

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Advocacia
Pública**

Isabel Rodrigues Paes de Andrade Banhos

**Teoria do Fato Consumado: uma abordagem
crítica da evolução doutrinária e
jurisprudencial**

**Brasília – DF
2008**

Isabel Rodrigues Paes de Andrade Banhos

**Teoria do Fato Consumado: uma abordagem
crítica da evolução doutrinária e
jurisprudencial**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Advocacia Pública, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília – DF

2008

Teoria do Fato Consumado: uma abordagem crítica da evolução doutrinária e jurisprudencial

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Advocacia Pública, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

DEDICATÓRIA

Aos meus amados filhos, Pedro e Tiago.

AGRADECIMENTOS

Ao Sérgio, meu amado marido, com quem venho compartilhando - ao longo de felizes vinte e cinco anos - desafios, conquistas e incontáveis alegrias, e que sempre esteve ao meu lado apoiando e incentivando o descortinar de novos horizontes.

Aos meus filhos, Pedro e Tiago, com quem aprendi a plenitude do amor e o sentimento de mais profunda realização.

Aos meus pais, Zilda e Antônio, pelo amor, dedicação e por me ensinarem o valor da família, nosso eterno porto seguro.

A querida sobrinha, Manuella, pela pronta e carinhosa ajuda na redação do abstract.

RESUMO

O presente estudo tem por objeto a análise crítica da aplicação da denominada teoria do fato consumado por parte do Poder Judiciário, com o pretense fim de convalidar situações jurídicas, iniciadas a partir de provimento jurisdicional precário – medida liminar ou antecipação de tutela – que, por força da delonga no processamento e julgamento do mérito da ação judicial, resultou no exercício temporário de cargo público, com preterição da forma legal preceituada pelo art. 37, inc. II, da Constituição Federal.

Pretende-se demonstrar que a aplicação da teoria do fato consumado vem consolidando situações jurídicas de flagrante ilegalidade e inconstitucionalidade - ocasionando o desvirtuamento do instituto das medidas liminares e o desprezo à natureza instrumental do processo cautelar - ao autorizar o provimento de cargos públicos com preterição de forma legal. E mais, que a teoria não pode ser justificada como mecanismo de composição do prejuízo sofrido pela parte litigante em razão da incapacidade do Poder Judiciário realizar uma prestação jurisdicional célere.

Discorreremos, ainda, sobre a improcedência da invocação dos princípios constitucionais da segurança jurídica, boa-fé e da dignidade humana como fundamento para a aplicação da teoria do fato consumado, na medida em que o princípio da legalidade restritiva prevalece. Abordaremos, ainda, as diferentes implicações da aplicação da teoria do fato consumado no âmbito do direito administrativo e no direito processual.

Por fim, proceder-se-á a um relato da evolução jurisprudencial, a partir da análise de precedentes judiciais, cuja equivocada interpretação de princípios constitucionais resultaram no acolhimento dessa teoria, para, então, abordarmos a recente mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a repercussão dessa novel orientação nas decisões do Superior Tribunal de Justiça que, gradualmente, vem reexaminado sua posição original e se inclinando na linha da Suprema Corte. Por derradeiro, examinaremos a divergente posição do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que ainda consagra a aplicação da teoria do fato consumado, ensejando nomeação e posse de servidores do Distrito Federal, em flagrante violação ao art. 37, inc. II, da Constituição Federal.

INDEXAÇÃO: Teoria do Fato Consumado; Cautelares e Medidas de Urgência; Desvirtuamento; Risco Processual; Princípios Constitucionais: Legalidade, Segurança Jurídica, Dignidade da Pessoa Humana, Boa-fé, da Celeridade Processual e da Efetividade; Concurso Público; Policial Militar; Psicotécnico. Jurisprudência da Teoria do Fato Consumado.

ABSTRACT

The present study objectifies the critical analysis of the application of the theory of the consummated fact by the Judiciary, with the pretense intention of validating legal situations, initiated from precarious jurisdictional provisions - *medida liminar ou antecipação de tutela* – that, due to the delay in the processing and judgment of the merit of the legal action, resulted in the temporary exercise of public function, in disregard of the legal form asserted by article 37, II, of the Federal Constitution.

It is intended to demonstrate that the application of the theory of the consummated fact is consolidating legal situations of irrefutable illegality and unconstitutionality - causing the deviation of the institute of the provisional remedies (*medidas cautelares*) and the discredit of the instrumental nature of the provisional procedure (*processo cautelar*)- when authorizing the issuance of public functions with disregard of the legal form. And moreover, that the theory cannot be justified as mechanism of composition of the damage suffered by the litigant part due to the incapacity of the Judiciary of achieving a jurisdictional provision with celerity.

We will discourse, nevertheless, on the ineptitude of the invocation of the constitutional principles of the legal security, good-faith and of the dignity human being as foundations for the application of the theory of the consummated fact, in the measure in which the principle of the restrictive legality prevails. We will approach, still, the different implications of the application of the theory of the fact consummated in the scope of the administrative law and of the procedural law.

Finally, we will proceed to delineate the jurisprudential evolution, from the analysis of judicial precedents, whose mistaken interpretation of constitutional principles led to the sheltering of this theory, for, then, to approach the recent change in the jurisprudence of the Supreme Federal Court and the repercussion of this novel orientation in the decisions of the Superior Court of Justice that, gradually, has been reexamining its original position and inclining towards the line of the Supreme Court. Conclusively, we will examine the divergent position of the Court of Justice of the Federal District that still consecrates the application of the theory of the consummated fact, leading to the nomination and assumption of public function of the servers of the Federal District in an unequivocal violation of art. 37, II, of the Federal Constitution.

INDEXATION: Theory of the Consummated Fact; Action for Provisional Remedies and Measures of Urgency; Deviation; Procedural Risk; Constitutional Principles: Legality, Legal Security, Dignity of the Human Being, Good-faith, Procedural Celerity and the Effectiveness; *Concurso Público*; Military Police; *Psicotécnico*. Jurisprudence of the Theory of the Consummated Fact.

SUMÁRIO

Introdução

Capítulo 1º - A teoria do fato consumado. Desenvolvimento e crítica: o risco processual inerente ao ajuizamento da lide e a improcedência da invocação da teoria do fato consumado para eternizar situações jurídicas precárias.

Capítulo 2º - A teoria do fato consumado. Conseqüências de sua aplicação: a desnaturaçãõ do caráter cautelar das medidas urgentes; a afronta ao postulado da eficiência e da efetividade da prestação jurisdicional.

Capítulo 3º - A teoria do fato consumado. Conflitos de princípios. A contraposição dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da dignidade da pessoa humana com o da legalidade.

Capítulo 4º - Teoria do fato consumado. A evolução da orientação jurisprudencial. A novel interpretação da matéria.

Capítulo 5º - A teoria do fato consumado. Análise de um caso: a impossibilidade de se invocar a teoria do fato consumado para garantir a promoção de policiais militares que não preenchem os requisitos legais atinentes à promoção.

Conclusão

Bibliografia

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto a análise crítica da aplicação da denominada teoria do fato consumado por parte do Poder Judiciário, com o pretense fim de convalidar situações jurídicas a favor de particulares, as quais foram iniciadas a partir de provimento jurisdicional precário – medida liminar ou antecipação de tutela – que, por força da delonga no processamento e julgamento do mérito da ação judicial, resultou no exercício temporário de cargo público, com preterição da forma de provimento.

Com efeito, a aplicação da teoria do fato consumado vem consolidando situações jurídicas de flagrante ilegalidade e inconstitucionalidade, ocasionando o desvirtuamento do instituto das medidas liminares e de cautela, na medida em que autorizam o provimento de cargos públicos com preterição de forma legal estatuída na Constituição Federal.

E mais. A aplicação da teoria do fato consumado apesar de conferir definitividade às decisões liminares, vem sendo justificada, por seus defensores, como resposta à incapacidade do Poder Judiciário realizar uma prestação jurisdicional célere.

No capítulo 1º, proceder-se-á a uma breve explanação da construção dessa teoria, a partir da identificação de precedentes, extraídos da jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, que inauguram a discussão acerca da aplicação da teoria. Será, ainda, abordada a questão do risco processual assumido pelo litigante, que invalida, ao menos no aspecto legal, a invocação da teoria como mecanismo de redução dos impactos oriundos da delonga no processamento dos pleitos judiciais.

No Capítulo 2º, serão analisadas as conseqüências da aplicação da teoria do fato consumado, tais como a desnaturaçãõ do caráter cautelar das medidas urgentes, que se verifica através da afronta ao pressuposto da reversibilidade das decisões cautelares, a partir da atribuição de efeito satisfativo a tais medidas e, também, o desprezo à natureza instrumental do processo cautelar. Por fim, será focado o risco de vulneraçãõ dos postulados da eficiência e

efetividade da prestação jurisdicional que a aplicação da teoria do fato consumado acarreta.

No Capítulo 3º, por sua vez, será examinado a existência de eventual conflito entre os princípios constitucionais da segurança jurídica, boa-fé e da dignidade humana com o princípio da legalidade e os mecanismos disponíveis para solucionar o possível conflito, acaso existente. Será, também, analisada as diferentes implicações da invocação da teoria do fato consumado no âmbito do direito administrativo e do direito processual. No primeiro campo, será analisada a sua utilização como mecanismo de contrapeso à prerrogativa da Administração Pública de rever os seus atos. No segundo campo, será abordada a repercussão da invocação da teoria no campo do direito processual que, em razão de sua natureza genuinamente mutável e passível de constantes revisões e reformas, não admite a consolidação de decisões antes de verificado o trânsito em julgado.

No Capítulo 4º, proceder-se-á a um relato da evolução jurisprudencial, a partir da análise de precedentes judiciais, cuja equivocada interpretação de princípios constitucionais - tais como o princípio da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana - resultaram no acolhimento dessa teoria, em manifesta afronta ao princípio da legalidade estrita. Será, ainda, objeto de análise a recente mudança de entendimento da jurisprudência pátria, inaugurada pelo colendo Supremo Tribunal Federal que - atento ao fato de que a teoria do fato consumado estava conferindo definitividade às decisões liminares e, assim, consagrando ilegalidades e inconstitucionalidades - vem rechaçando a sua invocação nas hipóteses de concursos públicos, cuja nomeação e posse de candidatos se verifiquem antes do trânsito em julgado das ações judiciais propostas. Abordaremos, também, a repercussão da orientação do Pretório Excelso na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que gradualmente vem reexaminado sua posição original e se inclinando no sentido da jurisprudência da Suprema Corte. Por derradeiro, examinar-se-á a jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que, não obstante a novel orientação do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, ainda consagra a aplicação da teoria do fato consumado, ensejando, inúmeras vezes, a indevida nomeação e posse de servidores do Distrito Federal com preterição da forma legal.

O Capítulo 5º, por sua vez, traz a análise de um caso concreto de aplicação da teoria do fato consumado, no particular pelo egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em flagrante violação aos preceitos constitucionais atinentes ao provimento de cargos públicos, que, segundo a locução do art. 37, inc. II, da Constituição Federal, pressupõe a regular aprovação em concurso públicos de provas e títulos, nos termos da lei.

1º Capítulo

A teoria do fato consumado. Desenvolvimento e crítica: o risco processual inerente ao ajuizamento da lide e a improcedência da invocação da teoria do fato consumado para eternizar situações jurídicas precárias.

A aplicação da teoria do fato consumado pelo Poder Judiciário é justificada como mecanismo de recomposição de prejuízos sofridos pela parte que tenha sido beneficiada por medida cautelar ou por liminar e que, por força da morosidade no julgamento de mérito, resultou na consolidação da situação jurídica durante dado período e cujo desfazimento gerará inúmeros problemas.

A invocação da teoria do fato consumado como mecanismo de redução dos impactos decorrentes da delonga no processamento dos pleitos ajuizados perante o Poder Judiciário está intimamente ligada à incapacidade do sistema judiciário pátrio de realizar o ideal de uma prestação judiciária justa e célere, em razão de, nos tempos recentes, estar experimentando uma avalanche de processos judiciais.

Apesar de controvertida, a aplicação da teoria do fato consumado vem sendo prestigiada por alguns segmentos do Poder Judiciário pátrio, sendo oportuno proceder à análise da evolução histórica da jurisprudência acerca do tema.

A teoria do fato consumado, no âmbito do egrégio Supremo Tribunal Federal, remonta ao ano de 1966, ocasião em que o eminente Ministro Lafayette de Andrade, inaugurando a teoria afirmou que “a verdade, porém, é que se criou uma situação de fato, que o tempo já consolidou. Em casos semelhantes, a orientação do Supremo Tribunal Federal tem sido no sentido de atender a tais situações cuja excepcionalidade aconselha encarar o problema mais sob o aspecto da finalidade social das leis do que uma interpretação literal dos textos” (In RMS 17.444, RTJ 45/589).

No mesmo sentido, o Ministro Kelly Prado, julgando o RMS nº 13.807, *in* RTJ 37/248, aduz que “a ocorrência, na espécie, de circunstâncias excepcionais que aconselham a inalterabilidade da situação de fato e de direito consolidada pela concessão da liminar”.

Todavia, a adoção da referida teoria não ficou imune a críticas, inclusive no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, consoante se verifica da leitura do voto do eminente Ministro Moreira Alves que, se opondo à aplicação da teoria do fato consumado, alertou, *verbis*:

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, 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 da prestação jurisdicional não implica sustentar (o que este 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 ocorre a toda evidência (120.893-7/SP).

Com efeito, correta a ressalva do eminente Ministro Moreira Alves, que repudiava o injustificável o prestígio então conferido a dita teoria.

Incongruente também é a idéia de que em homenagem ao princípio da segurança jurídica deve-se evitar o desfazimento de atos que tenham se consolidado no tempo.

Tal premissa é de todo equivocada, sobretudo nos casos em que situação jurídica advém do ajuizamento de ação judicial, onde a parte autora assumiu o risco processual decorrente, e inerente, da concessão da medida liminar.

O risco processual – que é inerente à impossibilidade de previsão do desfecho da lide, que poderá ou não contemplar a situação almejada pelo requerente - não passou despercebido pelo legislador, que expressamente consignou advertência no Código de Processo Civil, no art. 811, assim redigida, *verbis*:

Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável

A doutrina também ratifica a posição de risco processual que assume o autor de uma ação cautelar. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (pg. 460) discorre acerca da correlação entre o risco processual assumido livremente pelo demandante da cautelar e a imputação ao mesmo dos gravames resultantes da opção de restringir direitos do réu com base em cognição incompleta da causa: “o autor da ação cautelar, à base de uma sumária e superficial demonstração de seu possível direito, quase sempre impõe restrições mais ou menos graves a direitos do promovido. [...]. Por isso, a lei faz com que o requerente da medida cautelar assumira todo o risco gerado por essa execução”.

Idêntica é a lição de GALENO DE LACERDA (pg. 245-246):

A justiça da tese [do art. 811] se sintetiza no aforisma *cuius est commodum eius est incommodum*, ou *ubi commoda ibi incommoda*. Vincula-se à idéia objetiva de ônus ou de risco processual [...]. Quem tem interesse para a sua conveniência (cômodo), em executar a cautela [...] suporta a inconveniência (incômodo) de indenizar o prejuízo causado, se decair da medida ou for vencido na ação. Nada mais certo e justo. Tudo não passa de responsabilidade objetiva, decorrente de livre avaliação de risco. Daí, a contracautela do art. 804, como conseqüência lógica dessa responsabilidade. Ao réu, sem culpa, é que seria sumamente injusto arcar com o dano causado pelo autor.

Destarte, descabida a invocação da teoria do fato consumado para consagrar como legal e legítima uma situação jurídica, essencialmente precária e temporária, criada a partir de uma ferramenta processual, cuja essência é a reversibilidade – e que, destarte, pode ser substituída por um provimento definitivo contrário ao preliminarmente concedido – em sede de medida liminar.

Portanto, admitir a invocação da teoria do fato consumado implica em destituir o processo cautelar do caráter instrumental e “servil” - que, aliás, é inerente à sua natureza - em relação ao processo principal.

Ademais, o desfecho do processo principal não pode ficar subordinado ou condicionado à concessão da medida liminar. Isto porque, como ensina CARNELUTTI (1958) o processo principal serve à tutela do direito, ao passo que o processo cautelar serve à tutela do processo.

No ver de CALAMANDREI (*apud* FUX, 2004:1561), o provisório pressupõe a troca por algo definitivo, diferentemente do temporário, que perdura um determinado lapso de tempo sem substituição. Destarte, não se pode afastar a responsabilidade a ser suportada pela parte advinda de eventual prejuízo decorrente de decisão desfavorável proferida no processo principal.

Portanto, ainda que se argumente que a teoria do fato consumado objetiva preservar a estabilidade das relações e a segurança jurídica, improsperável a sua invocação que, em verdade, consagra uma situação jurídica precária e, quase sempre, ilegal.

2° CAPÍTULO

A teoria do fato consumado. Conseqüências de sua aplicação: a desnaturação do caráter cautelar das medidas urgentes; a afronta ao postulado da eficiência e da efetividade da prestação jurisdicional.

A aplicação da teoria do fato consumado contraria o pressuposto da reversibilidade das decisões cautelares e liminares. No caso particular da nomeação de servidor público, objeto do presente estudo, a aplicação desta teoria como fundamento das decisões de mérito para convalidar a situação de candidatos que, por força de decisão liminar, estiveram um dado período no exercício temporário e precário de funções públicas, tem o condão de conferir às decisões liminares e cautelares efeito satisfativo, o que manifestamente não é a vontade do legislador.

A invocação desta teoria, portanto, desnatura a relação do processo cautelar com o principal, na medida em que fica destituída de sentido a instrumentalidade do processo cautelar, ao esgotar o fim que deveria ser tão-somente entregue no processo principal.

Em verdade, o processo cautelar nasceu da necessidade de se preservar direitos que eventualmente poderiam perecer no curso de um processo de cognição ordinária.

Para Fux (2004:1549-1550) “a necessidade de garantir a utilidade prática das tutelas de cognição e de execução levou o legislador a conceber um tertium genus de prestação jurisdicional, consistente num provimento servil às demais manifestações judiciais, capaz de resguardar as condições de fato e de direito necessárias à prestação da justiça com efetividade”.

E prossegue o ilustre processualista, “a tutela cautelar, assim, revela-se a mais importante de todas pela sua própria antecedência lógica, toda vez que uma situação de periclitção sinaliza para a frustração da tutela principal em razão da impossibilidade de prestação da justiça imediata. Revela-se, assim, flagrante, a “servilidade” da tutela cautelar ao processo principal, o que justifica a sua “transitoriedade”, “não-definitividade”, “instrumentalidade”, mercê de sua natural instabilidade, porquanto a sua vida tem como duração o tempo necessário à preservação que se propõe”.

Evidenciado está o caráter “servil” das tutelas cautelares e antecipatórias, cuja finalidade é a preservação de um direito a ser futuramente exercido após a declaração judicial da titularidade do beneficiário da fruição deste

direito. Daí, porque o legislador impõe dever processual ao postulante da medida liminar que no prazo de trinta dias ajuíze a ação principal para abrigar a discussão acerca da titularidade do direito cuja proteção provisória foi requerida em sede cautelar.

A afirmação do caráter precário, provisório, instrumental das cautelares, além de assentada na doutrina, está consignada a Súmula nº 405 do Colendo Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida retroagindo os efeitos da decisão contrária.

O Ministro Evandro Lins ao relatar o RMS nº 11.106, DJU de 05.06.1964, RTJ 31/375, julgado que veio de ser umas das referências do referido enunciado sumular do Supremo Tribunal Federal asseverou:

(...) preleciona à respeito Frederico Marques que o despacho que concede a liminar é ato jurisdicional de cognição incompleta, proferido segundo o estado da causa, que deve ceder em face de uma decisão de cognição completa, como a prolatada afinal.

Destarte, não se pode conceder às medidas liminares caráter de definitividade, de vez que a liminar, de *per se*, pode ser revogada a qualquer tempo não gerando quaisquer direito à parte que tenha sido por ela beneficiada em um dado período.

Ademais, o caráter instrumental das cautelares não pode ser transmudado sob a alegação de aquisição de direito a uma situação jurídica advinda de uma decisão liminar, que somente pretende garantir um resultado útil ao processo, caso haja julgamento de mérito favorável ao requerente da medida urgente.

Nesta ordem de idéias, a invocação da teoria do fato consumado e o respectivo acolhimento pelo Poder Judiciário, acabam por conferir às

medidas liminares - proferidas em sede de cognição precária, não raro *inaudita altera pars* - força de coisa julgada. E a repercussão processual é a supressão do direito de ampla defesa e do contraditório e, ainda, a negativa do duplo grau de jurisdição. Isto porque, ao se conceder uma liminar estar-se-ia proferindo uma decisão dotada de imutabilidade, ao menos no campo fático, isto é, fora do espectro processual.

Outro grave problema a ser enfrentado com a vulgarização do processo cautelar está no elastecimento das medidas liminares e a consolidação da cultura de desrespeito aos preceitos legais, na medida em que liminares são concedidas não obstante ausentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Tal assertiva vem se configurando em sede de ações judiciais movidas por candidatos ao provimento de cargos públicos que, motivados pelo malogro em etapas do pleito seletivo, se socorrem da tutela jurisdicional para garantir seu prosseguimento no certame e até a nomeação e posse no cargo público almejado, muito embora não tenham sido aprovados no concurso público. E nesses casos, a concessão de medida liminar desconsidera, efetivamente, o fato de que o processo de seleção iniciado pela Administração tem sede legal, sendo certo que edital normativo do certame reproduz as exigências legais para o provimento do cargo em questão.

Desta feita, as liminares concedidas com fito de garantir o provimento precário de cargo público - enquanto se discute, em processo ordinário, a legalidade de determinada exigência editalícia - desconsideram cabalmente a prescrição constitucional presente no inciso II, do art. 37, da Constituição Federal, segundo o qual, *verbis*:

a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para o cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração

Portanto, se a exigência editalícia impugnada pela parte Requerente da tutela cautelar tem sede legal e, ainda, vem dar pleno cumprimento ao inc. II, do art. 37 da CF, não há que se falar em *fumus boni iuris*, nem em

periculum in mora, restando evidenciada a violação da norma estabelecida no art. 273, do CPC, que assim dispõe, *in verbis*:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Assim sendo, não se contesta a importância de se garantir através da tutela jurisdicional a preservação de um direito. Esta é a essência da prestação jurisdicional, evitar o perecimento de um direito.

Com efeito, BARBOSA MOREIRA (1974:236) lembra que “a instrumentalidade do processo cautelar estabelecida pelo nosso legislador é processual e não material, vale dizer: é instrumento de tutela do processo e não do direito da parte”. E assevera que “a providência cautelar tende a ser substituída pela medida definitiva, cujo advento extingue o ciclo vital daquela”.

O que reclama reflexão, portanto, é a indistinta concessão de medidas liminares em hipóteses em que, ao menos *prima facie*, há obediência de normas e preceitos legais.

É o caso, por exemplo, de processos de habilitação de candidato para provimento de cargo público onde se impugna atos da Administração Pública concernentes ao cumprimento de disposições editalícias, das quais os candidatos tiveram ciência ao se inscreverem nos pleitos e que não foram impugnadas oportunamente. Assim, os candidatos – ao experimentarem a reprovação - buscam, por intermédio do provimento judicial precário, a substituição à regular aprovação.

Inadmissível – sem qualquer dúvida - se verifica a concessão de medida liminar para abrigar mero inconformismo do candidato com a sua eliminação.

No entanto, sob o argumento de que a delonga no deslinde da ação ajuizada pelo candidato poderá acarretar prejuízo para o interessado, o Judiciário acaba concedendo, inadequadamente, medida liminar. E, mais tarde, por ocasião do julgamento de mérito, quando já transcorridos inúmeros anos desde a concessão da tutela liminar, invoca-se a morosidade do Poder Judiciário como causa justificadora da aplicação da teoria do fato consumado, para sedimentar situações jurídicas cujo nascedouro não órbita dentro da legalidade, mas que a título de respeito ao princípio da segurança jurídica e para evitar que a parte suporte prejuízos advindos de tal delonga, profere o julgador decisão confirmatória da liminar.

Ora, o risco de frustração em torno do resultado da lide é próprio do processo judicial. A parte ao ingressar com uma pretensão perante o Estado sabe que o processo tem um tempo de maturação e que a composição do litígio pode não lhe favorecer. Não há, pois, como prevalecer o entendimento prestigiado em algumas decisões judiciais que, considerando o desgaste da parte e a morosidade da justiça, vem a proferir decisão de mérito favorável à parte que outrora fora beneficiada pela medida acautelatória.

A morosidade do Poder Judiciário não pode justificar a aplicação da teoria do fato consumado.

Ao contrário. A sua invocação depõe contra o postulado da eficiência e da efetividade da prestação jurisdicional, que encontra expressão na lei que disciplina o rito do Mandado de Segurança – Lei nº 1.533/51 – que em seu art. 17 determina a prioridade no seu processamento. Vejamos a redação do aludido dispositivo, *verbis*:

Art. 17 - Os processos de mandado de segurança terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo habeas-corpus. Na instância superior deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir a data em que, feita a distribuição, forem conclusos ao relator.

Parágrafo único. O prazo para conclusão não poderá exceder de vinte e quatro horas, a contar da distribuição.

Idêntica disposição é encontrada na Lei nº 4.348/64 que em seu art. 1º fixa o prazo de noventa dias para a eficácia da liminar, período que pode ser prorrogado por trinta dias, quando provado o acúmulo de julgamentos.

Art. 1º Nos processos de mandado de segurança serão observadas as seguintes normas:

(...)

b) a medida liminar somente terá eficácia pelo prazo de (90) noventa dias a contar da data da respectiva concessão, prorrogável por (30) trinta dias quando provadamente o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação.

Como então admitir-se a invocação da teoria do fato consumado para justificar a perpetuação de uma situação jurídica nascida da incapacidade do Poder Judiciário cumprir sua missão precípua e primária – a entrega da prestação jurisdicional - se o próprio legislador impõe o dever de celeridade à tramitação das ações mandamentais?

Forçosa a conclusão de que tal premissa não há como prosperar, ainda mais quando confrontada com a expressa determinação do legislador de que cabe à parte autora suportar o risco processual, tal como advertido no art. 811 do Código de Processo Civil.

Outro aspecto relevante que milita em desfavor da invocação da teoria do fato consumado, no âmbito processual, é que ela se opõe à almejada eficiência e efetividade da prestação jurisdicional, postulados que se encontram expressos na Constituição Federal e em diversos diplomas legais.

Com efeito, mediante a Emenda Constitucional nº 45/2004, quis o constituinte garantir a todos os litigantes a celeridade no processamento dos pleitos administrativos e judiciais.

A introdução do inc. LXXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, através da EC nº 45/2004, contempla que “a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade do processo”.

Este é um postulado que se destina ao próprio Estado, seja o Poder Judiciário ou a Administração Pública, que deverão, por força de comando constitucional, envidar esforços para conferir celeridade no deslinde das questões que lhes forem postas a julgamento.

Idêntico é o espírito do *caput*, do artigo 37, da Constituição Federal que impõe à administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o dever de obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Entretanto, não pode o Poder Judiciário, diante da incapacidade de conferir efetividade aos referidos postulados, se socorrer da teoria do fato consumado como mecanismo substitutivo à imperiosa e constitucional missão imposta ao Poder Judiciário de celeridade na tramitação dos feitos, sob pena de consagrar inarredável inconstitucionalidade.

E mais. Admitir que a teoria do fato consumado possa conferir definitividade a situações jurídicas advindas de liminares ou tutelas antecipatórias – como nos casos de provimento de cargo público com preterição de forma legal em razão da delonga no julgamento de mérito da ação – fere não apenas a garantia constitucional da celeridade da tramitação de processos, como também afronta o princípio da legalidade estrita que prescreve a obediência de todo um rito prévio à nomeação dos cargos públicos, como preceitua o art. 37, inc. II, da Constituição Federal, *verbis*:

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Destarte, “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”. (RMS 23.636-DF, Rel. Ministro Celso de Melo)

3° CAPÍTULO

A teoria do fato consumado. Conflitos de princípios. A contraposição dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da dignidade da pessoa humana com o da legalidade.

A aplicação da teoria do fato consumado está, muitas vezes, ancorada na idéia de legitimar uma situação precária - *i.e.*, de ocupação de cargo público e desempenho de atividades funcionais - em nome do princípio da segurança jurídica.

É que, segundo os defensores dessa teoria, para evitar que o particular venha a sofrer as conseqüências advindas da exoneração de cargo,

ocupado por força de liminar, cuja demora na prolação da decisão de mérito implicou no desempenho das funções pelo litigante, deve-se manter o requerente na condição de servidor.

Em abono desta tese, argumenta-se que o princípio da segurança jurídica teria efeito sanatório do ato viciado. No âmbito do direito administrativo, vale registrar, tal premissa não é destituída de fundamento. Todavia, no que diz respeito ao campo do direito processual civil, com a devida vênia aos que divergem desta posição, tal premissa é de todo equivocada.

Isto porque a situação jurídica decorrente de uma tutela liminar é precipuamente precária e provisória. Passível, portanto, de revogação ou cassação, uma vez que a natureza do instituto traduz-se na necessidade de se evitar o perecimento de eventual direito subjetivo, a ser declarado no curso de uma ação judicial, mas que é controvertido *a priori*.

Assim sendo, o princípio da segurança jurídica não pode ser invocado como fundamento de uma decisão de mérito, de vez que não possui o caráter convalidatório que os administrativistas alegam estar presente nas relações entre particulares e a Administração Pública.

E este princípio – da segurança jurídica - funciona no âmbito do direito administrativo, como contrapeso à prerrogativa da Administração Pública de revisão de seus atos, impondo, assim, a delimitação de um espaço temporal para que a Administração desfaça os atos viciados, ou ilegais, sob pena de convalidação pelo transcurso do tempo, aliado à inércia do Estado.

Para os administrativistas, o transcurso do tempo convalida – nas relações entre o Estado e o particular - os atos viciados ou defeituosos, gerando estabilidade a determinada situação.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (in RDA 134/ 18) assevera que a estabilidade da relação jurídica protege a segurança das relações estabelecidas com o Poder Público:

A estabilidade – e este é o exemplo extremo – não tem outro significado, outro sentido, outra expressão lógica, senão proteger para o futuro os beneficiários dela. Afinal, a estabilidade quer dizer permanência no tempo! (...) Se uma disposição concessiva de estabilidade não for compreendida como outorga de garantia de permanência no tempo, não tem como ser compreendida.

Ainda discorrendo acerca da extensão da estabilidade das relações jurídicas travadas como Poder Público, Bandeira de Mello (2006: 297-298) afirma:

Finalmente, vale considerar que um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas. É a pacificação dos vínculos estabelecidos a fim de se preservar a ordem. Este objetivo importa muito mais no direito administrativo do que no direito privado. É que os atos administrativos têm repercussão mais ampla, alcançando inúmeros sujeitos, uns direta, e outros indiretamente, como observou Seabra Fagundes. Interferem com a ordem e estabilidade das relações sociais em escala muito maior. Daí que a possibilidade de convalidação de certas situações – noção antagônica à de nulidade em seu sentido corrente – tem especial relevo no direito administrativo.

Assim, em nome da estabilidade das relações jurídicas, nasce o conceito de convalidação dos atos administrativos que em período razoável, tal como preceituado no Decreto nº 20.910/32, não foram objeto de revisão ou anulação.

O Decreto nº 20.910/32 impõe o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para que a Administração exercite a faculdade de rever os seus atos, anulando-os ou corrigindo os eventuais defeitos e vícios.

Neste quadrante, pode-se até cogitar da eventual admissão da invocação da teoria do fato consumado como fundamento convalidatório de atos eivados de vícios ou irregularidades, quando já transcorridos mais de cinco anos da data em que o ato administrativo foi praticado, sem que a Administração tenha questionado a sua validade.

Isto porque, o transcurso do tempo, aliado à inércia da Administração, poderia, *ad argumentadum*, conferir aparência de legalidade e

validade ao ato administrativo, gerando para o destinatário de tal ato conseqüências jurídicas, cujo desfazimento implicaria em subtração de direitos já usufruídos.

E, ainda assim, tal convalidação tem caráter excepcional.

A convalidação está adstrita àqueles casos onde a Administração, por algum motivo, deixou de exercer o seu poder-dever de anular os seus atos, que eventualmente padeçam de ilegalidade, mas sempre observado que a inércia do Poder Público tenha se dado num lapso temporal que ultrapasse o prazo prescricional estatuído pelo legislador. De notar que a convalidação, no direito administrativo, pressupõe, necessária e essencialmente, a existência de uma ilegalidade.

Como bem assevera Miguel Reale (1968:82) “o tempo transcorrido pode gerar situações de fato equiparáveis a situações jurídicas, não obstante a nulidade que originariamente os comprometia”.

Para Reale (1968:83) a idéia de convalidação de atos nulos, na órbita do direito administrativo, é mais tolerável não “por desamor ou menos à lei, mas por ser impossível desconhecer o valor adquirido por certas situações de fato constituídas sem dolo, mas eivadas de infrações legais a seu tempo não percebidas ou detectadas”.

Todavia, **no campo do direito processual** - objeto do presente estudo - **a invocação do princípio da segurança jurídica não se presta à fundamentação de decisões judiciais para convalidar situações jurídicas nascidas de decisões judiciais manifestamente provisórias, sujeitas à revisão e revogação.**

A tutela judicial postulada pela parte, em sede liminar, não pressupõe uma ilegalidade. Requer-se, apenas, a aparência do bom direito. Não se exige a presença da incontroversa ilegalidade. A discussão em torno da legalidade é o objeto da lide e será declarado quando for proferido o julgamento de mérito.

Como é cediço, o objetivo primeiro das tutelas urgentes – medidas liminares e antecipação de tutela – é a necessidade de evitar o perecimento de eventual direito.

Assim sendo, o legislador atento à imperiosidade de proteger, ainda que provisoriamente, um bem ou um direito, que somente poderá ser declarado ou negado após a submissão da lide ao juízo de mérito, garantida às partes o exercício da ampla defesa, conferiu ao julgador a possibilidade de conceder tutelas urgentes, cuja vigência resguardará o direito no curso da ação judicial, para que possa, então, ser entregue a prestação jurisdicional.

Mas tais tutelas são intrinsecamente vulneráveis, na medida em que são sujeitas à reversibilidade ou revogação, seja em sede de retratação, ou sede recursal. Portanto, a revogação de uma decisão liminar não tem o condão de gerar quaisquer direitos para a parte que durante um dado período se beneficiou com a tutela de urgência.

E mais, no caso específico do presente estudo, não se pode admitir que uma liminar concedida venha a ganhar definitividade ou satisfatividade, motivada pela sensibilização do julgador em face da situação da parte, que foi empossada em cargo público, na condição *sub judice*, cuja transitoriedade é inerente ao provimento jurisdicional concedido.

Tampouco é admissível asseverar que a morosidade do Judiciário justifica a aplicação da teoria do fato consumado. Isto porque, como dito alhures, a parte assume o risco processual decorrente do ajuizamento da ação judicial, uma vez que o seu desfecho é fato imprevisível.

Cabe, ainda, indagar se prestigiar o princípio da segurança jurídica não implicaria conflito com outro princípio, de matiz constitucional, o da legalidade estrita, ao menos nos casos específicos de provimento de cargo público?

Estaríamos, então, diante de um conflito aparente de princípios constitucionais?

Para KONRAD HESSE (1983:48) “todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais. A única solução do problema coerente com este princípio é a que se encontre em consonância com as decisões básicas da Constituição e evite sua limitação unilateral a aspectos parciais”.

CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO (2005:60), abordando o tema salienta “é sabido, ademais, que todo confronto entre normas sediadas no estatuto presidente da ordem jurídica configura mero conflito aparente de normas (jamais um conflito real de normas), solucionável pela técnica da ponderação de valores e pela aplicação do princípio da especialização temática, segundo o campo de atuação material de cada preceito ou princípio constitucional”.

No caso de aparente conflito entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da legalidade estrita tem-se que a técnica proposta por Siqueira Castro de aplicação da especialização temática nos leva à prevalência do princípio da legalidade estrita, que no caso dos concursos públicos – objeto deste estudo – tem disciplinamento próprio e específico, no art. 37, inc. II, da Constituição Federal.

Assim sendo, os princípios da boa-fé, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica - sempre lembrados por aqueles que pretendem justificar a aplicação da teoria do fato consumado para consolidar a situação funcional de servidores, cuja nomeação e posse se deram por força do cumprimento de decisão liminar - não podem prevalecer sobre o princípio da legalidade estrita, previsto no inc. II, do art. 37, da Constituição Federal.

4° CAPÍTULO

A teoria do fato consumado. A evolução da orientação jurisprudencial. A novel interpretação da matéria.

A teoria do fato consumado foi, até muito pouco, largamente agasalhada pela jurisprudência dos egrégios Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

O colendo Superior Tribunal de Justiça, ancorado nos princípios da boa-fé, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, prestigiava a orientação de que válida a teoria do fato consumado, ante a existência de uma situação de fato que, embora pendente de julgamento, “em face da demora na prestação jurisdicional – demora considerável, de anos -, se encontra já consolidada, tenha atingido estabilidade tal que torne "desaconselhável" sua alteração...”. (MS 6215-DF, Rel. Min. Ministro Félix Fischer)

Prevaleceu, durante certo período, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o acolhimento da teoria do fato consumado nas hipóteses em que candidato de concurso público tenha sido, por força de decisão judicial não transitada em julgado, nomeado e empossado em cargo público, iniciando, por conseqüente, o exercício de suas funções públicas.

As ementas a seguir transcritas revelam o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça até bem pouco tempo, ou seja, antes de iniciar o atual movimento de inclinação no sentido da novel orientação do Supremo Tribunal Federal. Vejamos:

Administrativo. Concurso público. Candidato não habilitado na prova de redação. Critério de correção. Banca examinadora. Ingresso no cargo força de liminar. Teoria do fato consumado. - Se o candidato foi investido no cargo para o qual prestou concurso de ascensão com suporte em liminar, impõe-se o reconhecimento da consolidação da situação de fato para assegurar o direito em permanecer no exercício das funções, ainda que reconhecida a validade do critério de correção da prova que o excluiu da relação de aprovados (...)(RESP 251.391/RJ, DJ 27.11.2000, Rel. Min. Vicente Leal)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL. CANDIDATOS APROVADOS NO CURSO DE FORMAÇÃO.REALIZAÇÃO POR FORÇA DE LIMINAR. SUPERVENIENTE NOMEAÇÃO E POSSE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO.

(...)

2 .Sem embargo desse entendimento, é de se aplicar a teoria do 'fato consumado', se comprovado nos autos que os recorridos não só concluíram com aprovação o Curso de Formação, por força de liminar, como também já foram devidamente nomeados e empossados.

3 .Recurso não conhecido.

(RESP 227.880/RJ, DJ 19.06.2000, Rel. Min. Edson Vidigal)

Embora, recentemente, o eg. Superior Tribunal de Justiça venha se inclinando no sentido da revisão da sua posição original de acolhimento da teoria, a Corte ainda admite a sua invocação ao argumento de que a excepcionalidade há que ser justificada em homenagem ao princípio da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.

É o que se depreende do julgamento proferido pela eg. 3ª Seção nos Embargos de Divergência no REsp nº 446077, realizado em 10.05.2006, no qual o eminente Ministro Relator trouxe à lume tais princípios - segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana - para justificar a aplicação da teoria do fato consumado.

Com efeito, o eminente Relator Ministro Paulo Medina, trazendo à lume a lição do ilustre professor da Universidade de Nova Iorque, Ronald Dworkin, asseverou em seu voto que os princípios da boa-fé, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica devem prevalecer sobre o princípio da legalidade estrita, para que se possa realizar a justiça.

A argumentação do Ministro Medina está ancorada na premissa de que a prevalência da norma mais benéfica para o cidadão, no dizer de Dworkin, estaria na preservação da situação que já se consolidou no tempo.

Naquela assentada o eminente Ministro, embora tenha reconhecido que “a aplicação da "teoria do fato consumado", em concurso público, para a convalidação de situações jurídicas consolidadas pelo tempo, é fonte de inúmeros debates e divergências nesta Corte, em que tem prevalecido o entendimento de que só se deve aplicá-la em casos excepcionais” houve por bem conduzir a egrégia Seção para o acolhimento da “aplicação da "teoria do fato consumado", em matéria de concurso público, quando se reconhece, na análise do caso concreto, a preponderância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé e da segurança jurídica”.

Para o ilustre magistrado, “o cerne de toda divergência reside em limitar a excepcionalidade que autoriza a aplicação da aludida teoria em concursos públicos”, e salientando que a Terceira Seção já se posicionou, várias vezes, no sentido de negar aplicação a teoria do fato consumado para legitimar nomeação e posse de candidato, que tenha ingressado em concurso público, por força de medida liminar¹, concluiu que o princípio da segurança jurídica deveria

¹ em razão da natureza precária das medidas liminares e das tutelas antecipadas, que se subordinam, necessariamente, ao implemento de uma condição resolutória - sentença de mérito - para sua consolidação.

prevalecer ante o princípio da legalidade, e, assim, justificar a aplicação da teoria do fato consumado, posto que a destituição do autor do cargo público, após o transcurso de longo tempo, acarretaria danos irreparáveis.

Invocando Dworkin, o eminente Ministro Paulo Medina afastou “o princípio da legalidade estrita, para aplicar outros, de mesma hierarquia, porém, com conteúdos e valores maiores que o primeiro, em face das peculiaridades do caso concreto, valendo-me do critério da prevalência ou da relevância” proposto pelo ilustre professor americano, aduzindo, *verbis*:

Em sua magistral obra, "Levando os direitos a sério". São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002. p. 42, Ronald Dworkin adverte que o Direito, enquanto normas gerais e abstratas, não é capaz de se tornar instrumento de realização de justiça, se não tiver em conta as circunstâncias específicas do caso concreto. Para isso:

“(...) Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte importante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.”

Logo, conclui o autor:

“Um princípio como 'Nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos' não pretende (nem mesmo) estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas (ainda assim) necessita de uma decisão particular. Se um homem recebeu ou está na iminência de receber alguma coisa como resultado direto de um ato ilícito que tenha praticado para obtê-la, então essa é uma razão que o direito levará em consideração ao decidir se ele deve mantê-la. Pode haver outros princípios ou outras políticas que argumentem em outra direção – por exemplo, uma política que garanta o reconhecimento da validade de escrituras ou um princípio que limite a punição ao que foi estimulado pelo Poder Legislativo. Se assim for, nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem força menor, o princípio poderá ser decisivo. Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como (se

fosse) uma razão que inclina numa ou noutra direção.” (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002. p. 42)

Ademais, é de bom alvitre ressaltar que toda norma deve ser interpretada dentro de um sistema jurídico.

Ao encontro da aplicação do critério da relevância ou da prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé e da segurança jurídica, para justificar a adoção da "teoria do fato consumado", no caso concreto, existe outra regra de hermenêutica, cuja aplicação defendi no julgamento do mandado de segurança nº 8.829: o princípio de prevalência da norma mais favorável ao cidadão. Sobre ele, escrevem as juristas FLÁVIA PIOVESAN e DANIELA IKAWA, Segurança Jurídica e Direitos Humanos: o Direito à Segurança de Direitos. in "Constituição e Segurança Jurídica", Coord. Carmem Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 57:

"Aqui os critérios tradicionais de solução de antinomias, que se orientam por uma lógica interpretativa fundamentalmente formal (não pautada pelos valores em jogo), são substituídos por uma lógica interpretativa essencialmente material, orientada pela prevalência da norma que melhor guarida dê à dignidade da pessoa, ou seja, pela prevalência da norma mais favorável, mas protetiva e mais benéfica à pessoa humana.

O princípio da primazia da norma mais benéfica foi consolidado internacionalmente por declarações e tratados internacionais de direitos humanos, tanto no âmbito global quanto no âmbito regional."

Como se vê, a divergência demanda a pacificação da jurisprudência por esta Terceira Seção, inexistindo razão para se afastar a aplicação da "teoria do fato consumado", em matéria de concurso público, quando se reconhece, na análise do caso concreto, a preponderância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé e da segurança jurídica.

Posto isso, ACOLHO OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA, para manter o Embargante no cargo, aplicando-se a "teoria do fato consumado".

O julgamento do referido precedente se verificou em 10.05.2006, tendo o v. acórdão sido publicado no Diário de Justiça da União em 28.06.2006. A ementa do v. acórdão, por sua vez, restou assim ementada, *verbis*:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL - APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO EM CONCURSO PÚBLICO - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES - PREVALÊNCIA E RELEVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA

SOBRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA - EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. A aplicação da "a teoria do fato consumado", em concurso público, é possível, uma vez que corresponde à convalidação de uma situação de fato ilegal, que se perdurou ao longo do tempo, dada a relevância e a preponderância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé e da segurança jurídica, sobre o próprio princípio da legalidade estrita.

Precedentes.

2. Urge se conceber o princípio da primazia da norma mais favorável ao cidadão, juntamente com a "teoria do fato consumado", quando o jurisdicionado, de boa-fé, permanece no cargo, ao longo de vários anos, dada a demora da prestação jurisdicional e a inércia da Administração.

Efetividade à garantia prevista no art. 5º, inciso LXXVIII, CR/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

3. Embargos de divergência acolhidos". (In EResp nº 446.077, Rel. Min. Paulo Medina, j. 10.05.2006, DJU 28.06.2006)

Data máxima vênia, a orientação prestigiada pela eg. 3ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos referidos Embargos de Divergência se aparta do princípio da legalidade estrita, na medida em que no caso *sub examinen* ausente qualquer ilegalidade a ensejar o provimento jurisdicional deferido.

Isto porque, em sede de concurso público, forma originária de provimento dos cargos públicos, há que prevalecer o princípio da legalidade e a primazia do interesse público, que em se tratando de processo seletivo do futuro quadro de servidores reclama a observância da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, pilares estruturais da Administração Pública.

Assim sendo, à luz da tese sustentada pelo Ministro Paulo Medina estar-se-á diante da afirmação de que, face a um aparente conflito entre os princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da dignidade da pessoa humana com o princípio da legalidade, deverão prevalecer os primeiros em detrimento daquilo que preceituado em lei.

Tal posicionamento, acaso prevalente, consagraria, ainda, a violação do princípio federativo da divisão de poderes e implicaria em invasão do Poder Judiciário nas funções constitucionais atribuídas ao Poder Legislativo, o que, como é cediço, é vedado.

Ora, se o princípio da isonomia, postulado de natureza constitucional, não pode ser invocado para justificar a atividade legislativa imprópria do Poder Judiciário, porque admitir que os princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da dignidade da pessoa humana possam fundamentar a teoria do fato consumado?

Posto o quadro de conflito jurisprudencial, vale dizer que o atual estado da jurisprudência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça revela um movimento no sentido de prestigiar a novel interpretação do colendo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, o Excelso Pretório, atento à realidade de que a aplicação da teoria do fato consumado estava, na prática, a conferir definitividade às decisões liminares e consagrando ilegalidades e inconstitucionalidades, modificou entendimento anterior, para afastar afastando a invocação da dita teoria, tendo a eminente Relatora, Ministra Ellen Gracie, vaticinado que “não pode, a circunstância de ter sido a liminar deferida, sanar a inconstitucionalidade da sua concessão”. (In RE nº 275.159-SC, 1ª Turma)

A percepção do entrave processual criado pela teoria do fato consumado e ainda o risco de consagração de inconstitucionalidades manifestas – como o provimento de cargo público com preterição da forma estatuída no art. 37, inc. II, da Constituição Federal – pavimentou a mudança de orientação jurisprudencial no c. Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo, o Excelso Pretório vem rechaçando a utilização da teoria do fato consumado nas hipóteses em que a participação de candidato em concurso público é assegurada por força de decisão liminar e, portanto, intrinsecamente vulneráveis e provisórias.

O eminente Ministro Gilmar Mendes, ao relatar o AgRAI nº 581.992/MG, em que se discutia a aplicação da teoria do fato consumado sob o argumento da preservação do princípio da segurança jurídica, foi taxativo ao afastar a aplicação da referida teoria, nos casos de provimento de cargo público, como se depreende do seguinte trecho do voto, *verbis*:

Por fim, o agravante insiste na tese da teoria do fato consumado. Tal tese também não se sustenta no presente caso, mesmo tendo o agravante participado do Curso de Formação, por força de liminar, e tendo sido aprovado e convocado. A Administração, buscando evitar que esta situação fática se consolidasse, contestou as decisões judiciais, defendendo a legitimidade do certame. 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 (AgR- AI 581.992/MG, 2ª Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 06/10/2006)

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, julgando o AGRRMS nº 23.544-0-DF corrobora o novel entendimento aduzindo:

(...) 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.

O eg. Superior Tribunal de Justiça – que admitia a invocação da teoria do fato consumado ao argumento de que a excepcionalidade era justificada em homenagem ao princípio da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, como se viu da análise do julgamento proferido pela 3ª Seção nos Embargos de Divergência no Resp nº 446.077, realizado em 10.05.2006 - também vem revendo, discretamente, a sua posição original, como se depreende da leitura das ementas extraídas de recentes julgados, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO POR FORÇA DE DECISÃO LIMINAR. APROVAÇÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO. NOMEAÇÃO. PERMANÊNCIA NO CARGO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE.

I- Verificando o e. Tribunal **a quo** a inexistência da ilegalidade que ensejou a concessão da liminar para participação no curso de formação, não se pode aplicar a Teoria do Fato Consumado para garantir a permanência no cargo das candidatas nomeadas em razão da aprovação no referido curso.

II- A Teoria do Fato Consumado não se aplica às hipóteses nas quais a participação do candidato no certame ocorre apenas por força de decisão liminar. (Precedentes do c. STF).

III- Impõe-se o retorno dos autos o e. Tribunal a quo para que examine, com exclusividade, a alegação de preterição das recorridas na participação no curso de formação. Assim, estará resguardada a oportunidade para apresentação de eventual recurso quanto a esse aspecto. Recurso parcialmente provido. (Resp. n. 883321, Julgamento: 13.02.2007, Relator Ministro Felix Fischer) – grifo não original

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA. HOMOLOGAÇÃO FINAL. PRESCRIÇÃO. CANDIDATO NO EXERCÍCIO DO CARGO. APLICAÇÃO DA "TEORIA DO FATO CONSUMADO". INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - Consoante entendimento desta Corte, o prazo de validade do concurso para cargos da Polícia Federal previsto no Edital n.º 001/93 teve início com a homologação do resultado final da primeira etapa do certame. Assim, sendo correta a homologação final procedida pela Administração, verifica-se que se encontra prescrito o direito de ação de candidato, conforme previsão do art. 11 do Decreto-Lei 2.320/87. Precedentes.

II - A Eg. Terceira Seção possui entendimento no sentido de afastar a aplicação da "Teoria do Fato Consumado" nas hipóteses em que os candidatos tomaram posse sabendo que os seus processos judiciais ainda não haviam findado, submetendo-se aos riscos da reversibilidade do julgamento.

III - Agravo interno desprovido. (AgRg no AG 740.721/MG, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 21/8/06) – grifo não original

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PRAZO DE VALIDADE EXPIRADO. CONCLUSÃO DE CURSO DE FORMAÇÃO POR FORÇA DE MEDIDA LIMINAR. FATO CONSOLIDADO. INEXISTÊNCIA.

1. O candidato aprovado em concurso público possui mera expectativa de direito a ser nomeado, não havendo situação fática consolidada a ser preservada pela só conclusão do Curso de Formação por força de medida liminar, máxime em já estando expirado o prazo de validade do certame.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 759.037/CE, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Sexta Turma, DJ 14/8/06) – grifo não original

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA, DESDE QUE PRESENTES O *FUMUS BONI IURIS* E O *PERICULUM IN MORA*. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. PRECEDENTES. CAUTELAR IMPROCEDENTE.

I - Consoante entendimento desta Corte, o efeito suspensivo a recurso ordinário em mandado de segurança somente pode ser concedido excepcionalmente, desde de que restem configurados os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

II - Na hipótese dos autos, mesmo que possa restar caracterizada a ocorrência de eventual *periculum in mora*, não há como se antever a ocorrência do *fumus boni iuris*, tendo em vista que a Eg. Terceira Seção desta Corte firmou entendimento no sentido de que o candidato *sub judice* aprovado e classificado em concurso público não tem direito líquido e certo à nomeação, sendo garantida somente a reserva da vaga até o trânsito em julgado da decisão judicial que lhe garantiu a participação no certame.

III - Não sendo pleiteada a reserva de vaga no recurso ordinário e tampouco na presente medida, é inviável a concessão da cautelar neste sentido sob pena de se constituir decisão *extra petita*.

IV - Tendo em vista que na petição originária do "writ" não há qualquer pedido relativo à posse, mas apenas à participação dos candidatos nas demais etapas do concurso em comento, mostra-se impossível a concessão do pedido formulado na presente cautelar por transbordar dos limites do pleito formulado no mandado de segurança.

V - A Eg. Terceira Seção possui entendimento no sentido de afastar a aplicação da "Teoria do Fato Consumado" nas hipóteses em que os candidatos tomaram posse sabendo que o seus processos judiciais ainda não haviam findado, submetendo-se aos riscos da reversibilidade do julgamento. Na hipótese os candidatos sequer tomaram posse, mas apenas fizeram o curso de formação, motivo pelo qual não há que se falar em fato consumado.

VI - Medida cautelar julgada improcedente" (MC 11.543-BA, rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 04.06.2007) – grifo não original

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS **SUB JUDICE**. NOMEAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. FALTA INTERESSE PROCESSUAL SUPERVENIENTE. CANDIDATOS REMANESCENTES. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. DIREITO APENAS À RESERVA DE VAGA.

I- Se, por força de decisões judiciais em outros feitos que asseguraram a participação dos candidatos no concurso, estes foram nomeados nos cargos públicos, o **mandamus** impetrado para assegurar essas mesmas nomeações deve ser extinto, por ausência de interesse processual superveniente.

II - A investidura em cargo público efetivo exige prévia aprovação em concurso público. Por isso, inviável a nomeação de candidato cuja permanência no certame foi garantia por decisão judicial ainda não transitada em julgado, hipótese em que se admite tão-somente a reserva de vagas até o trânsito em julgado da decisão que assegurou ao candidato o direito de prosseguir no certame. Precedentes.

Recurso ordinário desprovido" (RMS 22473/PA, Rel. Min. Felix Fischer, DJU de 04.06.2007)

No entanto, na contramão da recente orientação jurisprudencial do c. Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal vem acolhendo – sem restrições críticas - a invocação da teoria do fato consumado para consolidar situações jurídicas nascidas a partir da concessão de medidas liminares e admitindo, ainda, a perpetuação de situações manifestamente ilegais, tais como nos casos envolvendo os concursos públicos para o provimento das carreiras policiais civis e militares do Distrito Federal, onde os candidatos foram eliminados do certame ante a não aprovação em etapa obrigatória e eliminatória do certame, mas que foram amparados por medida liminar para prosseguirem no processo seletivo.

Com efeito, o eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal vem perfilhando a orientação de que “se, por força de liminar, assegurou-se a posse e exercício da agente de Polícia Civil do Distrito Federal, caracterizado o efeito satisfativo e, ante a teoria do fato consumado, necessário se faz o reconhecimento da consolidação da situação de fato” (APC 1999.01.1.014674-8, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz, DJU 19.08.04/91).

Prevalece, destarte, no âmbito do eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal a orientação segundo a qual “produzindo, a decisão judicial, efeitos irreversíveis, tais como a posse da servidora e seu pleno exercício na função, é de se aplicar a teoria do fato consumado”.(.APC nº 1998.01.1.049147-8, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz, DJU de 06.11.2007).

E mais, entende aquela c. Corte ademais, que, “se, por força de liminar, assegurou-se ao impetrante a inscrição no Curso de Formação de Oficiais Bombeiros, bem como a participação nas demais etapas do certame, a situação fático-jurídica se encontra consolidada pelo decurso do tempo, devendo ser mantida..”. (APC nº 34690/95, 4ª Turma Cível, rel. Des. Estevam Maia, unânime)

Recentemente a eg. 4ª Turma, através da relatoria do eminente Desembargador Lecir Manoel da Luz, mais uma vez, validou, a aplicação da teoria do fato consumado, para reconhecer que a candidata, não obstante reprovada em etapa obrigatória do certame – teste psicotécnico, ingressou na polícia civil do

Distrito Federal, na condição *sub judice*, e portanto, fazia jus a permanecer no cargo, uma vez que a liminar mostrou-se satisfativa. O referido julgado restou assim ementado:

ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO – CANDIDATA SUB JUDICE – APROVAÇÃO EM TODAS AS FASES – POSSE E EXERCÍCIO NO CARGO – TEORIA DO FATO CONSUMADO – APELO E REMESSA IMPROVIDOS – UNÂNIME.

Produzindo, a decisão judicial, efeitos irreversíveis, tais como a posse da servidora e seu pleno exercício na função, é de se aplicar a teoria do fato consumado. (APC 1998.01.1.049147-8, DJU de 06.11.2007)

Evidenciada está a divergência entre a orientação prevalente nas Cortes Superiores e o entendimento perfilhado pelo eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal que, desprezando, a natureza jurídica das cautelares, vem conferindo efeito satisfativo às liminares concedidas a candidatos a cargos públicos no Distrito Federal.

5° CAPÍTULO

A teoria do fato consumado. Análise de um caso: a impossibilidade de se invocar a teoria do fato consumado para garantir a promoção de policiais militares que não preenchem os requisitos legais atinentes à promoção.

A invocação da teoria do fato consumado pelo Poder Judiciário ao julgar casos envolvendo concursos públicos inspirava-se, precipuamente, na idéia de que o requerente da tutela judicial não deveria ser onerado com a delonga no desfecho do processo judicial e arcar com os eventuais prejuízos daí decorrentes.

Revelava, ainda, a preocupação do Poder Judiciário com os aspectos humanos da lide. Isto é, buscava-se evitar que a parte litigante - que de boa-fé lograra uma liminar responsável pela sua nomeação e posse em cargo público - sofresse prejuízo moral e material com o desfazimento da situação de fato, que perdurou no tempo, como se fosse legal e legítima.

O intuito de minorar e reduzir os gravames eventualmente enfrentados pelos litigantes pelo desfazimento de uma situação jurídica que havia perdurado durante certo período, por força de medida liminar, afronta preceito constitucional, segundo o qual o provimento de cargos públicos reclama o atendimento das exigências legais. Trata-se de regramento inderrogável.

Atento a esta realidade, o Supremo Tribunal Federal após inicial acolhimento da teoria do fato consumado, reviu seu posicionamento e, hoje, não admite a sua invocação.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, vem, na linha da orientação ora prevalente na Excelsa Corte, paulatinamente, rechaçando a aplicação da teoria, como demonstrado no capítulo anterior.

O eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no entanto, como já dito, ainda prestigia a aplicação da dita teoria e despreza as prescrições legais e editalícias referentes ao provimento de cargos públicos.

A esse turno, e com o fito de melhor ilustrar a matéria debatida no presente trabalho, considere-se o caso dos concursos para realização de curso de formação de praças e oficiais da Polícia Militar que exige a aprovação, dentre outras provas, no teste psicotécnico.

Embora a exigência do exame psicotécnico para o ingresso nos quadros da Polícia Militar tenha sede legal, o que respalda a exigência editalícia da submissão ao psicológico, muitas liminares são concedidas aos candidatos.

Vejamos, por relevante, as disposições legais que preconizam a exigência da submissão ao teste psicotécnico, mas que estão sendo desrespeitadas em sede de liminares.

Lei nº 7.289/84

Art. 11 – Para admissão nos estabelecimentos de ensino policial militar destinados à formação de oficiais e graduados, além das condições relativas à nacionalidade, idade, aptidão intelectual, capacidade física e mental e idoneidade moral, é necessário que o candidato não tenha exercido atividades prejudiciais à Defesa da nação e das instituições democráticas, comprovadas após sentença transitada em julgado.

Art. 12. A inclusão nos Quadros da Polícia Militar obedecerá ao voluntariado, de acordo com este Estatuto e regulamentos da Corporação, **respeitadas as prescrições da Lei do Serviço Militar e seu regulamento**. (grifo nosso)

Vale destacar que por força do art. 12 da Lei n. 7.289/84, bem como em razão do disposto no art. 144, § 6º, da Constituição Federal, aplica-se aos policiais militares do Distrito Federal a Lei do Serviço Militar – LSM, que no artigo 39 do Decreto nº 57.654/66, de 20 de janeiro de 1966 (que reproduz o artigo 13 da Lei do Serviço Militar - LSM), assim preceitua:

Art. 39. A seleção, quer da classe a ser convocada, quer dos voluntários, será realizada dos seguintes aspectos:

- a) físico;
- b) cultural;
- b) **psicológico**;
- c) moral. (grifo nosso)

Por seu turno, o artigo 4º, parágrafo único, da LSM, encontra-se vazado nos seguintes termos;

Art. 4º Os brasileiros nas condições previstas nesta Lei prestarão o Serviço Militar incorporados em Organizações da Ativa das Forças Armadas ou matriculados em Órgãos de Formação de Reservas.

Parágrafo único. O Serviço prestado nas Polícias Militares, Corpos de Bombeiros e outras corporações encarregadas da segurança pública será considerado de interesse militar. **O ingresso nessas corporações dependerá de autorização de autoridade militar competente e será fixado na regulamentação desta Lei.** (grifo nosso)

De igual modo, o art. 11, do Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966, que regulamenta a Lei do Serviço Militar, assim estabelece:

Art. 11. O Serviço prestado nas **Polícias Militares, Corpos de Bombeiros e outras Corporações encarregadas da Segurança Pública, que por legislação específica, forem declaradas reservas das Forças Armadas, será considerado de interesse militar. O ingresso nessas Corporações será feito de acordo com as normas baixadas pelas autoridades competentes, respeitadas as prescrições deste Regulamento.**” (grifo nosso)

Recentemente com a edição da Lei nº 11.134, de 15.07.2005, a legalidade da exigência de submissão e aprovação em exame psicotécnico para ingresso na carreira de policial e bombeiro militar, foi reafirmada, consoante se depreende da leitura dos seguintes dispositivo, *verbis*:

Art. 18. Os arts. 10 e 11 da Lei nº 7.289, de 18 de dezembro de 1984, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 10. O ingresso na Polícia Militar do Distrito Federal dar-se-á mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, observadas as condições prescritas neste Estatuto, em leis e em regulamentos da Corporação." (NR)

Art. 11. Para matrícula nos cursos de formação dos estabelecimentos de ensino policial-militar, além das condições relativas à nacionalidade, idade, **aptidão intelectual e psicológica**, altura, sexo, capacidade física, saúde, idoneidade moral, obrigações eleitorais e, se do sexo masculino, ao serviço militar, é necessário aprovação em testes toxicológicos, bem assim a apresentação, conforme edital para o concurso, de diploma de conclusão do ensino médio ou do ensino superior, reconhecido pelo Governo Federal.

§ 1º A idade mínima para a matrícula a que se refere o caput deste artigo é de 18 (dezoito) anos, sendo a máxima de 35 (trinta e cinco) anos, para o ingresso nos Quadros que exijam formação superior com titulação específica, e de 30 (trinta) anos nos demais Quadros.

§ 2º Os limites mínimos de altura para a matrícula a que se refere o caput são, com os pés nus e a cabeça descoberta, de um metro e sessenta e cinco centímetros para homens e um metro e sessenta centímetros para mulheres" (grifo não original).

Nesse diapasão, a exigência contida nos editais normativos dos concursos públicos para as carreiras militares do Distrito Federal guarda perfeita sintonia com a orientação constitucional assentada no art. 37, *caput*, e inciso I, da Lei Fundamental da República, segundo o qual havendo previsão legal expressa quanto à aptidão psicológica incumbe à Administração determinar a realização do exame psicotécnico, sob pena de violação ao princípio da legalidade estrita.

Tem-se, portanto, uma moldura legal que estabelece a necessidade de que os candidatos aspirantes aos quadros da polícia militar sejam avaliados em sua aptidão psicológica. Assim sendo, é de todo incogitável falar-se em ilegalidade a justificar a concessão de liminares.

Portanto, injustificável se verifica a concessão de liminares para garantir ao candidato o prosseguimento no processo seletivo, não obstante o malogro em etapa obrigatória e eliminatória do certame, posto que sequer o requisito do "fundando receio de dano irreparável ou de difícil reparação" (art. 273, inc. I, do CPC), essencial à concessão da liminar, encontrar-se-ia presente na hipótese.

A abusiva concessão de liminares e tutelas antecipadas está consagrando precisamente o que a eminente Des. Sandra de Santis reputa inadmissível: o Poder Judiciário vir “compelir a administração a fazer provimento de cargos públicos, a não ser para a observância da ordem de classificação” (Agravo Regimental no AGI nº 1999.00.2.003996-7).

No entanto, o eg. Tribunal de Justiça sensibilizado pelo fato do candidato amparado por liminar ter sido nomeado e empossado no cargo público, e exercido as funções públicas durante um lapso de tempo, vem aplicando a teoria do fato consumado e consagrando ilegalidades e inconstitucionalidades.

Os julgados a seguir colacionados bem ilustram o posicionamento perfilhado pelo eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal que, como dito, diverge da atual orientação prestigiada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Vejamos.

ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. EXIGÊNCIA DO EXAME PSICOTÉCNICO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA. ILEGALIDADE. PROSSEGUIMENTO NAS ETAPAS DO CERTAME POR MEIO DE DECISÃO JUDICIAL. SITUAÇÃO CONSOLIDADA PELO DECURSO DO TEMPO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. APLICAÇÃO.

– Considerando que o Estatuto dos Policiais Militares (Lei nº 7.289/84), enquanto norma reguladora do ingresso na carreira Policial Militar do Distrito Federal, nada disciplina, como requisito para matrícula de candidato no curso de formação de oficiais e praças da instituição, a submissão e aprovação em exame psicotécnico, importa considerar ilegal tal exigência.(In APC nº 2002.01.1.065774-5, Relator: Desembargador Dácio Vieira, DJU de 25.10.2007)

O eminente Relator, Desembargador Dácio Vieira, sensível ao fato de que a nomeação e posse do candidato decorreu da concessão de medida liminar, o que resultou no efetivo exercício do cargo de policial militar pelo candidato, entendeu aplicável, à espécie, a teoria do fato consumado. Considerou o nobre Desembargador impertinente a desconstituição de um estado de fato consolidado pelo decurso do tempo.

A eminente Desembargadora Nilsoni de Freitas Custódio, ao julgar a Apelação Cível nº 2003.01.1.034381-4, por sua vez, considerou aplicável a teoria do fato consumado, *em observância às situações consolidadas pelo decurso do tempo, sobretudo as advindas por determinação judicial, tendo sempre como referencial o interesse público e as circunstâncias de cada situação.*

Em outro julgado, a egrégia 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, embora reconheça a previsão legal da exigência do teste psicotécnico como condição prévia ao provimento do cargo de policial militar, adota a teoria do fato consumado ao argumento de que *a aprovação psicológica/comportamental ao qual foi submetido o recorrente no estágio probatório tem o condão de suprir a legal e regular recomendação do candidato no processo seletivo.* Naquela ocasião o eminente Desembargador Relator Vasquez Cruxên, acompanhado pela Turma, aduz, *verbis*:

(...)Em suma, a aplicação da presente teoria é perfeitamente aplicável ao caso concreto diante da demonstração de que o exame aplicado ao apelante não obedeceu a critérios objetivos e precisos, contrariando a Súmula nº. 01 deste Tribunal, tendo, contudo, a referida exigência legal da avaliação psico-comportamental, sido sanada pelo êxito obtido pelo candidato durante o estágio probatório a que se submeteu no desempenho da função investida.

Nesse sentido, evidencia-se que a inaptidão apontada na realização do teste não era absoluta, podendo, alternativamente, ser sanada por meio do estágio probatório, posto que nesta condição o recorrente foi diuturnamente avaliado por superiores hierárquicos, dentro de situações reais, que ao final do período de avaliação certificaram que nos dois anos de estágio ao qual o autor se submeteu, mostrou-se totalmente apto a permanecer exercendo a função que pretende ver solidificada. (In APC nº 2004.01.1.123156-4, Rel. Dês. Vasquez Cruxên, DJU de 19.09.2006)

Ora, observado que o teste psicotécnico tem sede legal - Lei nº 11.134, de 15.07.2005, Lei n. 7.289/84 e Decreto nº 57.654/66, cuja aplicação aos policiais militares do Distrito Federal decorre do disposto no art. 144, § 6º, da Constituição Federal – não pode o Poder Judiciário invocar a teoria do fato consumado para justificar a nomeação e posse de servidor público, com preterição da forma legal de provimento do cargo público, cuja participação no certame seletivo

se verificou em decorrência de decisão judicial liminar, essencialmente precária e reversível.

CONCLUSÃO

A teoria do fato consumado, objeto do presente estudo, deriva da preocupação do Poder Judiciário com os aspectos humanos da lide. Isto é, os julgadores sensibilizados pelo fato de a parte litigante - que de boa-fé lograra uma liminar responsável pela sua nomeação e posse em cargo público - sofresse prejuízo moral e material com o desfazimento da situação de fato, que perdurou no tempo, como se fosse legal e legítima.

Assim, a aplicação da teoria do fato consumado pelo Poder Judiciário inspirava-se, precipuamente, na idéia de que o requerente da tutela judicial não deveria ser onerado com a delonga no desfecho do processo judicial e arcar com os eventuais prejuízos daí decorrentes.

Destarte, como pressuposto de validade da teoria do fato consumado, no campo do direito processual, invocou-se a preservação do princípio da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana e da boa-fé. Todavia, estes princípios quando contrastado com a expressa advertência do legislador de que à parte incumbe assumir o risco processual decorrente do ajuizamento da lide (art. 811, do CPC), e diante da afirmação positiva do constituinte de que a celeridade e a eficiência da prestação jurisdicional são postulados de matiz constitucional, verifica-se que a teoria carece de fundamento legal.

Assim sendo, incabível a invocação da teoria do fato consumado como ferramenta processual para convalidar situações jurídicas nascidas de decisões judiciais manifestamente provisórias, cuja revisão e revogação são inerentes ao instituto. E mais, não pode a teoria do fato consumado ser aplicada como mecanismo compensatório aos gravames enfrentados pela parte em razão do não cumprimento do mandamento constitucional imposto ao Poder Judiciário de celeridade na tramitação dos feitos.

Noutro aspecto, consideradas as notas de transitoriedade e precariedade das tutelas emergenciais, não se pode admitir que a medida liminar seja dotada de definitividade ou satisfatividade, motivada pela sensibilização do julgador em face da situação da parte, que tendo sido nomeada e empossada em cargo público, na condição *sub judice*, esteve ao longo dos anos no exercício de funções públicas, cujo provimento original, não se olvide, se verificou com manifesta preterição de forma estatuída na Constituição Federal (art. 37, inc. II, CF).

Improsperável se verifica a invocação dos princípios da boa-fé, da dignidade da pessoa humana ou da segurança jurídica como fundamento convalidatório de ato nulo – como no caso da nomeação e posse de servidor público - praticado em afronta ao princípio da legalidade estrita, previsto no inc. II, do art. 37, da Constituição Federal.

No Supremo Tribunal Federal, após inicial acolhimento da teoria do fato consumado, a percepção do entrave processual criado pela utilização da teoria, bem como o risco de consagração de inconstitucionalidades manifestas – como o provimento de cargo público com preterição da forma estatuída no art. 37, inc. II, da Constituição Federal – pavimentou a mudança da orientação jurisprudencial naquela Corte, que vem inspirando o discreto movimento do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido.

No entanto, em veemente contraste à orientação consagrada pela Excelsa Corte, o eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, desconsiderando as graves implicações de ordem legal que a convalidação de atos precários propicia, vem acolhendo a teoria do fato consumado para conferir ares de definitividade a decisões liminares, em afronta à natureza servil do processo cautelar e em desrespeito aos preceitos legais atinentes ao provimento de cargo público, como a regular aprovação em concurso público de provas e títulos, conforme disciplina o art. 37, inc. II, da CF.

Inadmissível, portanto, o posicionamento perfilhado pelo eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal - que divergindo da orientação do Supremo Tribunal Federal e desprezando o fato de que o teste psicotécnico tem sede legal² – vem consagrando a teoria do fato consumado para justificar a nomeação e posse de servidor público, com preterição da forma legal de provimento do cargo público.

² Lei nº 11.134, de 15.07.2005, Lei n. 7.289/84 e Decreto nº 57.654/66, cuja aplicação aos policiais militares do Distrito Federal decorre do disposto no art. 144, § 6º, da Constituição Federal

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, Malheiros, 2006, p. 297-298.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Aplicação da Lei no Tempo em Direito Administrativo**, *in* Revista de Direito Administrativo, 134/18.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Estudos sobre o Novo Processo Civil**, 1974, p. 236.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e Processo**, Morano, 1958, p. 356.

FUX, Luiz, **Curso de Direito Processual Civil**, Forense, 2ª edição, 2004.

HESSE, Konrad. La interpretación Constitucional, **Escritos de Derecho Constitucional**, 1983, p. 48.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 8, tomo 1, p. 245-246.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Manual**. Vol. 4, p. 460.

REALE, Miguel. **Revogação e Anulamento do Ato Administrativo**, Forense, 1968, p. 81-83.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**, Forense, 2005, p. 60.