



05/04/2019

PLENÁRIO

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 655.265 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
AGTE.(S) : **JAELINE BOSO PORTELA DE SANTANA**
ADV.(A/S) : **JAQUELINE MIELKE SILVA**
AGDO.(A/S) : **UNIÃO**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

EMENTA: AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE EFEITOS FUNCIONAIS E PREVIDENCIÁRIOS RETROATIVOS EM DECORRÊNCIA DE POSSE TARDIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. O candidato nomeado tardiamente por força de decisão judicial não tem direito à contagem retroativa do tempo de serviço e aos demais efeitos funcionais ou previdenciários a partir da data em que deveria ter sido nomeado.

2. A investidura no cargo, através da nomeação, seguida da posse e do efetivo exercício, é que gera o direito às prerrogativas funcionais inerentes ao cargo público, sob pena de enriquecimento ilícito.

3. O caráter contributivo e solidário do regime de previdência não permite o usufruto dos efeitos previdenciários sem a devida contraprestação (Rcl 1.728, CumpSent, Rel. Min. Fux, Primeira Turma, DJe de 15/4/2016).

4. A existência de um litígio judicial não configura arbitrariedade flagrante apta a ensejar indenização ou retroação dos efeitos previdenciários ou funcionais (RE 724.347, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o acórdão o Ministro Roberto Barroso, Pleno, DJe de 13/05/2015).

5. Agravo interno **DESPROVIDO**.

ACÓRDÃO

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento virtual de 29/3 a 4/4/2019, por unanimidade, negou



RE 655265 AGR / DF

provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Relator. Impedido o Ministro Dias Toffoli (Presidente).

Brasília, 5 de abril de 2019.

Ministro **LUIZ FUX - RELATOR**

Documento assinado digitalmente



05/04/2019

PLENÁRIO

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 655.265 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
AGTE.(S) : JAELENE BOSO PORTELA DE SANTANA
ADV.(A/S) : JAQUELINE MIELKE SILVA
AGDO.(A/S) : UNIÃO
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de agravo interno interposto por JAELENE BOSO PORTELA DE SANTANA contra decisão de minha relatoria, assim ementada:

"PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE EFEITOS FUNCIONAIS E PREVIDENCIÁRIOS RETROATIVOS EM DECORRÊNCIA DE POSSE TARDIA. INADMISSÃO. PRECEDENTES. PEDIDO INDEFERIDO."

Inconformada com a referida decisão, a parte interpôs o presente recurso, alegando, em síntese:

"Quanto ao primeiro argumento que fundamenta a decisão agravada, como já se constou acima, ante a reserva de vaga e a portaria de nomeação da agravante de 2009, determinando a observância da classificação no certame, bem como a manutenção por este Egrégio Supremo Tribunal Federal do direito à posse em 23/09/09 reconhecida pelo E. TRF 1ª Região, não existia dúvida ou omissão a justificar a oposição de Embargos de Declaração.

(...)

Quanto ao segundo argumento, qual seja, o decidido pelo RE 724.347, necessárias serem feitas as seguintes ponderações:

Naquele feito, os autores pleiteavam indenização por danos



RE 655265 AGR / DF

materiais em virtude da posse tardia. Já a autora, ora recorrida, na petição protocolizada anteriormente, em momento algum tratou dos efeitos pecuniários do reconhecimento da posse tardia, tendo se limitado a tratar dos efeitos nefastos da não observância da sua ordem de antiguidade e do regime previdenciário vigente em 2009.

(...)

Não se desconhece o fato lembrado pelo Ministro Roberto Barroso no julgamento do RE utilizado por Vossa Excelência para indeferir o pleito da Recorrida de que 'a mera aprovação em concurso público não gera direito à nomeação', todavia o caso aqui é outro! A NOMEAÇÃO JÁ OCORREU NO ANO DE 2009, tendo sido assegurados os direitos decorrentes, com a consignação na Portaria de observância da ordem de classificação no concurso."

Em contrarrazões, a UNIÃO sustentou a ocorrência de preclusão da matéria concernente à retroação dos efeitos funcionais e previdenciários do ingresso da agravante na carreira da magistratura, em face da não oposição de embargos declaratórios. Asseverou, ainda:

"(...) ainda que manejados os embargos de declaração no prazo processual, estes deveriam ser rejeitados, pois, se os efeitos da posse não foram discutidos nas razões e contrarrazões recursais, por consequência, inexistente omissão a ser sanada por meio de embargos de declaração.

Outrossim, essa temática sequer foi ventilada na exordial e na respectiva petição de emenda, acostadas aos autos, respectivamente, às fls. 03/23 e 87/105, de modo que o deferimento do pedido veiculado por meio deste agravo interno conduz à ampliação do objeto da demanda, em afronta ao art. 329 do Código de Processo Civil.

Noutro giro, consoante assentado na decisão agravada, 'a jurisprudência desta Suprema Corte é no sentido de que somente o efetivo exercício é capaz de gerar as prerrogativas funcionais inerentes ao cargo público, ou seja, o candidato nomeado tardiamente por força de decisão judicial não tem direito à contagem retroativa do tempo de serviço e aos demais efeitos funcionais ou previdenciários decorrentes'. (...)"



RE 655265 AGR / DF

Houve pedido de destaque no julgamento do presente recurso, não havendo, contudo, peculiaridade que justifique a sua exclusão do julgamento em ambiente virtual.

É o relatório.



05/04/2019

PLENÁRIO

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 655.265 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): A presente irresignação não merece prosperar.

Conforme já asseverado na decisão recorrida, o entendimento firmado por esta Suprema Corte é no sentido de que somente o efetivo exercício é capaz de gerar as prerrogativas funcionais inerentes ao cargo público, ou seja, o candidato nomeado tardiamente por força de decisão judicial não tem direito à contagem retroativa do tempo de serviço e aos demais efeitos funcionais ou previdenciários decorrentes. Nessa toada, reitero o precedente citado na decisão impugnada (grifos meus):

“RECLAMAÇÃO. EXECUÇÃO DE DECISÃO TRÂNSITA NESTES AUTOS EM 2001. QUATORZE ANOS DE DESCUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL DESTES AUTOS ORIUNDA DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DESTA CORTE. RECONHECIMENTO DO TRÂNSITO. POSSIBILIDADE. NATUREZA JURÍDICA DA RECLAMAÇÃO DE AÇÃO CONSTITUCIONAL. DESCUMPRIMENTO, PELA UNIÃO, DA DECISÃO PROFERIDA NOS AUTOS DO RMS 23.040 E NESTA RECLAMAÇÃO. PROCEDÊNCIA. AUTORIDADE RECLAMADA. CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL CONSTANTE DESTES AUTOS COM OBSERVÂNCIA DE UM CRONOGRAMA RAZOÁVEL CONSIDERADO O ATUAL CENÁRIO DE CRISE ECONÔMICA.

(...) 6. Fixadas essas premissas, é imperioso reconhecer o direito dos candidatos abrangidos pelo RMS 23.040 à nomeação no cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho, mormente porquanto o provimento judicial neste sentido oriundo desta Corte possui quase 15 anos desde



RE 655265 AGR / DF

a data em que transitou em julgado. 7. É assente nesta Corte o entendimento de que não assiste ao candidato nomeado tardiamente por força de decisão judicial o direito de contagem retroativa do tempo de serviço e dos demais efeitos funcionais a contar da data em que, supostamente, deveria ter sido nomeado, uma vez que somente o efetivo exercício rende ensejo às prerrogativas funcionais inerentes ao cargo público, sob pena de enriquecimento ilícito. Assim, e considerando que, na hipótese dos autos, não se identifica uma arbitrariedade flagrante, mas um complexo litígio que se circunscreve a, pelo menos, três processos, não há como falar em efeitos retroativos, quer funcionais, quer previdenciários, como postulam os reclamantes, porquanto implicaria excessiva oneração dos cofres públicos em razão de o litígio ter subsistido por mais de uma década. Os efeitos financeiros e funcionais da nomeação serão contados a partir da data em que os candidatos entrarem em exercício. (Precedente decidido em Repercussão Geral sobre o tema: RE 724.347/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o acórdão o Ministro Roberto Barroso, DJe 13/05/2015) (...)” (Rcl 1.728 CumpSent, Rel. Min. Fux, Primeira Turma, DJe de 15/4/2016)

Ademais, o Plenário desta Suprema Corte, ao apreciar a matéria *sub examine*, no julgamento do RE 724.347, DJe de 13/5/2015, em sede de repercussão geral (Tema 671), firmou entendimento no sentido de que é incabível indenização nas hipóteses de nomeação tardia em cargo público em virtude de decisão judicial, salvo situação de arbitrariedade flagrante. O voto condutor do acórdão, proferido pelo Min. Roberto Barroso, restou assim ementado, *in verbis*:

“ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. 1. Tese afirmada em repercussão geral: na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante. 2. Recurso extraordinário provido.”



RE 655265 AGR / DF

In casu, todavia, não se constata situação de arbitrariedade flagrante. A propósito, transcrevo trecho do voto do Ministro Roberto Barroso, condutor do acórdão no RE 724.347, acerca da configuração de arbitrariedade flagrante:

“No entanto, é preciso ressaltar situações de arbitrariedade qualificada, tal como faz a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A simples existência de um litígio judicial sobre concurso público é fato normal na vida de uma sociedade com instituições, e a defesa judicial pelo Estado de um ponto de vista minimamente razoável, dentro das regras do jogo, não gera dano indenizável. No entanto, em situações de patente arbitrariedade, descumprimento de ordens judiciais, litigância meramente procrastinatória, má-fé e outras manifestações de desprezo ou mau uso das instituições, ocorrem fatos extraordinários que exigem reparação adequada.”

Verifica-se, portanto, que *“a simples existência de um litígio judicial sobre concurso público”* não gera dano indenizável. Ademais, não ocorreu na hipótese dos autos nenhum dos casos acima elencados a autorizar indenização por posse tardia, tampouco a retroação dos efeitos previdenciários - os quais possuem caráter contributivo e solidário - ou retroação para efeitos de antiguidade - que pressupõe o efetivo exercício das funções inerentes ao cargo.

Por oportuno, colaciono trecho do voto por mim proferido no Cumprimento de Sentença na Reclamação 1.728, acerca dos efeitos previdenciários retroativos:

“(...) quanto aos efeitos previdenciários, que, nos termos do art. 40 da Carta Magna, o regime de previdência do servidor público possui caráter contributivo e solidário, sendo mantido por contribuições do servidor público e do ente da federação a que está vinculado, verbis:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da



RE 655265 AGR / DF

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo (Redação conferida pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003).

Por seu turno, o diploma legal que regulamenta o regime previdenciário dos servidores públicos é a Lei 9.717/1998, que, assim, dispõe:

Art. 1º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguintes critérios:

(...)

II - financiamento mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das contribuições do pessoal civil e militar, ativo, inativo e dos pensionistas, para os seus respectivos regimes.

Desse modo, o servidor não poderá usufruir dos benefícios previdenciários sem a devida contraprestação, porquanto isso comprometeria o equilíbrio financeiro almejado pelo sistema. (...)"

Conclui-se, destarte, que a investidura no cargo, que se dá com a nomeação, seguida da posse e do efetivo exercício, é o marco inicial para a contagem do tempo de serviço, de modo que antes desse marco não há que se falar em qualquer prerrogativa funcional dela decorrente.

Ex positis, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo interno.

É como voto.



AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 655.265 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
AGTE.(S) : **JAELINE BOSO PORTELA DE SANTANA**
ADV.(A/S) : **JAQUELINE MIELKE SILVA**
AGDO.(A/S) : **UNIÃO**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Acompanho o Relator, considerado precedente do Plenário, alusivo ao recurso extraordinário nº 724.347, redator do acórdão ministro Luís Roberto Barroso, em que fixada a seguinte tese, em relação a qual guardo reservas: “Na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante”.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 655.265

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

AGTE.(S) : JAELINE BOSO PORTELA DE SANTANA

ADV.(A/S) : JAQUELINE MIELKE SILVA (29586/RS)

AGDO.(A/S) : UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Relator. Impedido o Ministro Dias Toffoli (Presidente). Plenário, Sessão Virtual de 29.3.2019 a 4.4.2019.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário