

**TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM  
AGRAVO 1.049.903 CEARÁ**

**RELATOR** : MIN. DIAS TOFFOLI  
**REQTE.(S)** : FERNANDO MARIO SIQUEIRA BRAGA  
**ADV.(A/S)** : JOSE TELES BEZERRA JUNIOR  
**REQDO.(A/S)** : ESTADO DO CEARÁ  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ

**DECISÃO:**

Trata-se de pedido de tutela provisória incidental, do tipo tutela de evidência, deduzido por Fernando Mário Siqueira Braga, nos autos de recurso extraordinário com agravo, interposto pelo Estado do Ceará contra acórdão que reconheceu o direito do recorrido em ser empossado no cargo de Procurador daquele Estado.

Asseverou o peticionário que o recorrente está a abusar do seu direito de defesa, eis que já interpôs sucessivos recursos nos autos, mesmo depois que esta Suprema Corte já assentou a inviabilidade de seu apelo extremo, de modo a confirmar o acórdão regional que reconheceu seu direito de ser empossado no aludido cargo.

Segundo consta dos autos, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará reconheceu tal direito de nomeação, com fundamento em exceção prevista quando do julgamento do RE nº 837.311/PI, dotado de repercussão geral e que discutia questão referente ao direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados em concurso público, além do número de vagas previstas em edital, na hipótese de surgimento de novas vagas durante o prazo de validade no certame.

Para maior clareza, transcreve-se parte da ementa do acórdão então proferido:

“Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, nas seguintes hipóteses excepcionais:

i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas

## ARE 1049903 TPI / CE

dentro do edital (RE 598.099);

ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF);

iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima” (Tribunal Pleno, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 18/4/16).

Analizando tal questão, quando da apreciação do apelo extremo interposto pelo Estado do Ceará, deixei assentado que

“é certo que o acolhimento da pretensão recursal não prescinde do reexame do conjunto fático-probatório dos autos e da legislação local pertinente, o que não se mostra cabível em sede de recurso extraordinário”.

Bem, por isso, neguei seguimento ao recurso.

Seguiu-se a interposição de agravo regimental, em que o Estado do Ceará insistiu na desnecessidade da análise dos fatos e provas dos autos, bem como da legislação infraconstitucional pertinente, para o acolhimento de sua pretensão recursal, asseverando que, para tanto, mister apenas proceder-se “à valoração e adequação da motivação declinada, identificando a sua pertinência – ou não – à luz da tese da repercussão geral do RE n.º 837.311/PI, que, na ótica do Estado, foi gravemente desrespeitada”.

A Segunda Turma desta Suprema Corte, por unanimidade de votos, refutou tal argumentação, deixando assentado, depois de proceder a uma mais minuciosa análise das manifestações lançadas nos autos, pelos julgadores regionais, que, de fato, o acolhimento da insurgência deduzida pelo Estado não prescindiria do “reexame do conjunto fático-probatório da causa e da legislação local pertinente, o que não se mostra cabível em sede de recurso extraordinário. Incidência das Súmulas n.ºs 280 e 279/STF”.

## ARE 1049903 TPI / CE

Na sequência, o Estado do Ceará interpôs recurso de embargos de divergência, nos quais, insistindo na tese antes referida, asseverou existir divergência entre o acórdão prolatado nos autos, com julgados oriundos da Segunda Turma (MS nº 34.516) e do Plenário desta Corte (MS nº 33.064).

Tais embargos foram liminarmente rejeitados, sob o fundamento, referente ao primeiro mandado de segurança supra declinado, de que julgado paradigma proferido pela mesma Turma não enseja a interposição de embargos de divergência e que, quanto ao outro indicado paradigma, após análise de sua fundamentação, em cotejo com as razões de decidir do acórdão embargado, verificou-se “a ausência de rigorosa identidade entre as circunstâncias fáticas e jurídicas entre os julgados paradigma e paragonado”, para concluir-se “que a peça recursal não atende aos requisitos exigidos pela norma, sendo de rigor a sua inadmissão”.

Insurgiu-se, uma vez mais, o Estado do Ceará, contra essa decisão, por meio de agravo regimental, reiterando, na essência, o que constara de sua petição de embargos de divergência, e voltando a argumentar que o acórdão proferido pela Segunda Turma da Corte se prestaria a fundamentar a divergência, nada discorrendo acerca do fundamento utilizado para sua não utilização para esse fim, qual seja, que isso seria inadmissível, para embasar divergência com acórdão da mesma Turma.

E, quanto ao outro precedente, limitou-se a repetir o que já asseverara quando da interposição dos embargos de divergência, sem atacar, especificamente, as razões pelas quais tal argumento fora rejeitado, quando proferida a decisão que negou seguimento aos aludidos embargos, hipótese a atrair para o caso, em tese, o enunciado da Súmula nº 283 do STF.

Constata-se, assim, que o último recurso aqui interposto pelo recorrente nada traz, em acréscimo, de relevantes razões jurídicas, ao que constara da fundamentação dos anteriores e, o que é mais grave, não ataca, especificamente, as razões que ensejaram a rejeição liminar do anterior recurso de embargos de divergência.

## ARE 1049903 TPI / CE

Parece, assim, indubitado, que se está em face de clássica hipótese de abuso do direito de recorrer, e, também, que se encontra razoavelmente consolidada a posição defendida pelo recorrido, vez que refutadas as razões apresentadas pelo recorrente para tentar reverter o acórdão regional, devendo, destarte, ser prestigiada aquela decisão, proferida em favor do pleito deduzido pelo recorrido, vez que já prolatadas três diferentes decisões, nesta Suprema Corte, corroborando-a e – ressalte-se – afastando os argumentos apresentados pelo recorrido para pretender vê-la reformada.

Feitas essas digressões, cumpre apreciar o pleito deduzido pelo recorrido, da concessão de tutela de evidência.

Para tanto, mister apreciar, de plano, contrariamente ao que se dá com pleitos de concessão de tutelas de urgência, se o direito postulado nos autos se mostra, a priori, devidamente comprovado.

Em vista de tudo quanto supra exposto, notadamente da rejeição, por três vezes, por esta Suprema Corte, das razões recursais deduzidas pelo recorrente, parece indubitado reconhecer-se a absoluta e firme plausibilidade desse direito.

Também não se mostra ocioso destacar que a inovação legislativa, representada pela possibilidade da concessão de um tal tipo de tutela, demonstra a preocupação do legislador com a gestão do tempo, em uma dada relação processual, o que restou devidamente positivado em nossa Constituição Federal, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, que incluiu no rol dos direitos e garantias individuais, aquele concernente à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Ora, a presente ação foi ajuizada há mais de cinco anos, período em que diversas decisões favoráveis ao pleito do recorrido foram proferidas, quer pelo Juízo de primeiro grau, quer pela instância recursal regional e, também, por diversas vezes – saliente-se – por esta Suprema Corte.

Além da efetiva probabilidade do direito, erigido a requisito essencial para a concessão da tutela de evidência, também se deve levar em consideração a prevenção daquilo que a doutrina convencionou

## ARE 1049903 TPI / CE

denominar de “dano marginal” do processo, representado pelo circunstância de que uma das partes venha a empreender resistência injustificada ao normal andamento do feito e persista, sem que isso lhe acarrete maiores consequências, nessa posição de negativa do provável direito alheio.

Nesse sentido, convém trazer à colação a lição do consagrado processualista Humberto Theodoro Júnior a respeito da norma do artigo 311, inciso I, do vigente CPC, que fundamenta a pretensão ora em análise:

"O dolo processual (abuso do direito de defesa ou prática de ato processual revelador de manifesto propósito protelatório), nesse sentido, não é, per si, o fundamento suficiente para a concessão da tutela da evidência. O que se obtém por seu intermédio é um reforço da "plausibilidade do direito". Os elementos de convicção produzidos pelo autor, autorizadores de um juízo de verossimilhança, tornam-se, após a defesa abusiva e procrastinatória, fonte de certeza, por decorrência de uma presunção legal. Não se trata, de tal sorte, de tutelar um "direito naturalmente evidente", mas de impulsionar um "salto de verossimilhança para a certeza", por força de lei e por meio de uma "presunção relativa", que, afinal, poderá ser destruída por prova contrária, provocando a revogação da tutela antecipada e o deferimento da tutela definitiva em favor do demandado que antes abusara do direito de defesa. ( ... ) A defesa abusiva ou a atitude procrastinatória do réu, faz, por opção legal, pender em favor do autor o juízo acerca da procedência das posições antagônicas defendidas no processo. A versão do autor, que em si já era verossímil, passa a revestir-se, enfim, da qualidade da certeza, diante da resistência inconsistente e maliciosa do réu. Justifica-se, por isso, a antecipação de tutela em favor do autor, visto que o prosseguimento do processo motivado pelo litigante ímprobo e o conseqüente aumento da duração do tempo necessário para atingir-se a sentença de mérito definitiva somente a ele deve ser debitado. Para evitar uma injustiça para o autor, que se acha em evidente melhor condição de merecer a tutela jurisdicional, é

## ARE 1049903 TPI / CE

que a lei lhe concede o benefício de sua antecipação provisória" (**Curso de Direito Processual Civil**. Vol I, Editora Forense, 57 ed., 2016. p. 694-695).

A caracterização do abuso do direito ou do manifesto propósito protelatório da parte deve ser feita com fundamento nas regras fornecidas pelo próprio CPC, que, em seus artigos 4º e 5º, assim dispõem, respectivamente, *in verbis*:

“Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Assim, tendo como norte tais normas fundamentais do moderno processo civil brasileiro, impende verificar se os sucessivos recursos interpostos nos autos pelo Estado do Ceará respeitam o princípio da boa-fé objetiva, vale dizer, se tais recursos eram efetivamente necessários para a defesa do direito por ele alegado e, principalmente, se eram dotados de efetivo potencial para tanto.

E a resposta é negativa, conforme dantes já asseverado, em vista da análise efetuada acerca das razões do agravo que impugna a decisão que rejeitou liminarmente o processamento dos embargos de divergência por ele interpostos nos autos.

Parece, destarte, indubitável, qualificar-se a oposição desse agravo, seguramente como exercício abusivo do direito de recorrer, pois extrapola os limites naturais dessa defesa, ao renovar postulados já reiteradamente refutados por esta Suprema Corte, tudo em prejuízo da definitiva solução do litígio e da consecução do direito postulado pelo recorrido.

Ressalte-se que não é nova a preocupação, na doutrina pátria, acerca da demora na efetivação do direito, notadamente daquele já reconhecido em Juízo.

Discorrendo sobre o que denominou de “direito evidente”, o eminente Ministro **Luiz Fux**, em texto publicado há mais de vinte anos,

## ARE 1049903 TPI / CE

relacionava-o a

“situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário carreará até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada” (**Tutela de segurança e tutela de evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 305-6).

E depois de defender, de *lege ferenda*, sua inclusão na legislação processual civil pátria, acrescentou:

“A problemática é tanto mais relevante, posto que o processo hodiernamente se encontra sob o crivo da "efetividade" dos direitos, que reclama realizabilidade prática, satisfatividade plena e celeridade. Essa dissintonia entre o processo e as novas exigências revela uma "crise", capaz de ser solucionada com "novos instrumentos", diante desse fenômeno dos "novos direitos" ou "novos anseios". Assim como nos primórdios da civilização o anseio era da justiça institucionalizada contra a justiça privada, hoje a aspiração social é a da "justiça urgente" em confronto com a "justiça ordinária e ritual” (Op. cit. p. 308).

Nesse contexto e, nos termos do artigo 311, inciso I, do CPC, parece claramente demonstrada a ocorrência do requisito necessário à concessão da pretendida tutela de evidência.

Impende observar, ainda, que a norma do parágrafo único do aludido artigo, não se constitui em óbice à concessão da presente medida, posto que deve ser interpretada como vedando a concessão de provimento liminar, “*initio litis*”, hipótese absolutamente diversa daquela retratada nestes autos, em que o andamento do feito se arrasta há mais de cinco anos e que a concessão da tutela se justifica exatamente em virtude do abuso do direito de defesa do recorrente.

## ARE 1049903 TPI / CE

Não teria sentido lógico destarte, abrir-lhe oportunidade para manifestar-se, ainda uma vez mais, nestes autos.

E, pelas mesmas razões, não há que se falar em eventual óbice representado pelas Leis nºs 8.437/92 e 12.016/09, que disciplinam a concessão de medidas cautelares contra o Poder Público, porque versam sobre hipóteses diversas daquela retratada nestes autos e porque, de resto, tais normas legais não estão em consonância com o espírito reformador da matéria, representado pela promulgação, em 2015, do vigente CPC brasileiro.

Ante o exposto, acolho o pedido do recorrido e **concedo a pretendida tutela provisória incidental**, para o fim de **determinar ao requerido o dever de nomeá-lo e empossá-lo no cargo de Procurador do Estado do Ceará, no prazo de cinco dias a contar da intimação da presente decisão, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00, em caso de descumprimento.**

Publique-se.

Intime-se.

Brasília, 30 de maio de 2017.

Ministro DIAS TOFFOLI

Relator

*Documento assinado digitalmente*