

## VOTO-VISTA

**O Senhor Ministro Gilmar Mendes:** Trata-se de embargos de declaração nos embargos de declaração em mandado de segurança da relatoria da Ministra Cármen Lúcia.

Na espécie, Adelino de Sousa Figueira e outros 193 litisconsortes impetraram mandado de segurança contra acórdão do Conselho Nacional de Justiça nos Procedimentos de Controle Administrativo 200710000014437, 200710000012131 e 200810000003262, que determinou a desconstituição dos seus atos de investidura no Tribunal de Justiça de Goiás em virtude da inobservância do concurso público, ementado nos seguintes termos:

“PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. Tribunal de Justiça de Goiás. Servidores nomeados e efetivados após a Constituição Federal de 1988 sem concurso público. Ilegalidade. Impossibilidade de convalidação do ato ilegal.

I – Atos inconstitucionais são nulos e destituídos, em consequência, de qualquer eficácia jurídica.

II – A nulidade de atos da investidura não pode ser protegida pelo decurso de prazo porque servem de fonte direta para o futuro da relação entre o servidor e a Administração.

III – Ressalva quanto aos atos de aposentadoria do servidor e quanto àqueles efetivados em razão da extinção de seus órgãos de origem.

IV – Pedidos julgados parcialmente procedentes. Determinação de imediata exoneração de servidores nomeados sem concurso público após 1998 e a determinação para realização de certame para novas nomeações”.

A eminente relatora submeteu o feito à Segunda Turma, que, em 24.11.2015, por unanimidade, denegou a ordem nos seguintes termos:

“MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. INVESTIDURA DERIVADA EM CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: INOBSERVÂNCIA DO INC. II E DO § 2º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGADA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. DECADÊNCIA DO PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE REVER ATOS ILEGAIS. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CITAÇÃO POR EDITAL. ATENDIMENTO POR

PARTE DOS INTERESSADOS. VALIDADE PARCIAL DO ATO. MANDADO DE SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Não se há cogitar de decadência do poder-dever de revisão pelo Conselho Nacional de Justiça dos atos de investidura dos Impetrantes, dependendo a estabilização das relações jurídicas fundadas em patente desrespeito à determinação expressa contida no inc. II e no § 2º do art. 37 da Constituição da República da existência de circunstâncias específicas e excepcionais, reveladoras da boa-fé dos envolvidos, o que não se verifica na espécie. Precedentes.

2. Não se há cogitar, na espécie vertente, de contrariedade ao devido processo legal, pois as normas legais e regimentais vigentes na data da prática questionada foram cumpridas, incluído o art. 98 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, declarado inconstitucional incidentalmente em processo de natureza subjetiva posteriormente julgado.

3. Mandado de segurança denegado”.

Inconformados, os impetrantes opuseram embargos de declaração aduzindo, em síntese, a ocorrência de omissões e contradições, especialmente quanto: a) à desconsideração do fato de que os atos anulados pelo CNJ foram realizados antes do julgamento da ADI-MC 837 (17.2.1993), que assentou a inconstitucionalidade das formas derivadas de provimento de cargos públicos; b) à não aplicação do prazo previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999; c) à boa-fé dos embargantes.

Em 1º.3.2016, a Segunda Turma rejeitou os embargos de declaração ante a ausência das omissões e das contradições apontadas. Confira-se a ementa:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. INVESTIDURA DERIVADA EM CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. ALEGADAS OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO: INOCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS”.

Foram então opostos novos embargos de declaração, nos quais se sustenta que as omissões e contradições anteriormente alegadas não foram supridas.

Em 6.9.2016, a Segunda Turma iniciou o julgamento do presente recurso. Na oportunidade, a relatora votou pela rejeição dos embargos de declaração e pela aplicação multa de 1% sobre o valor da causa, em virtude

do caráter protelatório do recurso. Na ocasião, fiquei em dúvida apenas no tocante à forma de preclusão dos atos chamados “inconstitucionais”, motivo pelo qual pedi vista dos autos.

Conforme já relatado, nos presentes autos, impugna-se ato do CNJ que determinou a desconstituição do atos de investidura dos impetrantes, porquanto nomeados e efetivados no TJ/GO, após a Constituição Federal de 1988, sem aprovação em concurso público para o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Após detida análise dos autos, peço vênia à relatora para divergir em parte.

De fato, como bem salientado pela Min. Cármen Lúcia, esta Corte tem firmado orientação no sentido de que a revisão de ato flagrantemente inconstitucional pela Administração não se submete ao prazo decadencial de 5 anos, previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999. A esse propósito, cito os seguintes julgados:

“Agravo regimental em ação rescisória. Alegação de impedimento do ministro revisor. Desnecessidade de remessa dos autos ao revisor em caso de negativa de seguimento a ação rescisória, com fulcro no art. 21, §1º, do RISTF. Precedente. Ausência de atuação do revisor no caso. Alegação de nulidade rejeitada. Entendimento adotado na ação originária em consonância com a jurisprudência da Corte. Aplicação da Súmula nº 343/STF. Efetivação de substituta na titularidade de serventia extrajudicial cuja vacância ocorreu após a vigência da Constituição de 1988. Nulidade do ato de efetivação por violação direta da regra insculpida no art. 236, § 3º, da CF/88. Inexistência de direito adquirido. **Impossibilidade de incidência da regra inserta no art. 54 da Lei nº 9.784/99 em hipóteses de flagrante inconstitucionalidade.** Precedentes da Corte. Agravo regimental não provido. 1. Inexiste impedimento do relator do feito originário para atuar como revisor da respectiva ação rescisória. Aplicação da Súmula nº 252/STF, assim enunciada: ‘na ação rescisória, não estão impedidos juízes que participaram do julgamento rescindendo’. No caso, nem sequer houve a participação do revisor na decisão agravada, uma vez que ela foi julgada monocraticamente, nos termos do art. 21, § 1º, do RISTF. 2. Conforme tese fixada no julgamento do Tema 136 da Repercussão Geral (RE nº 590.809/RS), ‘não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente’,

sendo irrelevante a natureza da discussão posta no feito rescindendo (se constitucional ou infraconstitucional) para a observância do enunciado da Súmula nº 343/STF. 3. A decisão que se pretende rescindir não diverge da orientação jurisprudencial estabelecida no Supremo Tribunal Federal à época da prolação do decisum rescindendo – e prevalente até a presente data – no sentido da autoaplicabilidade do art. 236, § 3º, da CF/88 e de que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, é inconstitucional o provimento em serviços notarial e de registro sem a prévia aprovação em concurso público. 4. Aplica-se, também, ao caso a jurisprudência prevalente na Corte, segundo a qual: (i) inexistente direito adquirido do substituto à efetivação como titular de serventia, com base no art. 208 da Constituição de 1967, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 22/83, quando a vacância da serventia se der já na vigência da Constituição Federal de 1988; e (ii) **é inaplicável a decadência administrativa prevista no art. 54 da Lei nº 9.784/99 quando se tratar de ato manifestamente inconstitucional**. Precedentes. 5. Agravo regimental não provido”. (AR-AgR 2.582, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe 19.5.2017) – grifei

“Agravo regimental em embargos de declaração em embargos de declaração em mandado de segurança. Petição de desistência. Intuito de recusa à observância da jurisprudência da Corte. Não homologação. Mérito recursal. Serventia extrajudicial. Permuta. Necessidade de concurso público. Decadência. Inaplicabilidade do art. 54 da Lei nº 9.784/99. Interinidade. Aplicação do teto de remuneração. Precedentes. Petição de desistência não homologada e agravo regimental não provido. 1. Nas hipóteses em que demonstrado o mero intuito de se recusar observância a Jurisprudência pacífica da Corte, o Supremo Tribunal tem afastado o entendimento firmado no RE 669.367 RG (Relatora para o acórdão a Ministra Rosa Weber, Pleno, DJe de 30/10/14), segundo o qual pode a parte impetrante manifestar desistência da ação mandamental a qualquer tempo, mesmo após a sentença, independentemente da concordância da parte impetrada. Precedentes. Pedido de desistência não homologado. 2. A Jurisprudência da Corte se consolidou no sentido da autoaplicabilidade do art. 236, § 3º, da CF/88, e, portanto, de que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, é inconstitucional o acesso a serviços notarial e de registro, inclusive por remoção ou permuta, sem prévia aprovação em concurso público. 3. O Plenário do STF, em reiterados julgamentos, assentou o entendimento de que o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, de que trata o art. 54 da Lei 9.784/1999, não se aplica à revisão de atos de delegação de serventias extrajudiciais editados após a Constituição de 1988, sem o atendimento das exigências prescritas em seu art. 236. 4. Aplica-se a quem detém interinamente a serventia extrajudicial a limitação do teto

prevista no art. 37, XI, da Constituição. Precedentes. 5. Petição de desistência não homologada e agravo regimental não provido”. (MS-ED-ED-AgR 29.083, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Redator para acórdão Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe 6.10.2017)

“AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. ATO DE EFETIVAÇÃO NA TITULARIDADE DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL POR MEIO DE PERMUTA REALIZADA APÓS A PROMULGAÇÃO DA CARTA DE 1988. ART. 236, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NORMA AUTOAPLICÁVEL. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PARA PROVIMENTO E REMOÇÃO EM ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. INCONSTITUCIONALIDADE FLAGRANTE. REVISÃO QUE NÃO SE SUJEITA AO PRAZO DECADENCIAL PREVISTO NO ART. 54 DA LEI 9.784/1999. 1. Não há falar em usurpação, pela Corregedoria Nacional de Justiça, de atribuição que seria do Plenário do CNJ. A Corregedoria Nacional atuou, na espécie, no exercício de atribuição regimental própria (art. 25, IX, do RICNJ), quando indeferiu monocraticamente, por manifestamente incabível, recurso interposto com a finalidade de desafiar a aplicação, no exame da situação individual da serventia extrajudicial para qual removido, por permuta, o impetrante, de diretriz traçada pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça e veiculada na Resolução nº 80/2009 daquele órgão de controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário. 2. A revisão de atos eivados de flagrante inconstitucionalidade, como é o caso do de outorga de delegação, sob a égide da Carta de 1988, sem prévia realização de concurso de provimento ou de remoção, não se sujeita ao prazo decadencial quinquenal previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999. Precedentes. 3. Agravo regimental conhecido e não provido”. (MS-AgR 29.265, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 23.2.2017)

Apesar de os precedentes citados não se referirem à hipótese específica dos autos, é certo que a solução se mostra aplicável também ao presente caso, na medida em que se verifica a inconstitucionalidade flagrante do ato administrativo objeto de análise.

Por outro lado, não desconheço a existência do tema 839 da repercussão geral, cujo paradigma é o RE-RG 817.338, Rel. Min. Dias Toffoli – mérito ainda pendente de julgamento –, no qual se discute a possibilidade de um

ato administrativo, caso evidenciada a violação direta ao texto constitucional, ser anulado pela Administração Pública quando decorrido o prazo decadencial previsto na Lei 9.784/1999.

Entretanto, não consta qualquer decisão de suspensão dos processos relacionados, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC.

Não havendo tal determinação do relator do processo submetido à sistemática da repercussão geral, desnecessário é aguardar o seu desfecho, ante a inexistência de obrigatoriedade. Ademais, ainda que o relator houvesse determinado o sobrestamento dos feitos cuja matéria esteja submetida à repercussão geral, tal ordem não alcança os processos originários desta Corte. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

“Agravos regimentais em ação rescisória. Provimento sem concurso público em serventia extrajudicial. Negativa de seguimento. Aplicação da súmula STF nº 343. Entendimento adotado na ação originária em consonância com a jurisprudência da Corte. Sobrestamento da ação rescisória no aguardo do julgamento de extraordinário com repercussão geral. Inadmissão. Inaplicabilidade da sistemática aos processos originários. Agravo regimental não provido. 1. A decisão que se pretende rescindir não diverge da orientação jurisprudencial estabelecida no Supremo Tribunal à época da prolação do decisum rescindendo – é prevalente até a presente data – no sentido da autoaplicabilidade do art. 236, § 3º, da CF/88 e de que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, é inconstitucional o provimento em serviços notarial e de registro sem a prévia aprovação em concurso público. 2. Conforme tese fixada no julgamento do Tema 136 da Repercussão Geral (RE nº 590.809/RS), ‘não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente’, sendo irrelevante a natureza da discussão posta no feito rescindendo (se constitucional ou infraconstitucional) para a observância do enunciado da Súmula STF nº 343. 3. **A suspensão dos processos pela aplicação da sistemática da repercussão geral não é obrigatória e, caso determinada pelo relator do processo paradigma, não atinge os feitos originários em curso na Corte**. Precedentes: ACO nº 2591/DF-AgR, Relator o Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 2/12/16 e ACO nº 2648/AP-AgR, Relator o Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 2/6/16). 4. Agravo regimental não provido”. (AR-AgR 2.572, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 21.3.2017) – grifei

“Agravos regimentais em ação cível originária. Conflito federativo. Inscrição de estado em cadastros federais de inadimplência. CAUC/SIAFI sem o prévio julgamento de tomada de contas especial. Matéria submetida à sistemática da repercussão geral. Inexistência de óbice à apreciação do mérito de ação cível de competência originária do Supremo Tribunal. Princípio do devido processo legal. Necessidade de prévia tomada de contas especial. Precedentes. Agravo regimental não provido. 1. **O reconhecimento da existência de repercussão geral da questão constitucional veiculada em recurso extraordinário implica a possibilidade de sobrestamento tão somente de recursos que versem a mesma controvérsia, efeito que não atinge as ações de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Inexistência de óbice à apreciação do mérito da presente ação.** 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu o entendimento de que viola o postulado constitucional do devido processo legal a inscrição do ente federativo no cadastro de inadimplentes sem a garantia do contraditório e da ampla defesa. Precedentes: ACO 2.131/MTAgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 20/2/2015; ACO nº 2605/DFAgR Tribunal Pleno, Relator o Min. Teori Zavascki, DJe de 16/2/16. 3. Sem a conclusão de tomadas de contas especial, ou de outro procedimento específico instituído por lei que permita a apuração dos danos ao erário federal e das respectivas responsabilidades, fica inviabilizada a imposição de restrições para a transferência de recursos entre entes federados. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido”. (ACO-AgR 2.591, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 2.12.2016) – grifei

**No entanto, entendo necessário acolher os embargos para reconhecer a boa-fé dos embargantes e, assim, propor a modulação dos efeitos da decisão.**

Em diversas oportunidades já me manifestei pela possibilidade de mitigação dos efeitos de atos inconstitucionais em prol de razões de segurança jurídica. Em tais ocasiões, ressaltei a necessidade da comprovação da boa-fé daqueles que se beneficiaram da situação inconstitucional decorrente da dúvida plausível acerca da solução da controvérsia.

Cito, como exemplo, o caso emblemático da Infraero (MS 22.357), no qual se evidenciaram circunstâncias específicas e excepcionais, reveladoras da boa-fé dos envolvidos (funcionários da Infraero), tais como a realização de processo seletivo rigoroso e a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Embora, como já bem salientado pela eminente relatora, o caso dos autos não se amolde exatamente ao decidido no citado julgado, me parece que aqui, por suas próprias peculiaridades, também merece uma solução especial.

Isso porque os atos de nomeação dos embargantes em cargos públicos sem a realização de concurso público foram assinados por Presidente de Tribunal de Justiça. É de se presumir que os embargantes tenham confiado na interpretação jurídica adotada pelo Presidente do Tribunal. Assim, se alguém merecesse algum tipo de reprimenda seria o responsável pela edição do ato inconstitucional, e não os servidores, que o receberam de boa-fé.

Ademais, o transcurso do tempo determina que a declaração de nulidade dos atos seja mitigada.

Ora, depois de tantos anos exercendo os cargos sem questionamento, depois de tantos anos após o questionamento do CNJ, os servidores continuaram no exercício dos seus cargos ou recebendo os proventos de suas aposentadorias.

Há que se considerar, inclusive, a idade desses servidores afetados pelo ato impugnado e as dificuldades para procurar novas formas de sustento de suas famílias.

Assim, entendo necessária a aplicação do princípio da segurança jurídica, haja vista dúvida gerada pelos atos do Presidente do Tribunal de Justiça quanto à legalidade dos atos de suas nomeações, apta a configurar a boa-fé dos interessados.

Entretanto, não posso deixar de registrar meu desconforto em hipóteses como a dos autos, nas quais situações flagrantemente inconstitucionais mantêm-se por longos períodos, em virtude da demora seja no curso do processo administrativo ou do processo judicial.

É necessário criarmos instrumentos para agilizar a solução de tais situações, a fim de evitar a repetição de feitos como o presente.

Contudo, no caso concreto, considerando o transcurso de mais de 20 anos entre a investidura dos impetrantes e a presente data, é imperioso que se modulem os efeitos da decisão embargada.



Ante o exposto, divirjo da relatora, e acolho em parte os embargos de declaração, tão somente para reconhecer a boa-fé dos embargantes e, assim, modular os efeitos da decisão para manter a validade dos atos inconstitucionais em relação a eles.

*Plenário Virtual - minuta de voto - 02/10/20 00:00*