

## Jurisprudência Cível

• • •

### **RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 50.547 / RIO DE JANEIRO (2016/0089780-8)**

**RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**

**RECORRENTE: LAUDIVAN LUIS CAVALCANTI**

**ADVOGADOS: DUVAL VIANNA – RJ020526**

**ADVOGADOS: FERNANDO MONTEIRO VIANNA – RJ132892**

**RECORRIDO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PROCURADOR: JÚLIA VINHAES TORTIMA KLEIN E OUTRO(S) – RJ095276**

#### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 02/STJ. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. FRAUDE EM CONCURSO PÚBLICO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO ATO DE INVESTIDURA. ART. 42 DA LEI ESTADUAL Nº 5.891/2011. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA NÃO PROVIDO.

#### **DECISÃO**

Trata-se de recurso em mandado de segurança interposto por LAUDIVAN LUIS CAVALCANTI, com fundamento no art. 105, II, *b*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. FRAUDE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR CONCLUSIVO. DECISÃO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA QUE DECLAROU A NULIDADE DO ATO DE INVESTIDURA DO IMPETRANTE, COM CESSAÇÃO DO VÍNCULO FUNCIONAL MANTIDO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO EM RAZÃO DE PARTICIPAÇÃO DO IMPETRANTE NA FRAUDE. OBJETIVA O REQUERENTE NO PRESENTE *WRIT* QUE SEJA APRECIADO PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA NO MINISTÉRIO PÚBLICO O RECURSO

ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE, UMA VEZ QUE CABE RECURSO PARA O COLEGIADO DE PROCURADORES APENAS NO CASO DE DEMISSÃO CONFORME DISPÕE O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DA LEI ESTADUAL Nº 5.891/2011, E NÃO NO CASO DE ATO QUE FOI DECLARADO NULO. SÚMULA 473 DO STF. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO COMPROVADO. DENEGA-SE A SEGURANÇA, JULGANDO-SE EXTINTO O PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 269, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Sustenta a parte recorrente que a regra do art. 42 da Lei nº 5.891/2011 deve ser aplicada, por extensão, à hipótese de declaração de nulidade de ato de investidura, em razão do direito ao duplo grau de jurisdição.

Foram ofertadas contrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo nº 2/STJ:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Sobre a querela nos autos, marcou o Tribunal *a quo*:

Cuida-se de Mandado de Segurança no qual o Impetrante objetiva ver determinada a remessa dos autos do Processo Administrativo nº 2013.00945049, ao Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público, a fim de ser apreciado o recurso interposto, uma vez que tal pleito não foi admitido pela autoridade apontada como coatora.

O ponto nodal do presente *writ* cinge-se no sentido de ser cabível, ou não, recurso para o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público, em processo disciplinar, que declarou nulo o ato de investidura do Impetrante.

O Impetrante fundamenta seu pedido no art. 5º, VIII, do Regimento Interno do Órgão Especial, bem como no art. 42, parágrafo único, da Lei Estadual, para que sejam remetidos os autos do processo administrativo ao Órgão Colegiado.

A decisão prolatada pelo Impetrado nos autos do Processo Administrativo mencionado foi no sentido de declarar nulo o ato de investidura do servidor no cargo efetivo, em razão de participação deste em fraude no concurso de que participou.

Considerando a nulidade do ato de provimento do cargo público, não há que se falar, em rigor lógico, em demissão enquanto sanção de natureza disciplinar. Afinal, o ilícito precedeu a investidura no cargo, viabilizando a sua realização. O que se tem, em verdade, é a pura e simples desconstituição do vínculo funcional, cujo efeito lógico e inevitável, embora similar a demissão, dele se distingue. Ainda deve ser ressaltado que a instauração do processo administrativo conferiu amplas possibilidades de defesa ao servidor, o que agasta qualquer dúvida em relação aos cuidados tomados para a prática de um ato que acarretará inevitáveis reflexos na esfera jurídica individual.

Pelas razões expostas, DECLARO a nulidade do ato de investidura do servidor Laudivan Luis Cavalcanti, isso em razão da ausência do seu pressuposto constitucional de validade, o concurso público, e, em consequência, DETERMINO a imediata cessão do vínculo funcional mantido com o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

No exercício da autotutela, a Administração Pública tem o direito de anular os próprios atos administrativos quando eivados de vícios que os tornem ilegais nos termos da Súmula nº 473 do STF:

“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” Ressalte-se o entendimento de que, em se tratando de um ato administrativo nulo, o decurso do tempo não convalida o que nasceu nulo, dada a imprescritibilidade fundamental das nulidades. (REsp. 311.044/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 27-8-2002, DJ 23-9-2002, p. 401.)

Ademais, inexistente vício no processo administrativo instaurado em face do Impetrante, pois tomou ciência da ilegalidade apurada naquele procedimento, sendo-lhe facultado o livre exercício do contraditório e da ampla defesa, em respeito ao devido processo

legal, ensejando decisão administrativa bem fundamentada, que acolheu o relatório final apresentado pela comissão e determinou a exoneração da servidora.

Acrescenta-se que os atos administrativos detêm a presunção de legalidade e legitimidade, o que não pode ser afastado sem que haja prova que conduza a entendimento contrário, isto é, que o ato administrativo atacado se encontre inquinado de vício insanável.

No que tange ao pedido de apreciação do recurso pelo Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público no Processo Administrativo em que restou decidido pela nulidade do ato de investidura do Impetrante, tal pleito não prospera, uma vez que somente é admissível tal hipótese no caso de demissão, conforme expresso no parágrafo único do art. 42 da Lei Estadual nº 5.891/2011, a qual dispõe sobre o quadro permanente dos servidores auxiliares do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências.

Art. 42. Compete ao Secretário-Geral do Ministério Público a aplicação de sanções disciplinares, exceto a de demissão, aos servidores ocupantes de cargo do Quadro Permanente dos Serviços Auxiliares do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, cabendo recurso da decisão, no prazo de quinze dias, ao Procurador-Geral de Justiça.

Parágrafo único. A sanção de demissão, proposta pelo Secretário-Geral do Ministério Público, será aplicada pelo Procurador-Geral de Justiça, com recurso para o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, observado o mesmo prazo previsto no *caput* deste artigo.

A decisão prolatada pela autoridade Impetrada não se trata de demissão, mas de anulação de ato de investidura, não se aplicando, deste modo, as regras do art. 42, parágrafo único, da Lei nº 5.891/2011. Como visto, o Impetrante não foi demitido, mas sim declarado nulo o ato de sua investidura no cargo. A norma legal que fundamenta a pretensão deduzida na peça inaugural não ampara o suposto direito subjetivo do Impetrante, o que, conseqüentemente, leva à denegação do *writ*. [...]

Segundo a clássica definição de Hely Lopes Meirelles, com fundamento no art. 5º, LXIX, da Constituição da República, o mandado de segurança é “o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*,

lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

Com maestria, o ilustre doutrinador, em suas lições, conceitua direito líquido e certo:

É o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda não indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

A autoridade coatora prolatou sua decisão com fundamento na ausência de regular aprovação em concurso público, em plena subsunção ao que estabelece o art. 37, II e §2º da Constituição da República:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...) II - 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;

(...) §2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

A interpretação da norma constitucional nos orienta no sentido de que atos administrativos decorrentes de violação aos princípios de legalidade e moralidade administrativa são nulos de pleno direito e a gravidade do vício faz com que jamais possam ser objeto de convalidação. [...]

Pelas motivações acima expositadas, não prospera a pretensão deduzida na peça exordial, uma vez que a norma legal que embasou pretensão do Impetrante não se aplica ao caso de nulidade de investidura de cargo, mas, tão somente, quando se trata de demissão.

Para o Ministério Público Federal:

O recorrente, servidor do Ministério Público do Rio de Janeiro, foi submetido a processo administrativo disciplinar que concluiu pela sua participação em fraude no concurso no qual foi aprovado, motivo por que teve sua investidura declarada nula – fls. 61/112 e 256/262.

Interpôs recurso administrativo ao Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro, tendo o Procurador-Geral de Justiça acolhido parecer da Consultoria Jurídica que entendeu não haver competência daquele órgão porque não foi aplicada penalidade de demissão e, no mérito, pela manutenção do *decisum* – fls. 264/322.

Inconformado, impetrou o presente *mandamus*, no qual alega que o duplo grau é obrigatório na esfera administrativa por força do Pacto de São José da Costa Rica e deve ser aplicado, por analogia, o art. 42, parágrafo único, da Lei Estadual nº 5.891/2011, e o art. 5º, VIII, do Regimento Interno do Colégio de Procuradores, que preveem recurso para este nos casos de demissão – fls. 1/7.

A ordem foi denegada sob o fundamento de que o recurso previsto na Lei Estadual nº 5.891/2011 e no Regimento Interno do Colégio de Procuradores diz respeito somente à hipótese de demissão – fls. 188/196. [...]

Nos processos administrativos e judiciais, devem ser observadas as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, na forma do art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.

Do exame das normas constitucionais acima referidas, não se extrai a obrigatoriedade da previsão legal de recurso em todos os processos administrativos.

Daí porque o Supremo Tribunal Federal ter decidido que o princípio do duplo grau de jurisdição não constitui garantia constitucional nem mesmo implícita [...]. Tal entendimento decorre do fato de que a própria Constituição prevê a possibilidade de que determinadas causas sejam julgadas em única instância. Tanto é assim que o artigo 102, III, da Constituição Federal dispõe que “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe (...) julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância”.

Constata-se, assim, que tanto nos processos judiciais como nos administrativos, o duplo grau de jurisdição não é um princípio que se consubstancia em garantia constitucional. [...]

Em síntese, o que a Constituição veda é a imposição de óbice à interposição de recurso administrativo previsto em lei, mediante critério que viole outros preceitos constitucionais, a exemplo dos princípios da isonomia, da ampla defesa e do contraditório.

Sob outro prisma, não se pode esquecer que a previsão de julgamento de determinados processos administrativos em instância única não gera prejuízos à parte, pois, no ordenamento jurídico, vigora o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto expressamente no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Em vista desse princípio, a parte interessada pode recorrer ao Poder Judiciário caso entenda que a decisão da instância única administrativa padece de algum vício ou ilegalidade.

Com efeito, no processo administrativo, devem ser respeitadas as garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, sem obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição.

No caso, o art. 42, parágrafo único, da Lei Estadual nº 5.891/2011 estabelece que a sanção de demissão, proposta pelo Secretário-Geral do Ministério Público, será aplicada pelo Procurador-Geral de Justiça, com recurso para o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, no prazo de 15 dias.

Por sua vez, o art. 5º, VIII, do Regimento Interno do Colégio dos Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro dispõe que compete ao seu Órgão Especial julgar recurso contra decisão condenatória em processo disciplinar de servidor do Ministério Público quando aplicada pena de demissão.

Verifica-se do Despacho do Procurador-Geral em exercício em 27/01/2015 que o recorrente teve declarada nula sua investidura em razão de ausência de pressuposto constitucional de validade, qual seja, o concurso público, com a respectiva cessação do vínculo funcional – fl. 262.

Com efeito, não houve aplicação de pena de demissão pela prática de infração disciplinar, motivo pelo qual são inaplicáveis os arts. 42, parágrafo único, da Lei Estadual nº 5.891/2011 e 5º, VIII, do Regimento Interno do Colégio dos Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Portanto, tendo em vista que não é obrigatório o duplo grau de jurisdição na esfera administrativa e que não há previsão legal de recurso administrativo, deve ser mantido o aresto recorrido.

Sabe-se que o procedimento da ação de mandado de segurança caracteriza-se primordialmente pela via angusta decorrente da necessidade de que o feito tramite celeremente, em razão de o bem da vida buscado pela parte impetrante consistir na cessação de lesão ou ameaça de lesão a um direito seu por ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública.

O Mandado de Segurança detém entre seus requisitos a demonstração inequívoca de direito líquido e certo pela parte impetrante, por meio da chamada prova pré-constituída, inexistindo espaço para dilação probatória na célere via do “*mandamus*” (RMS 45.989/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 06/04/2015).

Pretende o impetrante a aplicação de norma fora de seu pressuposto fático, uma vez que o art. 42 da Lei nº 5.891/2011 não se aplica à hipótese de declaração de nulidade de ato de investidura.

Daí porque observo não haver a comprovação de direito manifesto, delimitado e apto a ser exercido.

ADMINISTRATIVO. PRÓ-DF. CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO. PRÉ-INDICAÇÃO DA ÁREA. CONCESSÃO ONEROSA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSÊNCIA.

1. (...).

2. Conforme ensina Hely Lopes Meirelles (Mandado de Segurança, 35ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 37), “direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais”.

3. (...).

4. (...).

5. (...).

6. Agravo Regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no RMS 40.803/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 10/09/2015.)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO NO MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. [...].

1. O rito do Mandado de Segurança demanda a comprovação *initio litis* dos fatos em que se funda o direito líquido e certo invocado pelo impetrante.

2. Ausência nos autos de comprovação pré-constituída da violação a direito líquido e certo a ser amparado por *writ*.

3. “O direito líquido e certo, para fins de mandado de segurança, é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36/37.)

4. (...).

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RMS 30.427/PE, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 30/09/2013.)

De outra parte, esta Corte Superior de Justiça já se manifestou no sentido de que “não há, na Constituição de 1988, garantia de duplo grau de jurisdição administrativa”. (RMS 22064/MS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA, SEXTA TURMA, DJe 05/10/2011; AgRg no REsp 1279053/AM, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJe 16/03/2012)

Ante o exposto, com fulcro no artigo 932, inciso IV, alínea *a*, do CPC/2015 c/c artigo 34, inciso XVIII, alínea *b* do RISTJ, nego provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 24 de novembro de 2016.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

Relator