

**EMB.DIV. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.334.608
AMAZONAS**

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
EMBTE.(S) : **ESTADO DO AMAZONAS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO
AMAZONAS**
EMBDO.(A/S) : _____
ADV.(A/S) : **MARCIO SILVA TEIXEIRA**

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se Embargos de Divergência opostos contra acórdão proferido pela Segunda Turma.

Na origem, o ESTADO DO AMAZONAS interpôs Recurso Extraordinário em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do daquele ente federativo, assim ementado (Doc. 3):

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PRELIMINAR DE COISA JULGADA. NÃO OCORRÊNCIA. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO ACOLHIMENTO. PERMANÊNCIA NO CERTAME, APROVAÇÃO E NOMEAÇÃO DECORRENTES DE PROVIMENTO JUDICIAL PRECÁRIO EM DEMANDA ANTERIOR, POSTERIORMENTE CONFIRMADO EM SENTENÇA CONCESSIVA DA SEGURANÇA. REVERSÃO DA SENTENÇA PELO TJAM. TRÂNSITO EM JULGADO. ABERTURA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA EXCLUSÃO DAS FILEIRAS DA PMAM. TEORIA DO FATO CONSUMADO. APLICABILIDADE. DISTINÇÃO ENTRE OS PRECEDENTES VINCULANTES E O CASO CONCRETO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. LEGÍTIMA EXPECTATIVA. PRECEDENTES. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

1. Não há falar em acolhimento da coisa julgada como pressuposto processual negativo, eis que não há identidade entre a presente demanda e o mandado de segurança nº 0634366-74.2013.8.04.0001;

2. A via eleita afigura-se como adequada, na medida em que a aplicação da teoria do fato consumado, fundamento utilizado pela impetrante como causa de pedir, dispensa maiores incursões sobre matéria fática;

3. A jurisprudência das Cortes Superiores se orienta no sentido de não permitir a aplicação da teoria do fato consumado, já tendo o STF deliberado sobre a questão na sistemática da Repercussão Geral. Precedentes;

4. Contudo, a situação da impetrante apresenta peculiaridades que quebram a obrigatoriedade de vinculação em relação aos precedentes na medida em que a decisão liminar que permitiu sua manutenção no certame foi posteriormente confirmada em sentença de mérito a seu favor, prolatada no momento em que estavam sendo ultimadas as derradeiras providências administrativas para inclusão da impetrante nas fileiras da PMAM, criando legítima expectativa da consolidação de sua situação;

5. Paralelamente, é de se reconhecer que o próprio ESTADO DO AMAZONAS também detinha a confiança de que a situação funcional de sua militar estava consolidada, tanto assim que, à época da impetração, a oficial já se encontrava em exercício de sua função nas fileiras da PMAM há mais de 5 (cinco) anos, período ao longo do qual a Administração estadual despendeu vultosos recursos para sua formação;

6. A jurisprudência deste TJAM vem reconhecendo a possibilidade a aplicação da teoria do fato consumado em situações idênticas a da autora, de modo que a concessão da segurança é medida que, a um só tempo, evita a prolação de decisões contraditórias envolvendo a mesma matéria e mantém

as legítimas expectativas das partes envolvidas; Precedentes TJ/AM.

7. Segurança concedida, em dissonância com o parecer ministerial”.

No Recurso Extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, apontou violação ao art. 37, II, da Carta Magna.

Sustentou se inaplicável a teoria do fato consumado em concurso público “(...) amparadas por medidas de natureza precária, como liminar e antecipação dos efeitos da tutela” (Doc. 6, fl. 7).

Apontou que o caso é idêntico ao objeto do tema 476 da sistemática da repercussão geral.

Admitido o recurso, foram os autos encaminhados ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Nesta CORTE, o processo foi distribuído ao Min. GILMAR MENDES, que negou seguimento ao RE do ESTADO DO AMAZONAS.

Em face dessa decisão, o Estado interpôs Agravo Interno, no qual argumentou, em síntese, que “(...) segundo a Teoria do Fato Consumado as situações jurídicas consolidadas pelo decurso do tempo, amparadas por decisão judicial, não devem ser desconstituídas, em razão do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais. Contudo, em regra, a jurisprudência do STJ afirma que não se aplica a Teoria do fato consumado em situações amparadas por medidas de natureza precária, como liminar e antecipação dos efeitos da tutela, não havendo que se falar em situação consolidada pelo decurso do tempo, sob pena de se chancelar situação contrária à lei (STJ, 2ª Turma, Resp 1.333.588-RS, rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 16/10/2012)” (Doc. 26).

Realçou que o acórdão recorrido divergiu da tese fixada no Tema 476 da repercussão geral (RE 602.482-RG).

A Segunda Turma do STF, por unanimidade, acompanhou o voto do Min. GILMAR MENDES, para negar provimento ao Agravo Interno, a fim de manter a decisão monocrática, em acórdão assim ementado, assim ementado (Doc. 31):

“Agravos regimentais no recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. 3. Concurso público para provimento de cargos PM/AM. Pretensão de exclusão de candidata empossada há mais de 9 anos. Cautelar confirmada por decisão definitiva, posteriormente cassada. Não incidência do tema 476 da repercussão geral. Distinguish. 4. Necessária observância aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Precedentes. 5. Valorização da dimensão concreta do juízo de proporcionalidade. 6. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 7. Negado provimento ao agravo regimental.”

O ESTADO DO AMAZONAS opôs Embargos de Divergência, alegando que o acórdão embargado diverge “*diverge de precedentes da Primeira Turma sobre a aplicabilidade do Tema 476 a casos em que a posse ocorreu com base em decisão definitiva (sentença e/ou acórdão) (acórdãos proferidos no RE 1147840 ED-AgR, Rel. Alexandre de Moraes, julgado em 14/12/2018, processo eletrônico DJe-023 divulg 05-02-2019 public 06-02-2019, e no RE 1265471 AgR, Rel. Roberto Barroso, julgado em 13/10/2020, processo eletrônico DJe-258 divulg 26-10-2020 public 27-10-2020)*” (fl. 6, Doc. 36).

Sustenta que “o Plenário deste E. Tribunal já refutou a aplicação da teoria do fato consumado em caso no qual o candidato permaneceu no cargo por tempo similar ao tempo que a parte adversa, justamente no julgamento do RE 602.482-RG” (fl. 6, Doc. 36).

Por fim, requer o provimento do Embargos de Divergência, superando-se a divergência entre o entendimento manifestado pela Segunda Turma e os paradigmas indicados.

O Relator do Recurso Extraordinário, Ilustre Min. GILMAR MENDES, admitiu os Embargos de Divergência, ao entendimento de terem sido preenchidos os pressupostos de admissibilidade do recurso.

Distribuídos os Embargos de Divergência ao Eminentíssimo Ministro LUIZ FUX, S. Exa. os colocou em julgamento na presente Sessão Virtual,

propondo o acolhimento do recurso, com consequente a reforma do acórdão da Segunda Turma.

Eis a ementa lançada pelo Ilustre Relator dos presentes Embargos:

“EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITE ETÁRIO. INOBSERVÂNCIA DESDE O ATO DE INSCRIÇÃO. MANUTENÇÃO DE CANDIDATA EMPOSSADA EM CARGO PÚBLICO POR FORÇA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA JUDICIAL POSTERIORMENTE REFORMADA. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INVIABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM A TESE CONSOLIDADA NO TEMA 476 DA REPERCUSSÃO GERAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA CONHECIDOS E PROVIDOS PARA, REFORMANDO O DECISUM EMBARGADO, DAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. “

É o relatório.

Antecipo que vou divergir do Eminente Min. LUIZ FUX, para negar provimento aos Embargos interpostos pelo ESTADO DO AMAZONAS, a fim manter o acórdão embargado.

No caso concreto, a autora impetrou mandado de segurança em face do Governador do Estado do Amazonas e do Comandante Geral da PMAM, que instauraram processo administrativo com vistas a realizar seu desligamento das fileiras da corporação, que ultimou com a publicação de Decreto em 18/10/2018, determinando sua exclusão das fileiras da PMAM.

Alegou que prestou concurso no ano de 2011 e foi aprovada em todas as fases do certame, e participou da 3ª fase do concurso público para admissão no Curso de Formação de Oficiais PM Regular Intensivo em razão de sentença de mérito que confirmou a liminar anteriormente deferida a seu favor, tendo tomado posse no cargo e sido promovida a 2º tenente da Polícia Militar.

O Tribunal de origem entendeu que o caso concreto não se adéqua ao Tema 476 da repercussão geral, isso porque a manutenção da autora no cargo não se deu por meio de provimento precário. Ao contrário, a impetrante foi aprovada nas duas primeiras fases do certame e participou da terceira fase consistente no Curso de Formação de Oficiais PM Regular Intensivo em razão de sentença concessiva da segurança que confirmou o provimento precário.

Destacou, inclusive, que a inclusão da autora nos quadros da corporação ocorreu menos de um mês após aquele provimento judicial de mérito, a demonstrar que as providências administrativas para sua posse já haviam sido tomadas.

Conclui estar demonstrado que o comportamento do Estado do Amazonas gerou legítima expectativa na impetrante de que sua incorporação aos quadros da PMAM estava consolidada não só pela decisão de mérito já obtida, mas pelo fato de que ao tempo da impetração do mandado de segurança a oficial já contava com mais de 5 (cinco) anos de exercício da função militar, período em que a Administração despendeu vultosos recursos para a sua formação.

Desse modo, compreendeu estar patente a legítima expectativa da autora e do próprio Estado do Amazonas, circunstância esta apta a atrair a teoria do fato consumado à situação concreto dos autos, pois, entendimento contrário representaria severa violação ao princípio da segurança jurídica.

De fato, a tese firmado por esta CORTE, no tema 476 da repercussão geral (RE 608.482, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Dje de 31.10.2014) no qual fixada tese de que *“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**”* não guarda consonância com o caso concreto do presente processo, no qual a autora tomou posse no cargo de policial militar por decisão definitiva de mérito e está há mais de nove anos na PMAM, tendo sido promovida a 2º tenente.

Além disso, todo o contexto fático delineado pela origem demonstra que o comportamento da Administração gerou legítimas expectativas na impetrante de que a sua situação funcional estava consolidada.

Todos sabemos que a segurança jurídica é pilar fundamental que garante a confiança no sistema jurídico. Tanto assim é, que esta CORTE modula os efeitos de decisões para evitar que a correção de uma situação inconstitucional gere outra inconstitucionalidade.

A propósito, como asseverou o Min. LUIZ FUX, no RMS 28.497, Dje de 30/10/2024, *“o poder de invalidação da Administração Pública não é eterno e deve ser contido pelo princípio da segurança jurídica através da sua dimensão subjetiva que se concretiza através do princípio da proteção da confiança”*.

No mesmo sentido, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL chancela a possibilidade de mitigação dos efeitos de atos inconstitucionais em prol de razões de segurança jurídica, como demonstram os seguintes precedentes, inclusive de minha relatoria:

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REVISÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS PÚBLICOS. DECADÊNCIA. SITUAÇÕES EXCEPCIONALÍSSIMAS. RECONHECIMENTO DA BOA-FÉ DO ADMINISTRADO E DA INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM ANULAR ATOS FAVORÁVEIS AO DESTINATÁRIO. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA.

1. No caso concreto, o Tribunal de origem concedeu a segurança pleiteada para impedir a demissão da impetrante, que acumula, há cerca de trinta anos, o cargo de Agente Administrativo no Comando Geral da Polícia Militar com o de Agente Administrativo na Secretaria Estadual de Saúde, ao fundamento de ter ocorrido a decadência administrativa para anular os atos praticados de boa-fé, além de haver compatibilidade de horário no exercício das duas funções. 2. Esta SUPREMA CORTE admite, em situações excepcionalíssimas, a decadência administrativa na hipótese de acumulação indevida de cargos, quando verificadas a boa-fé do administrado e a inércia da Administração em anular

atos favoráveis aos destinatários, por respeito aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. 3. Agravo Interno a que se nega provimento. (RE 1.380.919 AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe 16.9.2022)

Embargos de declaração nos embargos de declaração no mandado de segurança. 2. Direito Administrativo. 3. Conselho Nacional de Justiça. Desconstituição dos atos de investidura de servidores do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Nomeações efetivadas após a Constituição Federal de 1988, sem aprovação em concurso público. 4. Inaplicabilidade do prazo decadencial de 5 anos, previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999. 5. Possibilidade de mitigação dos efeitos de atos inconstitucionais em prol de razões de segurança jurídica. Atos de nomeação em cargos públicos sem a realização de concurso público foram assinados por Presidente de Tribunal de Justiça há mais de 20 anos. Boa-fé dos impetrantes. 6. Proposta de modulação de efeitos acolhida. 7. Embargos de declaração acolhidos em parte, tão somente para reconhecer a boa-fé dos embargantes e, assim, modular os efeitos da decisão para manter a validade dos atos inconstitucionais em relação a eles. (MS 27.673 ED-ED, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, redator para o acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe 10.11.2020)

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. 3. Investigação de agente investido em função pública sem prévia realização de concurso. Ausência, por mais de 20 anos, de impugnação pelo ente público. 4. Necessidade de flexibilização dos efeitos do ato inconstitucional, em respeito aos princípios da boa-fé e da segurança jurídica. Precedentes. 5. Inexistência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Negado provimento ao agravo regimental, sem majoração da verba honorária. (RE 1.165.280 AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe 8.9.2021)

O princípio da proporcionalidade deve ser aplicado em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.

No caso concreto, seria desarrazoado excluir a recorrida da PMAM após mais de 9 (nove) anos em que aprovada em concurso público, no qual participou em razão de decisão liminar posteriormente confirmada, por sentença de mérito.

Desse modo, entendo que não há divergência apontada pelo embargante quanto à aplicação do Tema 476, uma vez que o caso em análise apresenta particularidades que o distinguem da hipótese julgada no precedente paradigma.

Com essas considerações, não admito os Embargos de Divergência.
É o voto.