



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Quarta Inspeção de Controle Externo

TCDF - 4ª ICE/1ª DT
Folha nº 54
Processo nº 1407/02
Rubrica

PROCESSO Nº 1407/02

APENSO Nº 040-001234/01-GDF (aposentadoria)
Nº 1545/03-TCDF (denúncia)

ÓRGÃO DE ORIGEM: Secretaria de Estado de Fazenda - SEF.

ASSUNTO: **Aposentadoria.**

MONTANTE EM EXAME: R\$ 7.777,95.

PREJUÍZO IDENTIFICADO: R\$ 7.777,95.

PREJUÍZO EVITADO: R\$ 1.840.262,90.

EMENTA: Aposentadoria de **JORGE CARDOSO PIRES**, matrícula nº 93.988-9, no cargo de Auditor da Receita, 3ª Classe, Padrão IV, nos termos dos artigos 186, inciso III, alínea "c", e 189, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90 c/c o artigo 3º da Emenda Constitucional nº 20/98, de acordo com o ato publicado no DODF de 25.4.01. Ilegalidade. Pedido de reexame interposto pelo servidor.

Conhecimento do recurso para, no mérito, negar-lhe provimento. Ciência aos representantes legais do interessado.

Senhor Diretor:

Cuida o presente processo da aposentadoria voluntária com proventos proporcionais de Jorge Cardoso Pires, nos termos mencionados na ementa.

2. Integram os autos os seguintes documentos essenciais:

- Ato concessório: fls. 21/22 - apenso aposentadoria;
- Demonstrativo de tempo de serviço: fl. 44 - apenso aposentadoria;
- Abono provisório: fl. 46 - apenso aposentadoria.

3. A instrução anterior (fls. 2/4) faz os seguintes registros:

"3. Da leitura dos documentos de fls. 19, 28/35, 36/37 e 38/39 - apenso, infere-se que o servidor tomou posse no cargo em 26.2.99, com efeitos retroativos a 19.7.95. A posse tardia deveu-se ao trânsito em julgado de decisão judicial que anulou questões da prova objetiva a que se submeteram candidatos ao último concurso para o cargo de Auditor Tributário, com reflexos na classificação final do servidor. Assim, a Administração houve por bem nomear tardiamente o interessado e considerar os efeitos da posse retroativos à data em que devia ele ter sido "nomeado para o referido cargo, correspondente à da nomeação dos candidatos com classificações posteriores à sua no concurso" (fl. 28 do apenso). O exame do demonstrativo de tempo de serviço revela ainda que o período de 19.7.95 a 25.2.99 foi contado para todos os efeitos.

4. Para uma melhor compreensão da matéria, é preciso analisar informações extraídas do Processo nº 7526/93, que trata das admissões de pessoal decorrentes do concurso objeto do Edital nº 228/93-IDR. Nele se



observa que o servidor foi nomeado para o cargo por força do trânsito em julgado, em 8.2.99, de decisão proferida nos autos da Apelação Cível nº 46.865/97, originária da Ação Cautelar nº 32.248/94-1ª VFP/DF (fls. 213 e 230 a 234 do Processo nº 7526/93). A decisão supra é no sentido de dar provimento parcial ao apelo para anular três questões da prova objetiva e atribuir aos recorrentes os pontos relativos a essas questões (fls. 235 a 246 do Processo nº 7526/93). Com isso, o servidor foi reclassificado do 288º para o 280º lugar no concurso (fl. 282 do Processo nº 7526/93) e, conseqüentemente, nomeado para o cargo. Por fim, ressalte-se que o Tribunal considerou legal a admissão do servidor com base nos seguintes dados: nomeação, posse e exercício em 26.2.99, ou seja, sem os efeitos retroativos da posse (Decisão nº 511/03, Processo nº 7526/93).

5. Ocorre que não há previsão legal para a posse retroativa de servidores. E é consabido que, em se tratando de direito público, o administrador deve agir dentro dos estritos limites da lei. Descabe falar de efeitos retroativos da posse também porque a Administração não era obrigada a nomear "senão após o trânsito em julgado da ação proposta pelo interessado, mormente diante da natureza do pedido (anulação de questões)" (fl. 32 do apenso). Ademais, a posse retroativa do servidor está em desacordo com a Decisão nº 511/03 (Processo nº 7526/93), que teve como base os seguintes dados: nomeação, posse e exercício em 26.2.99. Por fim, o cômputo de tempo fictício para aposentadoria e outros efeitos exige lei, sendo admitido, em algumas hipóteses (e.g., a do § 1º do art. 103 da Lei nº 8.112/90), até a véspera da publicação da Emenda Constitucional nº 20/98 (vide o art. 40, § 10, da CRFB, com a redação dada pela EC nº 20/98).

6. Da exclusão do período em referência, resulta que o servidor não pode valer-se da regra do art. 3º da Emenda Constitucional nº 20/98. De fato, o servidor não tem direito adquirido à aposentadoria fundamentada no art. 186, inciso III, alínea "c", da Lei nº 8.112/90 (por força do art. 3º da EC nº 20/98), sujeitando-se obrigatoriamente ao disposto no art. 40, inciso III, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98. Acrescente-se que, como o servidor ingressou no serviço público tão-somente em 1999, não se lhe aplicam nem mesmo as regras de transição (art. 8º da EC nº 20/98).

7. Nesse contexto, entendemos que a aposentadoria do servidor é ilegal, tendo em vista que, com a exclusão do período de 19.7.95 a 25.2.99, o servidor não preenche os requisitos estabelecidos na norma aplicável à espécie (art. 40, inciso III, da CRFB, com a redação dada pela EC nº 20/98), a saber: 10 anos de serviço público, 5 anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, 60 anos de idade e 35 anos de contribuição."

4. Na SO nº 3.760, de 8.7.03, o Tribunal decidiu: I - considerar ilegal a concessão em exame, com recusa de registro, tendo em vista que, com a exclusão do período de 19.7.95 a 25.2.99, o servidor não preenchia os requisitos estabelecidos na norma aplicável à espécie (art. 40, inciso III, da CRFB, com a redação dada pela EC nº 20/98), a saber: 10 anos de serviço público, 5 anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, 60 anos de idade e 35 anos de contribuição; II - determinar à Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento que, no prazo de 30 (trinta) dias, adotasse as providências necessárias ao exato cumprimento da lei - art. 78, X, da LODF, o que seria objeto de verificação em auditoria; III - alertar o responsável para a possibilidade de aplicação de multa pessoal e direta, na hipótese do desatendimento



desta deliberação, conforme o inciso V do art. 182 do Regimento Interno da Corte, igualmente prevista na Lei Complementar nº 1/94 (Decisão nº 3.416/03, fl. 16).

5. Inconformado, o servidor entrou com o pedido de reexame de fls. 20/35, acompanhado dos documentos de fls. 36 a 47.

6. Em primeiro lugar, frise-se que, no apenso denúncia, o Tribunal decidiu: I - tomar conhecimento do requerimento em apreço, considerando-o prejudicado em face da interposição do competente pedido de reexame, por Jorge Cardoso Pires, contra a Decisão nº 3.416/03; II - aprovar entendimento no sentido de ser procedido ao exame em separado da admissibilidade dos recursos interpostos contra decisões proferidas em processos de concessão, atendendo-se especificamente ao art. 2º da Resolução nº 113/99, devendo a CICE, na elaboração do normativo exigido pela Decisão nº 3.744/03, observar a perpetuação desse procedimento; III - autorizar a retirada da chancela de sigilo conferida aos autos e sua posterior apensação ao Processo nº 1407/02, priorizando a instrução dos autos principais (Decisão nº 104/03, SER nº 357, de 14.10.03, fl. 24 do apenso denúncia).

7. O recurso mostra-se tempestivo, uma vez que interposto nove dias após sua ciência pelo servidor (fls. 63 do apenso aposentadoria e 20/35).

8. Busca o servidor demonstrar que foi preterido. Para tanto, assevera que o Poder Judiciário, ao decretar a nulidade de questões da prova, decretou também a nulidade de ato da Administração. Acrescenta que, "em sendo nulo o ato, não gera ele efeitos desde sua edição". Conclui que foi preterido porque, como o ato da Administração não gerou efeitos, se classificou, em 19.7.95, em 280º lugar no concurso. Passa a enfrentar a questão do fundamento legal para a retroação dos efeitos da posse. Sustenta, no particular, que teve retirado um direito (o de ser nomeado para o cargo nessa data) e, assim, a Administração deve reparar o prejuízo por ela causado. Cita a Constituição Federal, art. 37, § 6º, bem como o Código Civil. Colaciona julgados do TCU e de órgãos do Poder Judiciário. Por fim, requer a reforma da decisão recorrida para que seja considerado legal o ato de aposentadoria.

9. O argumento pertinente à nulidade de ato da Administração não socorre o interessado, já que, se o ato de homologação do resultado final do concurso fosse nulo (não o é), nulas seriam as nomeações dele decorrentes e não se poderia sequer cogitar de preterição.

10. Como não há previsão legal para a posse retroativa de servidores, os efeitos funcionais (e/ou financeiros) retroativos da posse só se justificam, ressalvado o disposto no art. 10 da Lei nº 1.799/97, c/c o art. 1º da Lei nº 2.895/02 e no art. 40, § 10, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, a título de indenização por prejuízo causado pela Administração. A questão, na hipótese, desloca-se para o campo da responsabilidade civil do Estado.

11. Os julgados trazidos à colação pelo servidor incluem-se nessa seara, na medida em que dizem respeito, todos eles, à reparação de dano causado pelo Estado



a bem juridicamente protegido. Trata-se de situações em que se verifica um comportamento estatal violador de um direito, a ensejar a recomposição do patrimônio jurídico da pessoa agravada. Na maioria dos casos, a conduta do Estado é ilegítima e o dano resulta de ato ilícito ou abusivo praticado pela Administração. Assim é que, na Apelação Cível nº 46.594/97, a posse tardia se deu "em face de vícios na convocação dos candidatos aprovados", "injustamente tolhidos de tomar posse e entrar em exercício"; na Apelação Cível nº 1999.01.1.063570-4, foi "reconhecida a ilegalidade do ato administrativo, do qual resultou indevida demora das nomeações"; na Apelação Cível nº 1999.01.1.070297-5, foi "configurada a ilegalidade na condução do processo seletivo, com retardamento da nomeação do candidato - ato considerado ilegal pelo Judiciário"; na Apelação Cível nº 41.559/96, o ato de nomeação do servidor decorreu de "decisão judicial que declarou a ilegalidade do ato de sua exclusão do concurso"; na Apelação Cível nº 39.032/96, o retardamento da nomeação do candidato decorreu de "ato violador do seu direito, como tal reconhecido pelo Judiciário". Da mesma forma, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 2287/DF, o Relator entende que, se, por força de decisão judicial, o Estado é obrigado a admitir um servidor com efeitos retroativos a determinada data, "é porque se lhe reconheceu que o Estado violara seu direito ao exercício da função a partir daquela data"; no Mandado de Segurança nº 7.106/96, o Relator afirma que foi violado o direito do impetrante de "não ser preterido".

12. No Recurso Extraordinário nº 222.746 (fl. 47), evidencia-se a violação de um direito da servidora, a saber: o de ser nomeada juntamente com os demais classificados, tendo em vista que o princípio constitucional da isonomia proíbe a "previsão em norma infraconstitucional de limite máximo de idade para o ingresso na carreira do magistério".

13. Cumpre mencionar, ainda, os seguintes arestos:

"Classe do Processo : APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA EX-OFÍCIO
20000110267632APC DF

Registro do Acórdão Número : 173039

Data de Julgamento : 24/03/2003

Órgão Julgador : 5ª Turma Cível

Relator : HAYDEVALDA SAMPAIO

Publicação no DJU: 06/06/2003 **Pág. :** 128

(até 31/12/1993 na Seção 2, a partir de 01/01/1994 na Seção 3)

Ementa

ADMINISTRATIVO - INDENIZAÇÃO - CONCURSO PÚBLICO - PROSSEGUIMENTO NO CERTAME POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL - NOMEAÇÃO TARDIA - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA. I - O PRAZO PRESCRICIONAL, NA HIPÓTESE DE AÇÃO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, É DE CINCO ANOS. II - INEXISTE ILEGALIDADE QUANDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AGUARDA O JULGAMENTO DEFINITIVO DA AÇÃO CONTRA ELA PROPOSTA, PARA PROCEDER A NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS SUB JUDICE. III - COMPETE AO PODER PÚBLICO VERIFICAR A CONVENIÊNCIA E A OPORTUNIDADE EM CONVOCAR OS CANDIDATOS CLASSIFICADOS E APROVADOS EM CERTAME PÚBLICO. IV - O SERVIDOR SÓ



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Quarta Inspetoria de Controle Externo

TCDF - 4ª ICE/1ª DT
Folha nº 58
Processo nº 1407/02
Rubrica

TEM DIREITO DE RECEBER PAGAMENTOS APÓS ENTRAR EM EXERCÍCIO.
QUEM NÃO TRABALHOU, NADA TEM A RECEBER.

Decisão

CONHECER. JULGAR PREJUDICADO O RECURSO DOS AUTORES. REJEITAR A PRELIMINAR. DAR PROVIMENTO AOS RECURSOS VOLUNTÁRIO E OFICIAL. UNÂNIME" (grifamos).

"Classe do Processo : APELAÇÃO CÍVEL 20000111001280APC DF

Registro do Acórdão Número : 160370

Data de Julgamento : 02/09/2002

Órgão Julgador : 3ª Turma Cível

Relator : JERONYMO DE SOUZA

Publicação no DJU: 25/09/2002 Pág. : 53

(até 31/12/1993 na Seção 2, a partir de 01/01/1994 na Seção 3)

Ementa

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. DATILOSCOPISTA POLICIAL DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. APROVAÇÃO. CANDIDATOS. INDENIZAÇÃO. EFEITO RETROATIVO. VÍNCULO FUNCIONAL E FINANCEIRO. ATRASO. NOMEAÇÃO. CULPA DA ADMINISTRAÇÃO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. INAPLICABILIDADE. PRELIMINARES. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. PRESCRIÇÃO ANUAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. REJEIÇÃO. MÉRITO. ERRO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INOCORRÊNCIA. PODER DISCRICIONÁRIO. AUSÊNCIA DE CONTRAPRESTAÇÃO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. SENTENÇA MANTIDA. 1. A INDENIZAÇÃO SÓ É CABÍVEL QUANDO PROVADO O ATO ILÍCITO. 2. A SIMPLES APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO NÃO LEGITIMA A PARTE A BUSCAR A TUTELA JUDICIAL COM O FITO DE ASSEGURAR SUA CONVOCAÇÃO, MORMENTE SE, PREVISTO NO EDITAL, CLÁUSULA QUE ESTABELECE A CONVOCAÇÃO DOS CANDIDATOS APTOS PARA MOMENTO POSTERIOR, A SER DETERMINADO DE ACORDO COM A CONVENIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO. 3. A TARDIA NOMEAÇÃO DOS APELANTES NÃO LHES DÁ DIREITO AO RECONHECIMENTO DOS VÍNCULOS RETROATIVOS, FUNCIONAL E FINANCEIRO, SE NÃO PROVADA A ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO QUE ORIGINOU TAL LESÃO. 4. REFERE-SE AO MÉRITO DO RECURSO A ANÁLISE DA PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO QUE PRETENDE A EXTENSÃO DO JULGAMENTO DE UM CASO SEMELHANTE, PROVENIENTE DE OUTRO PROCESSO. 5. AFASTA-SE A PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO POIS BUSCAM OS AUTORES DIREITOS INDIVIDUAIS, AINDA MAIS PORQUE PODERIA ACARRETAR UM GRANDE TUMULTO PROCESSUAL. 6. AFASTA-SE, OUTROSSIM, A APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO ANUAL, EIS QUE O INCONFORMISMO DOS AUTORES NÃO SE REFERE A ATOS RELATIVOS AO CONCURSO REALIZADO, MAS DE INDENIZAÇÃO EM VIRTUDE DE SEREM NOMEADOS SEM EFEITOS RETROATIVOS. 7. EMBORA APLICÁVEL À ESPÉCIE O DECRETO-LEI Nº 20.910/1932, NÃO FOI O PLEITO DOS AUTORES ATINGIDOS PELA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL, DE MODO QUE SE AFASTA, TAMBÉM, TAL PRELIMINAR. 8. O ATO ADMINISTRATIVO QUE CONVOCA OS APELANTES CONSTITUI UM EXERCÍCIO DO PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CONFORME PREVÊ O EDITAL, DE MODO QUE SE AFASTA A ALEGAÇÃO DE ERRO. 9. ADEMAIS, O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO SEM QUE HAJA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POR PARTE DOS APELANTES CONSTITUI



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Quarta Inspeção de Controle Externo

TCDF - 4ª ICE/1ª DT
Folha nº 59
Processo nº 1407/02
Rubrica

ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. 10. PODE O MAGISTRADO RECONHECER DIREITOS DIVERSOS ÀS PARTES, AINDA QUE TAIS DIREITOS SE ORIGINEM DO MESMO FUNDAMENTO JURÍDICO, DE ACORDO COM O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. 11. ASSIM, NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.

Decisão

NEGAR-SE PROVIMENTO. UNÂNIME" (grifamos).

"Classe do Processo : APELAÇÃO CÍVEL 20000110607584APC DF

Registro do Acórdão Número : 149435

Data de Julgamento : 12/11/2001

Órgão Julgador : 5ª Turma Cível

Relator : MARIA BEATRIZ PARRILHA

Publicação no DJU: 06/03/2002 Pág. : 114

(até 31/12/1993 na Seção 2, a partir de 01/01/1994 na Seção 3)

Ementa

ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - CONTINUIDADE NO CERTAME POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL - PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO AO ARGUMENTO DE NOMEAÇÃO TARDIA - NÃO CABIMENTO. 1- OS CRITÉRIOS DO EDITAL, AOS QUAIS ADEREM OS PARTICIPANTES DO CONCURSO PÚBLICO NÃO PODEM SER POR ESTES MODIFICADOS, POSTERIORMENTE, POIS O EDITAL É A LEI DA QUAL NÃO SE PODE AFASTAR A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 2- NÃO HÁ CABIMENTO PARA PLEITO INDENIZATÓRIO, ANTE NOMEAÇÃO TARDIA, POSTO QUE SOMENTE PODE OCORRER ESTA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO JUDICIAL, PRINCIPALMENTE QUANDO ESTA NÃO CONCEDEU EFEITOS RETROATIVOS. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. UNÂNIME.

Decisão

CONHECER. NEGAR PROVIMENTO. UNÂNIME" (grifamos).

14. Na Apelação Cível nº 2001.01.1.062569-0, o Revisor assinala que nomear os recorrentes "em data anterior ao provimento jurisdicional final violaria os princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade que regem a Administração Pública". Na mesma linha de raciocínio, a Relatora da Apelação Cível nº 2000.01.1.026763-2, ora transcrita, considera que a "nomeação dos apelantes aguardou o julgamento definitivo da ação por eles proposta, por parte do Poder Judiciário, não se podendo imputar qualquer responsabilidade ao Distrito Federal pela demora no deslinde da causa" (grifo nosso).

15. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹, na hipótese da ocorrência de dano por ação (lícita ou ilícita) do Estado, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a responsabilidade objetiva. Em outras palavras, aplica-se a responsabilidade objetiva do Estado quando o comportamento estatal danoso (lícito ou ilícito) é comissivo, vale dizer, o Estado age (lícita ou ilicitamente) e, ao agir, produz a lesão.

16. A propósito, cabe trazer à colação o disposto na Constituição Federal, art. 37, § 6º e no Código Civil, art. 43:

¹ in Curso de Direito Administrativo, 14ª ed.



"Art. 37. (...) "

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

"Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo."

17. De fato, ensina o notável administrativista¹:

"49. Com efeito, o Estado pode, eventualmente, vir a lesar bem juridicamente protegido para satisfazer um interesse público, mediante conduta **comissiva legítima** e que sequer é perigosa. É evidente que em tal caso não haveria cogitar de culpa, dolo, culpa do serviço ou qualquer traço relacionado com a figura da responsabilidade subjetiva (que supõe sempre licitude). Contudo, a toda evidência, o princípio da isonomia estaria a exigir reparação em prol de quem foi lesado a fim de que se satisfizesse o interesse da coletividade.

.....
50. É verdade que em muitos casos a conduta estatal geradora do dano não haverá sido legítima, mas, pelo contrário, ilegítima. Sem embargo, não haverá razão, ainda aqui, para variar as condições de engajamento da responsabilidade estatal. Deveras, se a conduta **legítima** produtora de dano enseja responsabilidade objetiva, **a fortiori** deverá ensejá-la a conduta ilegítima causadora de lesão jurídica."

18. Nada obstante, adverte o eminente jurista que "não é qualquer dano relacionável com os comportamentos comissivos ou omissivos do Estado que dá margem a indenização"¹. Para ser indenizável, o dano deve corresponder a uma lesão a um direito da vítima e ser certo (e não apenas eventual, possível). Ao deslinde da controvérsia posta nos autos interessa apenas a primeira das duas características apontadas. Na lição do citado jurista, quem "não fere direito alheio não tem por que indenizar. Ou, dito pelo reverso: quem não sofreu gravame em um direito não tem título jurídico para postular indenização."¹

19. A indenização exige, além de lesão econômica, lesão jurídica. "Logo, o dano assim considerado pelo Direito, o dano ensanchador de responsabilidade, é mais que simples dano econômico. Pressupõe sua existência, mas reclama, além disso, que consista em agravo a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor de um sujeito."¹ "Não basta para caracterizá-lo a mera deterioração patrimonial sofrida por alguém. Não é suficiente a simples subtração de um interesse ou de uma vantagem que alguém possa fruir, ainda que legitimamente. Importa que

1

1

¹ in Curso de Direito Administrativo, 14ª ed.

1



se trate de um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja, reconhecendo-o como um direito do indivíduo."¹

20. O critério há de ser, assim, o da violação de um direito. No caso vertente, a posse tardia deveu-se ao trânsito em julgado de decisão judicial que anulou questões da prova objetiva a que se submeteram candidatos ao último concurso para o cargo de Auditor Tributário, com reflexos na classificação final do servidor. Ante a natureza do pedido (anulação de questões), é de se indagar se a Administração, ao aguardar o trânsito em julgado da citada decisão (no sentido de dar provimento parcial ao apelo para anular três questões da prova objetiva e atribuir aos recorrentes os pontos relativos a essas questões) para só então reclassificá-lo e nomeá-lo para o cargo, feriu algum direito. A nosso juízo, a resposta é negativa. No mesmo sentido são estes acórdãos:

"Acórdão Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: MS - MANDADO DE SEGURANÇA - 6433

Processo: 199900602285 UF: DF Órgão Julgador: TERCEIRA SEÇÃO

Data da decisão: 13/10/1999 Documento: STJ000309975 Fonte DJ DATA:22/11/1999

PÁGINA:144 Relator(a) JOSÉ ARNALDO DA FONSECA Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, indeferir o pedido, ressalvando o uso das vias ordinárias, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram de acordo os Srs. Ministros FERNANDO GONÇALVES, FELIX FISCHER, GILSON DIPP, JORGE SCARTEZZINI, EDSON VIDIGAL e FONTES DE ALENCAR. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros WILLIAM PATTERSON e HAMILTON CARVALHIDO.

Ementa

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. REPROVAÇÃO NO EXAME PSICOTÉCNICO. PARTICIPAÇÃO, COM ÊXITO, NAS DEMAIS FASES, MEDIANTE CONCESSÃO DE LIMINAR. CONCLUSÃO DO CURSO DE FORMAÇÃO. PRETENDIDAS NOMEAÇÃO E POSSE INVIÁVEIS. NÃO SE DÁ A QUEBRA DA ORDEM CLASSIFICATÓRIA COMPARANDO-SE COM OUTROS CANDIDATOS QUE PASSARAM REGULARMENTE.

Reprovado no exame psicotécnico, socorreu-se o impetrante de uma decisão liminar para participar das demais fases do referido certame, tendo obtido êxito em todas, inclusive no Curso de Formação.

A simples conclusão deste, como fato isolado, não gera direito, muito menos líquido e certo, à nomeação e posse, não sendo o caso de se aplicar, in casu, o enunciado da Súmula 15/STF, pois o candidato encontra-se em situação de aprovação sub judice, não podendo ser comparado aos que foram regularmente classificados.

O impetrante não obteve, ainda, decisão final na ação por ele movida, que culminou com a concessão da liminar para participar de todas as fases.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Quarta Inspeção de Controle Externo

TCDF - 4ª ICE/1ª DT
 Folha nº 62
 Processo nº 1407/02
 Rubrica

**Precedente semelhante (MS 6215/DF, Rel. Min. Félix Fischer).
 Indefero a impetração, ressalvadas as vias ordinárias" (grifo nosso).**

"Acórdão Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO

Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 01000832976

Processo: 199801000832976 UF: DF Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA

Data da decisão: 28/08/2000 Documento: TRF100102127 Fonte DJ DATA: 23/10/2000

PAGINA: 25 Relator(a) JUIZ PLAUTO RIBEIRO Decisão

Por maioria, nos termos do voto divergente do Exmo. Sr. Juiz Luciano Tolentino Amaral, que lavrará o acórdão, rejeitou a preliminar de conexão e, no mérito, também por maioria, negou provimento ao recurso vencido o Exmo. Sr. Juiz-Relator, que determinava a reunião desta Apelação em Mandado de Segurança com a anterior e no mérito, dava provimento ao recurso. Participaram do Julgamento os(as) Exmos(as) Sr.(as) Juizes LUCIANO TOLENTINO AMARAL e AMILCAR MACHADO.

Ementa

PROCESSUAL CIVIL - CONCURSO AUDITOR FISCAL DO TESOIRO NACIONAL (EDITAL ESAF/Nº 14/96) - VAGA DESTINADA A DEFICIENTE FÍSICO - CANDIDATO MATRICULADO NA 2ª ETAPA AO AMPARO DE LIMINAR: PRETENSÃO NESTE "WRIT" À NOMEAÇÃO, POSSE E LOTAÇÃO EM LOCAL QUE INDICA - RESULTADO DEPENDENTE DE OUTRA DECISÃO JUDICIAL - APELAÇÃO NÃO PROVIDA: SEGURANÇA DENEGADA.

1 - Não há conexão entre mandados de segurança em que o pedido e a causa de pedir são diversos, porque distintos os atos apontados como coatores, não sendo possível a reunião deles, ainda mais quando um já foi julgado, tendo ambos o mesmo relator.

2 - O candidato que se submete a qualquer fase de concurso público, ainda que a última, ao amparo de liminar ou sentença não transitada em julgado, não tem direito líquido e certo a ser nomeado e empossado em cargo público, porque, a uma, a sua eventual "aprovação" está condicionada ao trânsito em julgado da decisão judicial que lhe garantiu prosseguir no certame; a duas, porque, na hipótese, "nomeação", "posse" e "exercício" seriam condicionais (eventualmente provisórias ou temporárias), categorias não previstas ou permitidas por lei.

3 - A condição de ser ou não "deficiente físico", com cuja alegação logrou inscrição na disputa de uma das vagas destinadas a essa categoria de candidato, afastada por perícia médica oficial, é questão prejudicial meritória posta em juízo em outro mandado de segurança, que somente obriga após seu trânsito em julgado.

4 - Apelação não provida. Segurança denegada.

5 - Autos recebidos em Gabinete em 05/10/00 para lavratura do acórdão. Peças liberadas pelo Relator em 13/10/2000 para publicação do acórdão" (grifo nosso).

21. No Mandado de Segurança nº 6.147/DF, o Relator tece as seguintes considerações:

"O impetrante, considerado inapto naquele exame, participou das demais fases do conclave - obtendo êxito em todas, inclusive no Curso de Formação -



utilizando-se de sentença proferida em sede de ação ordinária, fato não ocorrido com os demais candidatos já nomeados.

Neste contexto, inviável a tese defendida e ratificada pelo Ministério Público de quebra da ordem classificatória no ato de nomeação e posse (súmula 15/STF), não havendo falar em direito líquido e certo, pois o candidato encontra-se em situação condicional, eis que não transita em julgado a decisão, diversa daquela dos que foram regularmente classificados" (grifo nosso).

22. Na já transcrita Apelação em Mandado de Segurança nº 1998.01.00.083297-6/DF, o Relator pondera que "a irrisignação do impetrante não procede, pois, estando sua "aprovação" final no concurso dependente de decisão judicial favorável transitada em julgado, certo é que não pode "estranhar" a ausência do seu nome entre os nomeados, visto como sua "aprovação" depende de uma "condição resolutiva": decisão favorável do Poder Judiciário com trânsito em julgado." "Tal circunstância é de alta relevância para, de logo, atestar que o seu direito não é líquido nem certo. Sequer é existente." "Finalmente, não se poderiam atender os pedidos do impetrante porque não há, no Direito Administrativo, as figuras de "nomeação" e "posse" provisórias, temporárias ou condicionais, como reiteradamente têm decidido esta 1ª Turma e a 2ª Turma, sob pena de se instaurar uma balbúrdia na Administração Pública, a que não se pode prestar o Poder Judiciário."

23. Os acórdãos citados espancam quaisquer dúvidas: o direito à nomeação não chega a existir se a aprovação ou classificação do candidato no concurso estiver *sub judice*. Com o trânsito em julgado de decisão favorável ao candidato e sua conseqüente aprovação ou classificação no concurso, desde que em lugar acima do de candidato já nomeado para o cargo, é que nascem, de um lado, o direito, outorgado ao candidato, de ser nomeado, e, de outro, a obrigação, atribuída à Administração, de nomear (Súmula nº 15-STF). Inexistentes o direito subjetivo do candidato e a correspondente obrigação de fazer da Administração, não há que falar de indenização e sofre considerável abalo a tese, única capaz de amparar a pretensão do servidor, defendida no recurso.

24. Como só em 8.2.99 ocorreu o trânsito em julgado da decisão, adotada em 15.12.97, de anular questões (fls. 48 a 52), não se pode dizer que o servidor tinha direito à nomeação já em 19.7.95 (quando os demais candidatos foram nomeados).

25. Por outro lado, importa salientar que o art. 10 da Lei nº 1.799/97 e o art. 1º da Lei nº 2.895/02 rezam:

"Art. 10. A posse e a nomeação não terão efeito retroativo."

"Art. 1º. Permanecem integralmente em vigor as disposições da Lei nº 1.799, de 23 de dezembro de 1997."

26. Vê-se, assim, que, mais do que ausência de previsão legal, se está diante de verdadeira proibição legal.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Quarta Inspeção de Controle Externo

TCDF - 4ª ICE/1ª DT

Folha nº 64

Processo nº 1407/02

Rubrica

27. Ainda que fosse juridicamente possível, a título de indenização, a retroação, *in casu*, dos efeitos funcionais da posse, tal solução encontraria óbice intransponível no art. 40, § 10, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, *ipsis litteris*:

"Art. 40. (...)

§ 10. A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício."

28. O servidor tomou posse no cargo em 26.2.99 (após, portanto, a publicação da Emenda Constitucional nº 20/98, que introduziu a regra da vedação à contagem de tempo fictício), com efeitos retroativos a 19.7.95, o que configura ofensa ao mandamento constitucional em referência.

29. Veja-se, a respeito disso, o seguinte acórdão:

"Classe do Processo : APELAÇÃO CÍVEL 19980110079236APC DF

Registro do Acórdão Número : 171662

Data de Julgamento : 09/09/2002

Órgão Julgador : 2ª Turma Cível

Relator : JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA

Relator Designado: ROMÃO C. OLIVEIRA

Publicação no DJU: 14/05/2003 Pág. : 151

(até 31/12/1993 na Seção 2, a partir de 01/01/1994 na Seção 3)

Ementa

ADMINISTRATIVO. PROVIMENTO ORIGINÁRIO EM CARGO PÚBLICO. EQUÍVOCOS DA ADMINISTRAÇÃO. PRETERIÇÃO. PEDIDO PARA RETIFICAÇÃO DO ATO DE NOMEAÇÃO, COMO FORMA DE CORRIGIR ESSES EQUÍVOCOS - IMPOSSIBILIDADE, ANTE A REGRA GERAL QUE INADMITE A FICÇÃO JURÍDICA COMO FORMA DE CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO. HODIERNAMENTE, O DIREITO BRASILEIRO NÃO MAIS ADMITE A CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO POR FICÇÃO JURÍDICA. LOGO, SE A ADMINISTRAÇÃO, POR EQUÍVOCOS, NÃO DEU POSSE A CANDIDATO APROVADO EM CERTAME, NO MOMENTO DEVIDO, SOBREVINDO A PRETERIÇÃO NA ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO, EVENTUAL PREJUÍZO DAÍ DECORRENTE NÃO PODE SER REPARADO COM A RETIFICAÇÃO DO ATO DE NOMEAÇÃO PARA DETERMINADA DATA FICTÍCIA, MAS POR OUTROS MEIOS PREVISTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS. MAIORIA.

Decisão

DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO CÍVEL, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR" (grifo nosso).

30. Subsiste, ainda, o fato de a posse retroativa do servidor estar em desacordo com a Decisão nº 511/03 (Processo nº 7526/93), que teve como base os seguintes dados: nomeação, posse e exercício em 26.2.99.

31. Por fim, impende ressaltar que a jurisdicionada formulou o pedido de prorrogação de prazo de fl. 19, que, em face do recurso interposto pelo servidor, resta prejudicado.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Quarta Inspeção de Controle Externo

TCDF - 4ª ICE/1ª DT
Folha nº 65
Processo nº 1407/02
Rubrica

32. Pelo exposto, sugere-se:
- I - tomar conhecimento do pedido de reexame de fls. 20/35 para, no mérito, negar-lhe provimento;
 - II - tomar conhecimento do pedido de prorrogação de prazo de fl. 19, considerando-o prejudicado em face do recurso interposto pelo servidor; e
 - III - dar ciência aos representantes legais do interessado da decisão que vier a ser adotada nos presentes autos.

À consideração superior.

Brasília, 17 de outubro de 2003.

Michel Martins de Moraes
Analista de Finanças e Controle Externo
Matr. nº 461-8