



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2019.0000631721

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Mandado de Segurança Cível nº 2228172-07.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante LIVIA BARREIRO DA SILVA, é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, CONCEDERAM A SEGURANÇA. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. RICARDO ANAFE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

**PODER JUDICIÁRIO****TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, ALVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, VICO MAÑAS E PINHEIRO FRANCO concedendo a segurança; e ARTUR MARQUES (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, RICARDO ANAFE (com declaração), ALEX ZILENOVSKI E JACOB VALENTE concedendo em parte a segurança.

São Paulo, 31 de julho de 2019.

XAVIER DE AQUINO
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº
2228172-07.2018.8.26.0000**

IMPTE(S): LIVIA BARREIRO DA SILVA

IMPTDO(S): GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA: São Paulo (Órgão Especial)

VOTO Nº 32.066

MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO ADMINISTRATIVO QUE TORNOU INSUBSISTENTE A NOMEAÇÃO E POSSE DA IMPETRANTE NO CARGO PÚBLICO. HIPÓTESE DE CANDIDATO QUE ALCANÇOU AS DEMAIS FASES DO CERTAME POR FORÇA DE DECISÃO LIMINAR EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Sentença de improcedência na origem, com trânsito em julgado. Mudança de entendimento do Colegiado em situações similares que melhor se adequa ao entendimento deste Relator quanto ao tema, justificando a concessão da segurança. Impetrante que teve decisão de nomeação e posse no cargo de Agente de Segurança Penitenciária da Secretaria da Administração Penitenciária invalidada, 08 anos e 02 meses após seu ingresso no serviço público, por liminar concedida em ação de obrigação de fazer. Sentença de improcedência da ação com trânsito em julgado em 02 de outubro de 2010. Invalidação do decreto de nomeação, desligando o embargante dos quadros da Administração somente em 07 de agosto de 2018. Violação à coisa julgada que se deu pela Administração. Inaplicabilidade do Tema 476 da C. Corte Suprema, em razão da excepcionalidade do caso, que compromete a boa-fé e a confiança legítima provocada pelo primitivo ato da administração. Situação que revela, acima de tudo, inoperância e ineficiência da Administração que sepulta no tempo situações contrárias ao seu próprio interesse e, ao depois, sob o manto da conveniência, as ressuscita, prejudicando cidadãos que formaram, ano após ano, expectativa de segurança no trabalho. Segurança concedida, determinando a reintegração da impetrante ao cargo de Agente de Segurança Penitenciária da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo.

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Mandado de segurança impetrado contra ato do Excelentíssimo Governador do Estado de São Paulo, consistente em tornar insubsistente o ato de nomeação da impetrante no cargo de Agente de Segurança Penitenciária dentro do quadro funcional efetivo da Secretaria da Administração Penitenciária.

Alega a impetrante que prestou concurso público para o cargo de Agente de Segurança Penitenciária, tendo sido injustamente preterida no teste psicológico, o que a motivou a ingressar com ação, tendo seu direito à recolocação dentro do certame garantido por meio de ordem judicial no processo 0105503-70.2008.8.26.0053; aprovada, foi nomeada para o cargo e tomou posse, exercendo suas funções por 8 (oito) anos e 2 (dois) meses; acrescenta que a ação que ensejou a concessão da tutela antecipatória foi julgada improcedente, com trânsito em julgado em 02 de outubro de 2008, sendo que somente em 07 de agosto de 2018, houve o decreto de invalidação de sua nomeação; diz que tal decisão não pode alcançar os efeitos satisfativos da anterior concessão de liminar, sob pena de desacato ao princípio do *venire contra factum proprium*, não sendo a sentença de improcedência da ação capaz de desfazer cautela satisfativa.

Processada com liminar, prestou informações a d. autoridade impetrada (fls. 108/126), batendo-se pela



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

denegação da ordem.

Parecer da *i.* Procuradoria Geral de Justiça, pela denegação da segurança (fls. 175/184).

É o relatório.

A segurança é de ser concedida.

Com efeito, a impetrante, preterida no exame psicológico do certame para o cargo de Agente de Segurança Penitenciária da Secretaria da Administração Penitenciária, teve seu direito à continuidade das provas eliminatórias garantido por meio de concessão de liminar proferida nos autos nº 0105503-70.2008.8.26.0053, o que ensejou sua aprovação final e a respectiva nomeação para o exercício efetivo do cargo a partir de 09 de junho de 2010; na referida ação, houve sentença pela improcedência, suspendendo-se a liminar concedida, sendo certo que o trânsito em julgado da decisão se deu em **02 de outubro de 2010**, data posterior à posse da impetrante.

Passados 08 anos e 02 meses do efetivo exercício no cargo, a d. autoridade impetrada, em 07 de agosto de 2018, através de despacho administrativo, com publicação regular no Diário Oficial do Executivo, tornou insubsistente o ato de nomeação, ensejando a impetração deste *mandamus*, onde busca a impetrante sua manutenção



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

na função de Agente de Segurança Penitenciária, que acredita ser direito líquido e certo adquirido com o passar dos anos sem que a Administração tomasse providências para invalidar o ato de nomeação.

Prima facie cumpre-me anotar que posicionamento anterior sobre o tema ventilado nestes autos mandamentais foi resultado de entendimento uníssono do Colegiado quanto ao fato de que, em sendo precário o direito decorrente de medida liminar exarada em ação ordinária —ao depois ineficaz ante a sentença de improcedência da ação—, não teria a impetrante, sabedora da precariedade de sua situação funcional, reconhecido o direito líquido e certo à sua manutenção dentro dos quadros da Secretaria de Segurança Pública.

Não obstante, em 22 de maio de 2019, na oportunidade do julgamento do Mandado de Segurança nº 2209439-90.2018.8.26.0000, o e. Relator designado, Desembargador Márcio Bartoli, com muita propriedade, deixou assente entendimento que, a meu aviso, melhor reflete o posicionamento que tenho adotado em relação a questões envolvendo candidatos, certames e o Estado, atento à função social do direito, à humanização das relações jurídicas e adotando-se novos valores como parâmetros de julgamento.

Neste passo, consoante se deixou assente no



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mencionado julgado, se violação houve ao trânsito em julgado da r. sentença que deu pela improcedência da ação, cassando-se a liminar outrora concedida em favor da impetrante, **esta se deu pela Administração**, que somente após os 8 anos e 2 meses que se seguiram do trânsito em julgado da sentença de improcedência da ação ordinária, tomou providências no sentido de tornar insubsistente o ato de nomeação, ora combatido.

E cabe aqui destacar trecho do venerando acórdão, nos seguintes termos:

“4. Afastada essa premissa, necessário avançar à análise subsequente, acerca da possibilidade de que eventual concessão da segurança importaria, no caso, em ofensa à coisa julgada.

Verifica-se dos autos que foi o **próprio ato** da Administração, que **deixou de observar a referida decisão judicial** com trânsito em julgado, ao nomear candidato inabilitado em exame psicológico, mais de **dois anos após a formação da coisa julgada**.

Foi dessa violação à coisa julgada por ato da Administração – que nomeou o impetrante ao cargo mencionado **após** mais de dois anos do trânsito em julgado de decisão favorável à Fazenda, e o



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

manteve como agente de escolta e vigilância penitenciária por mais de cinco anos –, que decorreu a consolidação da situação fática que ora se aprecia.

Leia-se: além de dar ao impetrante posse contra a determinação do julgado, a Administração o manteve em regular exercício da função por período total superior a cinco anos, vindo, somente agora, após substancial inércia e após o surgimento de legítima expectativa de permanência no posto, a tornar insubsistente sua nomeação.

A Administração, consoante demonstra a situação fática dos autos, adotou comportamento contraditório ao nomear o candidato e, somente depois de um quinquênio, verificando esse erro, decidiu por dar cumprimento à mencionada decisão, a despeito de inegavelmente consolidada uma situação de fato.

Não se discute nestes autos, assim, de qualquer forma, questão que possa em tese violar a coisa julgada, eis que essa violação, consistente em dar posse e manter em cargo candidato inabilitado em fase eliminatória de concurso público, decorreu de



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ato da própria Administração.

Discute-se, sim, se esse ato violador da coisa julgada, ilegalmente praticado e mantido pela Administração por cinco anos, por sua perpetuação no tempo, poderia ensejar a convalidação do vício apontado pela autoridade impetrada e o surgimento de legítima expectativa de permanência no cargo, buscando-se nova tutela em sede de ação mandamental, em razão dos princípios da boa-fé e da segurança jurídica e da manifesta ilegalidade, portanto, do ato da autoridade impetrada.

Cuida-se nestes autos, portanto, de matéria diversa daquela já decidida, e oriunda de causa de pedir substancialmente diversa daquela originalmente debatida.

A decisão do Juízo da 2ª Vara Judicial da Comarca de Penápolis, confirmada em recurso e já transitada em julgado, assentou que o candidato deveria ser considerado inabilitado no certame em razão da prova psicológica.

Não se discute que essa, de fato, deveria ter sido a solução para o caso à época. O que se discute é se, nomeado e empossado ilegalmente o candidato pela Administração, contra a referida decisão, haveria possibilidade de convalidação pelo tempo



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do referido vício, eis que **Robson** foi posteriormente aprovado em exame psicológico admissional e mantido em exercício no cargo por mais de cinco anos, desempenhando regularmente suas funções.

Não há, portanto, no caso, a chamada “*tríplice identidade*”, apta a respaldar a incidência da coisa julgada, eis que, embora idênticas as partes, a causa de pedir e pedido são diversos, e fundados em fatos novos, supervenientes ao julgado, violado pelo ato ilegal da Administração que perdurou por cinco anos.”

Quadra ressaltar nesta oportunidade que, pese o fato de que as situações analisadas são similares, **não idênticas**, o que foi objeto de nota por várias vezes no v. acórdão paradigma, a meu aviso, a conclusão há que ser a mesma, pois em ambos os casos, tanto no acima narrado, quanto neste, ora em análise, a Administração consolidou situação de fato por longo período de tempo após o trânsito em julgado da sentença que julgou improcedente a ação (08 anos e 02 meses); consoante dos autos se colhe, transitada em julgado a sentença **02 de outubro de 2008**, somente no ano de 2018 a Secretaria de Administração Penitenciária tomou conhecimento de situações como a da impetrante, procedendo à invalidação do ato.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Tal situação revela, acima de tudo, inoperância e ineficiência da Administração que sepulta no tempo situações contrárias ao seu próprio interesse e, ao depois, sob o manto da conveniência, as ressuscita, prejudicando cidadãos que formaram, ano após ano, expectativa de segurança no trabalho.

Esta gestão pela inoperância da Administração, em todos os níveis, há que ser revista — e com urgência máxima — posto que suas consequências são sempre nefastas e neste caso, como em tantos outros que pendem de julgamento ou estão em processamento nesta Corte, atingem em cheio pais e mães de família, ceifados de seu emprego e salário, após anos de dedicação ao Estado.

Não por outra razão e amparado em julgado de Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes¹ no AG/RE 740.029-DF, entendo presente aqui a excepcionalidade à regra do Tema da 476 da C. Corte Suprema, nos termos seguintes:

“Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. POSSE E EXERCÍCIO DETERMINADOS POR DE DECISÕES PRECÁRIAS. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. INADEQUAÇÃO DO TEMA 476 FIXADO NO RE

¹ **Apud** MS 2209439-90.2016.8.26.0000, Rel. DES MARCIO BÁRTOLI, J. EM 22/05/2019



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

608.482. (REL. MIN. TEORI ZAVASCKI). 1. Em regra, não produzem fato consumado a posse e o exercício em cargo público decorrentes de decisão judicial tomada à base de cognição não-exauriente. 2. A marca da excepcionalidade se faz presente no caso concreto, autorizando a distinção (distinguish) quanto ao leading case do Tema 476, devendo, unicamente por essa razão, ser mantido o aresto recorrido proferido pelo Superior Tribunal de Justiça. 3. Agravo interno a que se dá provimento. Voto: (...) Destaque-se a zelosa observação presente no voto do saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI no indigitado leading case, pontuando haver situações estritamente excepcionais sobre as quais esse importante instituto jurídico não se aplica: '(...). Por isso mesmo, eventual superveniente constatação da ilegitimidade desse status ou dessa vantagem caracteriza, certamente, comprometimento da boa-fé ou da confiança legítima provocada pelo primitivo ato da administração, o que pode autorizar, ainda que em nome do fato consumado, a manutenção do status quo, ou, pelo menos, a dispensa de restituição de valores. Isso ocorre, todavia, em casos restritos, marcados pela excepcionalidade. Na hipótese, a marca da excepcionalidade se faz presente, frente às supracitadas peculiaridades, devendo, por isso, ser



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*mantido o aresto recorrido proferido pelo **Superior Tribunal de Justiça**. Vejamos: 'ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CONTINUIDADE NO CERTAME POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL EXARADA EM COGNIÇÃO EXAURIENTE. POSSE E EXERCÍCIO HÁ MAIS DE DOZE ANOS. POSTERIOR ALTERAÇÃO DA SENTENÇA EM SEDE DE APELAÇÃO. ANULAÇÃO DO ATO DE NOMEAÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NECESSIDADE. FATO SUPERVENIENTE. ART. 462 DO CPC. APOSENTADORIA SUPERVENIENTE DA IMPETRANTE. ATO DE DEMISSÃO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE ALTERAR O STATUS DE APOSENTADA DA SERVIDORA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO.* Assim, em face da inaplicabilidade das orientações estabelecidas no RE 608.482, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 30/10/2014, reajusto meu entendimento para dar provimento ao agravo interno com vistas a negar seguimento ao Recurso Extraordinário."²

Portanto, a meu aviso, o reconhecimento tardio — *excessivamente*, aliás — da Administração, de que

² RE 740029 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 14/08/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-210 DIVULG 01-10-2018 PUBLIC 02-10-2018

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

servidores estavam há anos exercendo suas atividades, amparados em liminares já fenecidas, traduz, **sim**, **“comprometimento da boa-fé ou da confiança legítima provocada pelo primitivo ato da administração”**, o que não se pode admitir.

Não é demais acrescentar, por fim, que nos anos de serviço da impetrante como servidora do Estado, a mesma teve evolução positiva, participando de cursos e ministrando aulas em cursos voltados à segurança, de tal sorte a não se poder desprezar o empenho e dedicação ao seu ofício, para premiar a inércia da Administração.

Diante do exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA**, determinando a reintegração do impetrante ao cargo de Agente de Segurança Penitenciária dos quadros da Secretaria da Administração Penitenciária.

XAVIER DE AQUINO**RELATOR**