decisão liminar, assim decidiu, nos termos do voto da Ministra **Ellen Gracie**, Relatora:

‘Assiste razão ao recorrente. Com efeito, em decisões recentes (REED 190.664 e RMS 23.638, rel. Min. **Octávio Gallotti**, e RMS 23.593, Rel. Min. **Moreira Alves**) tem essa Primeira Turma afastado a teoria do fato consumado, na linha do que firmado no AGRAG 120.893, rel. Min. **Moreira Alves**, em que ficou assentado:

‘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 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,

AI 645.392 AGR / SE

ou de a demora, na desconstituição do ato administrativo praticado por força de liminar posteriormente cassada, resultar de lentidão da máquina administrativa.

(...)

Ora, admitir – como por vezes tem feito esta Corte – que se mantenham situações de fato consolidadas no tempo por atraso de prestação jurisdicional não implica sustentar (o que o Tribunal jamais fez) que há direito adquirido à preservação de quaisquer situações de fato que, por qualquer motivo, se prolongaram no tempo. Para que haja direito adquirido se faz necessária a existência de um direito, o que, nesses casos, não ocorrem a toda evidência.”

No mesmo sentido:

‘EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DE APTIDÃO FÍSICA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Inviável o agravo regimental no qual não são impugnados os fundamentos da decisão agravada. 2. Inaplicabilidade da teoria do fato consumado. Precedentes’ (AI 586.800-ED, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Cármen Lúcia**, DJ de 17/8/07).

‘CONCURSO PÚBLICO - POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL - REPROVAÇÃO EM EXAME PSICOTÉCNICO - PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO POR FORÇA DE LIMINAR. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. SÚMULA 15. INAPLICABILIDADE. Se a lei exige, para a investidura no cargo, o exame psicotécnico, não pode este ser afastado a

AI 645.392 AGR / SE

pretexto de se resguardar fato consumado. Precedentes da Primeira Turma do STF. 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. Recurso ordinário a que se nega provimento' (RMS nº 23.692, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJ 16/11/01).

'AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. OFENSA REFLEXA. TEORIA DO FATO CONSUMADO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. O Tribunal a quo não se manifestou explicitamente sobre os temas constitucionais tidos por violados. Incidência das Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 2. As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame prévio de normas inferiores, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição. 3. Aplicação da teoria do fato consumado. Impossibilidade. Precedentes. 4. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento' (AI 636.113-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJ 29/6/07).

'Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. Concurso Público para Curso de Formação da

AI 645.392 AGR / SE

Polícia Militar de Minas Gerais. 4. Exame físico. Previsão legal. Critérios previstos no edital. 5. Aplicação da teoria do fato consumado. Impossibilidade. Precedentes. 6. Agravo regimental a que se nega provimento' (AI 581.992-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJ 6/10/06).

Ademais, não cabe ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para rever critérios de correção de prova ou aferir a pertinência do conteúdo das questões formuladas. Sobre o tema, anote-se:

'AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÕES OBJETIVAS. IMPOSSIBILIDADE. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que ao Poder Judiciário não é dado substituir banca examinadora de concurso público, seja para rever os critérios de correção das provas, seja para censurar o conteúdo das questões formuladas. Agravo regimental a que se nega provimento' (AI nº 827.001/RJ-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJ de 31/3/11).

'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÕES DO CERTAME. CONTROLE JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 279 DO STF. 1. Não cabe ao poder judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas. 2. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento' (AI nº 560.551/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJ de 1º/8/08).

AI 645.392 AGR / SE

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

Publique-se.”

Aduz a agravante, **in verbis**, que:

“Por força de medida liminar, a ora gravante pôde participar do curso de formação, foi nomeada, empossada, entrou em exercício, e conta com quase nove anos de exercício da função de delegada de polícia civil do Estado de Sergipe, sempre com muito zelo e dedicação, sem nenhum registro negativo em seu desempenho funcional. Demais disso, a agravante tem a sua vida pessoal e profissional estabilizada há quase nove anos, não suportando, como no caso acima relatado, a eventual desconstituição e a exigência de ter de se preparar para recomeçar, do zero, toda a sua vida pessoal e profissional.

(...)

Noutras palavras: o primado da segurança jurídica, os princípios da lealdade e da boa-fé, bem como a teoria do fato consumado recomendam, no caso concreto, a manutenção do atual **status quo**” (fl. 251).

Alega, ainda, que “em caso muito semelhante ao presente, o Supremo Tribunal Federal, em decisão Plenária, manteve no cargo uma procuradora do trabalho que havia sido exonerada, mas obteve liminar garantindo sua permanência na função (MS 23.441)” (fl. 251).

É o relatório.

18/10/2011

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 645.392 SERGIPE

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

No caso dos autos, a ora agravante foi reprovada na prova discursiva do concurso para provimento no cargo de delegado civil de 3ª classe. Em razão disso, a candidata impetrou mandado de segurança com pedido de liminar, perante o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, a fim de que pudesse participar das fases posteriores do certame. Deferida a liminar, no mérito foi denegada a segurança. Contra essa decisão interpôs a ora agravante, perante o Superior Tribunal de Justiça, recurso ordinário em mandado de segurança, ao qual negou-se provimento.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça foi então objeto de recurso extraordinário, inadmitido, e de posterior agravo de instrumento ao qual neguei provimento.

Relata a agravante, no agravo regimental agora interposto, que *“por força da medida liminar pôde participar do curso de formação, foi nomeada, empossada, entrou em exercício, e já conta com quase nove anos no exercício da função de delegada da polícia Civil”* (fl. 251), por isso entende que deve ser aplicada a sua situação, a teoria do fato consumado.

Não merece prosperar a irresignação.

Consoante expresso na decisão agravada, a jurisprudência deste Tribunal tem se posicionado no sentido da inaplicabilidade da teoria do fato consumado a casos em que, como o presente, pleiteia-se a permanência em cargo público, cuja posse tenha ocorrido em razão de deferimento de liminar.

Desse modo, é certo que o transcurso do tempo não poderia, por si só, como pretende a agravante, convalidar sua posse no cargo de delegada. Nesse sentido, anote-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REQUISITO PREVISTO EM EDITAL. 1) ALEGAÇÃO DE

AI 645.392 AGR / SE

CONTRARIEDADE AO ART. 5º, INC. LV E LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. 2) INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (AI nº 813.739/RJ-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 1º/2/11).

“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 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 nº 476.783/SE-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJe de 21/11/08).

“Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Concurso público. Exame psicotécnico. Previsão legal. Critérios objetivos. Legitimidade. Precedentes. 3. Aplicação da teoria do fato consumado. Impossibilidade. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE nº 447.521/MG-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJ de 24/2/06).

Registre-se, por fim, que o MS nº 23.441/DF, ao qual se refere a agravante, trata de situação totalmente diversa da dos presentes autos.

AI 645.392 AGR / SE

Nego provimento ao agravo regimental.



PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 645.392

PROCED. : SERGIPE

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

AGTE.(S) : VALÉRIA AUGUSTA FONTES MONTALVÃO

ADV.(A/S) : MAURICIO GENTIL MONTEIRO

AGDO.(A/S) : ESTADO DE SERGIPE

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 18.10.2011.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Luiz Fux. Compareceram os Senhores Ministros Ayres Britto e Ricardo Lewandowski para julgar processos a eles vinculados.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian
Coordenadora