



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1973061 - RJ (2021/0265535-0)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : GABRIELA DE PAULA ROCHA
ADVOGADOS : MARIAH DE CAMPOS PINTO - DF027079
CAMILA TÁSSIA SACRAMENTO MENDONÇA - RJ189739
DAVID ALFREDO NIGRI - RJ086149
AGRAVADO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : CRISTIANO FRANCO MARTINS - RJ089451

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489, § 1º, E 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. ARTS. 493 E 1.000 DO CPC/2015. TESE RECURSAL NÃO PREQUESTIONADA. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTE DO STJ E STF. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra **decisum** publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de Ação Ordinária ajuizada pela parte ora recorrente, com o objetivo de declarar desproporcional e irrazoável os critérios do teste de aptidão física estabelecidos no edital do concurso público que prestou. Julgada procedente a demanda, recorreu o réu, tendo sido reformada a sentença, pelo Tribunal local. Daí a interposição do presente Recurso Especial.

III. Não há falar, na hipótese, em violação aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, II, do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Na forma da jurisprudência do STJ, não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, EDcl no REsp 1.816.457/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/05/2020; AREsp 1.362.670/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/10/2018; REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008.

V. Por simples cotejo das razões recursais e dos fundamentos do acórdão recorrido, percebe-se que a tese recursal vinculada aos arts. 493 e 1.000 do CPC/2015, não foi apreciada, no voto condutor, não tendo servido de fundamento à conclusão adotada pelo Tribunal de origem, incidindo o óbice da Súmula 211/STJ.

VI. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei"

(STJ, REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 10/04/2017).

VII. A jurisprudência do STJ orienta-se no sentido da inaplicabilidade, em regra, da teoria do fato consumado, em matéria de concurso público, especialmente para consolidar situação constituída por força de decisão judicial precária, posteriormente cassada (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 566.853/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/02/2015). Tal entendimento restou pacificado pelo STF, no julgamento do RE 608.482/RN, sob o regime da repercussão geral, no sentido de que "não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado" (STF, RE 608.482, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, DJe de 30/10/2014). No mesmo sentido: STJ, AgRg no AREsp 171.729/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/03/2016).

VIII. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 21/03/2023 a 27/03/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 27 de março de 2023.

Ministra ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno interposto contra decisão de minha lavra, que conheceu do Agravo, para conhecer parcialmente do Recurso Especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

Inconformada, sustenta a parte agravante que "suscitou, em sede de Embargos de Declaração, que o E. TJRJ se manifestasse acerca da ausência de precariedade no ato de sua nomeação, matéria extremamente relevante para o deslinde da controvérsia, uma vez que a fundamentação jurídica do v. Acórdão encontrava-se pautada por premissa fática equivocada, sendo certo que a matéria suscitada em sede de aclaratórios era extremamente relevante para o deslinde da controvérsia. (...) Ademais, o v. acórdão objurgado foi omissivo quanto à alegação de violação ao disposto no art. 54 da Lei n. 9.784/99, uma vez que o direito da Administração Pública de anular os atos administrativos decai em cinco anos e, na espécie, o ato administrativo que deu posse a Autora fora praticado há cerca de uma década, ou seja, muito após o prazo decadencial estabelecido no supracitado dispositivo legal. (...) o fundamento para o improvimento do Recurso Especial aviado pelo ora Agravante se deu pelo fato de o v. Acórdão recorrido supostamente ter se alinhado a jurisprudência desse E. STJ, no sentido de reconhecer a validade do teste aptidão física quando houver previsão em lei e no edital. (...) Na espécie, a ora Agravante prestou concurso público para preenchimento de vaga do quadro de oficial de saúde na especialidade de Dentista e o TAF realizado, conforme parecer do d. Ministério Público nas instâncias ordinárias, não guarda nenhuma pertinência com a atividade desenvolvida por ela, (...) Dessa forma, muito embora exista a previsão em lei e no edital do certame, o teste físico deve guardar relação com o cargo ocupado, que, repita-se, é de DENTISTA (...) Ademais, a utilização dos mesmos critérios de avaliação entre candidatos do sexo masculino e feminino no Teste de Aptidão Física (TAF), como forma de ingresso no serviço público, é ilegal e afronta os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade previstos no art. 2º da Lei 9.784/99, visto que subsiste sensível diferença entre homens e mulheres em suas constituições físicas. (...) A r. Decisão objurgada, no que se refere a alegação de violação dos arts. 54 da Lei 9.785 e art. 6 da LINDB, suscitadas pela ora Agravante em sede de Embargos de Declaração, negou provimento ao Recurso Especial interposto, com fundamento no verbete de Súmula 568 do STJ, uma vez que o E. TJRJ teria sido prolatado em consonância com entendimento dominante acerca do tema, (...) Ocorre, contudo, que o ora Agravante em nenhum momento pretendeu a aplicação da teoria do fato consumado à hipótese ora em exame, ao réves, em todas as suas manifestações a ora Agravante se manifestou no sentido de que o presente feito se difere da tese jurídica abarcada pelo julgamento do RE 608.482/RN, que seria a inaplicabilidade da teoria do

Superior Tribunal de Justiça

fato consumado para posse em cargo público por força de liminar, uma vez que não estamos diante de uma posse de natureza precária. (...) Dessa forma, o E. TJRJ, ao dar provimento ao Recurso de Apelação da Agravada, ao contrário do afirmado pela r. decisão ora agravada infringiu a legislação infraconstitucional e, portanto, merece ser reformado, conforme amplamente demonstrado nas razões do Recurso Especial".

Por fim, requer o provimento do recurso.

Intimada, a parte agravada deixou transcorrer **in albis** o prazo para manifestação.

É o relatório.

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.973.061 - RJ (2021/0265535-0)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : GABRIELA DE PAULA ROCHA
ADVOGADO : DAVID ALFREDO NIGRI - RJ086149
ADVOGADOS : MARIAH DE CAMPOS PINTO - DF027079
CAMILA TÁSSIA SACRAMENTO MENDONÇA - RJ189739
AGRAVADO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : CRISTIANO FRANCO MARTINS - RJ089451

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489, § 1º, E 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. ARTS. 493 E 1.000 DO CPC/2015. TESE RECURSAL NÃO PREQUESTIONADA. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTE DO STJ E STF. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra **decisum** publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de Ação Ordinária ajuizada pela parte ora recorrente, com o objetivo de declarar desproporcional e irrazoável os critérios do teste de aptidão física estabelecidos no edital do concurso público que prestou. Julgada procedente a demanda, recorreu o réu, tendo sido reformada a sentença, pelo Tribunal local. Daí a interposição do presente Recurso Especial.

III. Não há falar, na hipótese, em violação aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, II, do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Na forma da jurisprudência do STJ, não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, EDcl no REsp 1.816.457/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/05/2020; AREsp 1.362.670/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/10/2018; REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008.

V. Por simples cotejo das razões recursais e dos fundamentos do acórdão recorrido, percebe-se que a tese recursal vinculada aos arts. 493 e 1.000 do CPC/2015, não foi apreciada, no voto condutor, não tendo servido de fundamento à conclusão adotada pelo Tribunal de origem, incidindo o óbice da Súmula 211/STJ.

VI. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez

constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei" (STJ, REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 10/04/2017).

VII. A jurisprudência do STJ orienta-se no sentido da inaplicabilidade, em regra, da teoria do fato consumado, em matéria de concurso público, especialmente para consolidar situação constituída por força de decisão judicial precária, posteriormente cassada (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 566.853/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/02/2015). Tal entendimento restou pacificado pelo STF, no julgamento do RE 608.482/RN, sob o regime da repercussão geral, no sentido de que "não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado" (STF, RE 608.482, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, DJe de 30/10/2014). No mesmo sentido: STJ, AgRg no AREsp 171.729/RS, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/03/2016).

VIII. Agravo interno improvido.

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Não obstante os combativos argumentos da parte agravante, as razões deduzidas neste Agravo interno não são aptas a desconstituir os fundamentos da decisão atacada, que merece ser mantida.

Na origem, consoante relatado na origem, "trata-se de ação ordinária proposta pela autora ao argumento de que prestou concurso público, tendo sido aprovada no exame teórico, porém reprovada no exame físico, para o Quadro de Oficiais da Saúde do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro. Considerando que a exigência física não é compatível com o cargo que ocupará, requer a seja considerada apta ao Curso de Formação".

O Juízo de 1º Grau julgou procedente o pedido, nos seguintes termos:

"A hipótese não comporta maiores delongas e a teor das provas produzidas, sendo que resta apenas a análise jurídica dos fatos apresentados.

E dentro desta análise, **evidencia-se no presente caso a clássica hipótese da teoria do fato consumado.**

Muita embora não se discuta a legalidade da exigência do exame físico como critério de oportunidade e conveniência da Administração Pública para a seleção dos melhores candidatos para determinada carreira, bem como a compatibilidade do exame com o cargo que a autora pleiteava, **fato é que a mesma prosseguiu no concurso, foi inscrita no curso de formação, por decisão judicial, e restou aprovada.** E, conforme fls. 255/318, atualmente ocupa o cargo de 1º TEN DENTISTA.

Assim, conforme ampla jurisprudência pátria, **a situação jurídica consolidada pelo tempo deve ser respeitada, privilegiando-se a segurança jurídica e a estabilidade das relações em detrimento de uma mera adequação formal.**

Por outro lado, no houve prejuízo aos demais candidatos na medida em que já houve o procedimento de investidura dos candidatos aprovados e classificados dentro do número de vagas, não havendo preterição de outro candidato em função da aprovação da parte autora.

Por fim, estando a parte autora no pleno exercício de suas atividades, isto demonstra que, embora razoável a fixação de critérios de capacidade física para ingresso no quadro da saúde do CBMERJ, resta claro que tais parâmetros devem guardar proporcionalidade, diante da compleição física de cada sexo, 'o que deve ser seguido inclusive em relação ao teste físico, para que sejam realizadas provas distintas para os candidatos de sexo masculino e feminino. Portanto, o simples e regular atuar da parte autora demonstra que ela possuía

capacidade física para ocupar o cargo.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na petição inicial **para confirmar a tutela deferida**, condenando a parte ré no pagamento de honorários que fixo em 10% sobre o valor da causa".

O Tribunal de origem, por sua vez, reformou a sentença, firme na seguinte compreensão, **in verbis**:

"(...) no que se refere à possibilidade de anulação de provas de concurso público, firmou-se na jurisprudência o entendimento segundo o qual, via de regra, não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios na formulação e correção das provas.

Com efeito, em respeito ao princípio da separação de poderes consagrado na Constituição Federal, é da banca examinadora desses certames a possibilidade de sua análise.

Excepcionalmente, contudo, em havendo flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público, por ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade.

A hipótese dos autos, todavia, não se insere nesta situação excepcional, uma vez que pretende valorar nível de necessidade da prova e critério de avaliação, o que é vedado ao Poder Judiciário, que deve limitar-se a verificar a legalidade do ato praticado.

(...)

Na hipótese dos autos, o edital é claro e minucioso quanto à prova física, não se verificando violação de qualquer dispositivo constitucional a mera exigência de mesmo esforço de homens e mulheres.

Ademais, a autora não se insurgiu contra o edital no momento de sua edição, mas tão-somente quando foi reprovada.

Os critérios utilizados para a avaliação física dos candidatos estão em consonância com as regras previstas no edital do concurso e eram de conhecimento da autora, que os aceitou no momento da inscrição.

A utilização dos mesmos critérios para avaliação de candidatos do sexo masculino e feminino e de diferentes faixas etárias mostra-se compatível com o princípio da razoabilidade, já que o próprio exercício da atividade de bombeiro militar tem como requisito primordial a boa condição física.

A existência de outras candidatas aprovadas no exame físico em tela demonstra que as provas aplicadas não eram impossíveis de realização por candidatas do sexo feminino.

Ressalte-se que o fato de a autora ter concorrido ao cargo não autoriza o afastamento da necessidade de teste físico. Não cabe ao

Judiciário estabelecer quais os critérios para a avaliação de candidatos a concurso público, sob pena de afronta à separação de poderes.

Além disso, os membros da Administração possuem maiores conhecimentos quanto às necessidades físicas para exercício do cargo, devendo ser destacado que o fato de ser integrante do Corpo de Bombeiros torna plausível a exigência de aptidão física.

Não se verifica, portanto, qualquer irregularidade no ato administrativo, que foi pautado em critérios objetivos previstos no edital.

Qualquer outro posicionamento ocasionaria direta influência no mérito administrativo e, conseqüentemente, na esfera de poder alheio, ferindo a ordem constitucional de separação dos poderes e a isonomia entre os candidatos.

(...)

Quanto à aplicação da teoria do fato consumado, melhor sorte não assiste à autora.

A teoria do fato consumado é uma exceção à aplicação do direito em respeito à segurança jurídica, ou seja, ela foi criada para assegurar situações jurídicas já consolidadas pelo decurso do tempo.

A teoria do fato consumado opera em face da inexorabilidade do fator tempo, incide para equilibrar os princípios da legalidade e da igualdade de condições de acesso à educação com o princípio da segurança jurídica.

No entanto, a posse da autora ocorreu de forma totalmente precária, uma vez que sua permanência no concurso público se deu em cumprimento de provimento de caráter liminar.

Em relação ao tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n.º 608.482/RN, de relatoria do Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe 07.08.2014, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional nele suscitada e, no mérito, reafirmou o entendimento no sentido da impossibilidade de manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado.

(...)

A Suprema Corte firmou o entendimento no sentido de que, na ponderação de princípios aplicáveis ao caso, deve prevalecer a princípio do concurso público diante o notório caráter precário dos provimentos liminares.

Assim, considerando que a autora só permaneceu no concurso em razão de provimento de caráter liminar, bem como a regra do art. 927, III, do NCPD, impossível a invocação da teoria do fato consumado para manter a autora em seu cargo".

Em sede de Embargos de Declaração, ressaltou a parte recorrente que:

"À fl. 157, o d. Juízo a quo concedeu a liminar para que a Embargante realizasse as demais etapas do concurso, tendo sido aprovada em todas as fases realizadas, conforme atestam os documentos de fls. 257/318, inclusive no teste físico, que surpreendentemente foi reputado como não satisfatório, conforme requerido na inicial.

Após a realização de todas as etapas, foi a Embargante convocada para participar do Curso de Formação, tendo, em seguida, sido nomeada e empossada no cargo efetivo de 1º Tenente BM Dentista, do Quadro de Oficiais de Saúde do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro (fl. 285), por ato exclusivo e espontâneo da Administração Pública, já que a liminar não cuidava de nomeação e, muito menos, posse.

(...)

A decisão de fl. 157 determinou em caráter liminar tão somente a permanência da Autora, ora Embargante no certame, conforme requerido na inicial.

A Embargante obteve boa classificação geral e apresentou os melhores resultados em todas as etapas do concurso para ingresso no Quadro de Oficiais de Saúde do CBMRJ, logo, tem-se que a mesma possui capacidade física que lhe permite o exercício da função de 1º Ten. do Corpo de Bombeiro Militar.

Após a conclusão com êxito no Curso de Formação, a Administração Pública diligentemente nomeou e empossou a Embargante no cargo efetivo, tendo em vista que esta cumpriu com êxito todas as etapas do concurso, inclusive a aprovação no teste físico.

Assim, há exatos 09 (nove) anos a Embargante se encontra em pleno exercício de suas funções com excelente desempenho, tendo sido aprovada no estágio probatório.

(...)

Uma vez que o ato de investidura já foi consumado, presumindo-se que a Administração Pública verificou que a Embargante cumpriu com êxito todas as etapas do certame previstas no edital, podemos concluir que estamos diante de um ato jurídico legítimo, perfeito, gerador de um direito adquirido e que já se incorporou definitivamente ao patrimônio e à personalidade do seu titular, de modo que não pode ser neste momento anulado seja por decisão judicial ou até mesmo pela própria Administração, por força do art. 54, da Lei nº 9.784/99".

Após a rejeição dos Declaratórios, interpôs Recurso Especial, alegando que houve ofensa aos arts. 489, § 1º, 493, 1.000 e 1.022, II, do CPC/2015, assim como aos arts. 2º e 54 da lei 9.784/99 e 6º da LINDB. Para tanto, sustenta:

"3 —DA PRELIMINAR DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489, § 1º e 1.022, II, DO NCPC

O E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao dar provimento ao

Recurso de Apelação interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios pelo ora Recorrente, foi omissa em aspecto importante para o deslinde da controvérsia. Explica-se:

O v. acórdão recorrido, no tocante ao tema relacionado à aplicação da teoria do fato consumado à espécie, consignou, expressamente, que 'considerando que a autora só permaneceu no concurso em razão de provimento de caráter liminar, bem como a regra do art. 927, III, do NCPC, impossível a invocação da teoria do fato consumado para manter a autora em seu cargo' (fls. 480/481).

(...)

Ocorre, contudo, que o processo de investidura da Recorrente em cargo público se deu por ato vinculado da Administração Pública que, certamente, após ter verificado seu excelente resultado em todas as fases do concurso, bem como o equívoco que havia praticado com a sua eliminação do certame, a nomeou e a empossou para o exercício do cargo público, sendo certo que jamais fora concedida qualquer liminar assegurando a posse da ora Recorrente. Ou seja, a posse da Recorrente no mencionado cargo não se deu de forma precária.

A nomeação da Recorrente, conforme se verifica do Decreto de 19 de setembro de 2008, de autoria do Governador do Estado do Rio de Janeiro, ocorreu com base no art. 18 e seu parágrafo único, da Lei Estadual nº 880/85 (Estatuto dos Bombeiros Militares), e se deu pela devida aprovação e classificação em concurso público, conforme consta expressamente no referido Decreto, juntado aos presentes autos, publicado no dj-e do dia 22 de setembro de 2008.

(...)

Ora, o Tribunal a quo rejeitou os embargos de declaração afirmando 'que já havia se manifestado sobre a questão de a autora ter ficado por 09 anos no exercício do cargo'. Ocorre, contudo, que a controvérsia suscitada nos Embargos de Declaração não era relacionada ao tempo de exercício do cargo público e sim a natureza jurídica de seu provimento, uma vez que o acórdão consignou expressamente que a autora somente tomou posse por força de decisão liminar, situação fática que não corresponde a realidade processual da presente demanda.

Ademais, o v. acórdão objurgado foi omissa quanto à alegação de violação ao disposto no art. 54 da lei nº 9.784/99, uma vez que o direito da Administração Pública de anular os atos administrativos decai em cinco anos e, na espécie, o ato administrativo que deu posse a Autora fora praticado há cerca de uma década, ou seja, muito após o prazo decadencial estabelecido no supracitado dispositivo legal.

(...)

4 — DO MÉRITO 4.1 - DA VIOLAÇÃO AOS ART. 2º, CAPUT, E IV E ART. 54 DA LEI Nº 9.784/89- PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE E DA BOA-FÉ OBJETIVA, BEM COMO A VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO ('VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM') - DA VIOLAÇÃO AO ART.

6º, §§ 1º e 2º, DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO.

A nomeação da ora Requerente, conforme se verifica do Decreto de 19 de setembro de 2008, de autoria do Governador do Estado do Rio de Janeiro, foi com base no art. 18 e seu parágrafo único, da Lei Estadual nº 880/85 (Estatuto dos Bombeiros Militares), e se deu pela devida aprovação e classificação em concurso público, conforme consta expressamente no referido Decreto, publicado no dj-e do dia 22 de setembro de 2008.(fls. 351) A ora Recorrente, em sede de contrarrazões consignou que o ato administrativo que a investiu no cargo público em comento ocorreu por vontade exclusiva e espontânea da própria Administração Pública, em estrita observância da lei e das regras previstas no edital.

(...)

Conforme se verifica acima, a medida cautelar concedida pelo juiz singular FOI TÃO-SOMENTE NO SENTIDO DE DETERMINAR A PERMANÊNCIA DA REQUERENTE NO CERTAME.

Tanto é que o i. Magistrado a quo, quando da prolação da sentença, consignou expressamente que a liminar deferida cingia-se exclusivamente à manutenção da Recorrente nas demais etapas do concurso, ou seja, NÃO houve decisão judicial determinando a sua nomeação e posse, conforme se verifica à fl. 327.

Sucedee, porém, que o Estado do Rio de Janeiro, muito antes de ser julgado o feito em primeiro grau de jurisdição, reconhecendo a ilegalidade por ele praticada, que havia equivocadamente excluído a autora do certame, nomeou e deu posse à ora requerente, tudo de modo espontâneo e sem existência de qualquer ordem judicial nesse sentido.

(...) Assim, considerando que o processo de investidura do Recorrente no cargo público se deu em estrita observância a lei e as regras previstas no edital, em decorrência da sua aprovação em todas as etapas do certame, fez nascer para a mesma a confiança legítima frente às expectativas geradas pela Administração Pública no que diz respeito aos direitos e garantias que lhe são conferidos em decorrência da aprovação em concurso público.

O princípio da confiança legítima, que possui natureza essencialmente subjetiva, se relaciona com o princípio da segurança jurídica, analisado sob um enfoque subjetivo, que por sua vez está relacionado à estabilização do ordenamento jurídico, a partir do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, expressamente estabelecidos no art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, in verbis:

(...) A confiança da Recorrente não foi extraída de uma mera expectativa de direito, mas sim de uma expectativa qualificada que consiste na APROVAÇÃO em todas as etapas do concurso público para o cargo de 1º Ten. Dentista, além de um PROCESSO DE INVESTIDURA LEGÍTIMO, PERFEITO E ACABADO, em estrita observância a lei e às regras do edital. Ademais, como os atos administrativos se revestem de força normativa, parece razoável que a confiança daqueles que acreditaram na sua

aparência de legitimidade seja protegida.

Sob esse enfoque se encontra o intuito do legislador da Lei nº 9.784/99, no art. 54, ao consagrar a estabilidade das relações jurídicas através do princípio da segurança jurídica, in verbis:

(...)

4.2 — DA ILEGALIDADE DO TAF E DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE — ART. 2º DA LEI 9.784/99 O v. acórdão objurgado, no que se refere à necessidade de realização do Teste de Avaliação Física (TAF) consignou o seguinte:

(...)

Conforme se verifica do julgado acima, o STF firmou jurisprudência no sentido de que a prova de esforço físico deve ser exigida conforme o cargo ou função a ser exercida.

Na espécie, a situação é extremamente semelhante ao que restou decidido nos autos do RE 505.654, acima transcrito, uma vez que o cargo ocupado pela ora Recorrente é de DENTISTA e, portanto, se mostra desproporcional a exigência de Teste de Aptidão Física para o seu provimento.

A recorrente não desconhece que a exigência de testes de capacitação física para inscrição em Concursos Públicos em geral é válida, se prevista em lei e no edital do certame. Todavia, a realização do Teste de Aptidão Física (TAF) para o provimento de determinados cargos deve observar os Princípios da Isonomia, Razoabilidade e Igualdade, nos termos do art. 37 da Constituição Federal, bem como no art. 2º, da lei nº 9.784/99, podendo tal exigência tornar-se inconstitucional e discriminatória.

(...)

Ademais, viola igualmente o princípio da razoabilidade a cobrança de exercícios físicos sem qualquer distinção entre homens e mulher, pois pela própria constituição orgânica do ser humano o homem tem mais força que a mulher, não sendo razoável cobrar de homens e mulheres os mesmos resultados em uma prova física.

4.3 DA VIOLAÇÃO AO ART. 493 DO CPC

Como exaustivamente alegado acima, a nomeação e posse da ora Recorrida se deram de forma espontânea. A expedição do decreto de nomeação da ora Recorrente, após a propositura da ação, foi um fato modificativo que influiu diretamente no mérito e, portanto, deveria ter sido levado em consideração no momento da decisão.

Todavia, o E. TJRJ ao julgar o caso, não levou em consideração o fato de o Recorrido ter nomeado e dado posse espontaneamente a ora Recorrente, violando desse modo, o previsto no art. 493 do CPC.

Isso porque o art. 493 consagra a máxima segundo a qual a decisão, seja ela de primeiro ou de segundo grau de jurisdição, deve refletir o estado de fato e de direito existente no momento do julgamento da demanda. Ou seja, ele autoriza que se dê relevância a qualquer fato ou direito superveniente que possa, ou deve, ser considerado pelo juiz no momento de julgar.

O que se quer realçar com essa digressão sobre a aplicação do art. 493, do CPC, é que o ato de investidura, ou seja, o ato administrativo que investiu a

Recorrente no cargo efetivo de 1º Tenente Dentista, do Quadro de Oficiais de Saúde do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro deve ser visto como fato espontâneo superveniente (novo), visto que é posterior a propositura da demanda.

(...)

Assim, considerando as razões expostas acima, conclui-se que o v. acórdão guerreado cometeu grave violação ao art. 493, do CPC, uma vez que fatos e direitos supervenientes e de suma importância para o deslinde da lide não foram considerados quando da sua prolação, consistindo em erro de julgamento, conforme entendimento incontroverso desta Corte Superior.

(...)

4.4 DA VIOLAÇÃO AO ART. 1.000 DO CPC

A expedição do Decreto de 19 de setembro de 2006, de autoria do Governador do Estado do Rio de Janeiro, nomeando a Recorrida, sem qualquer ordem judicial o obrigando a realizar tal ato, caracteriza, claramente, ato incompatível com a vontade de recorrer, pois ao nomear espontaneamente e sem qualquer ressalva a então candidata, o Estado do Rio de Janeiro entendeu que todas as etapas do certame haviam sido cumpridas e que a Recorrente estava apta ao cargo.

É de clareza solar que a nomeação espontânea da Recorrente, sem qualquer ressalva, é ato incompatível com a vontade de recorrer, desse modo, há flagrante violação ao parágrafo único do art. 1.000 do CPC.

Por fim, salienta-se que não se aplica ao presente caso o previsto no art.

1.030, II do CPC, visto que no presente caso não há divergência com entendimento do STF exarado em regime de recurso repetitivo, uma vez que no presente caso a posse no cargo se deu forma espontânea, não caracterizando, portanto, posse precária.

4.5 DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

Em caso extremamente semelhante ao dos autos, entendeu o E. Tribunal de Justiça da Paraíba que não há falar em impossibilidade de aplicação da teoria do fato consumado quando a posse do então candidato se dá de forma espontânea pela Administração Pública, não havendo desse modo, posse precária, mas reconhecimento do pedido pelo Estado.

Se o juízo determinou apenas a manutenção do candidato no certame e a Administração não apenas faz a reserva da respectiva vaga, mas, posteriormente, também providência a sua nomeação, há o reconhecimento da procedência do pedido, sendo impositiva a manutenção do servidor no cargo, ante a vedação do comportamento contraditório (nemo potest venire contra factum proprium). Nesse sentido a jurisprudência do E. TJPB, in verbis:

(...)

Não há dúvidas, como sabemos todos, de que reserva de vaga é uma coisa e posse é outra, como visto acima, a decisão liminar foi apenas para determinar que a ora Recorrente permanecesse no certame, ficando-lhe reservada uma vaga. Em momento algum a decisão judicial determinou que o Estado do Rio de Janeiro a nomeasse. Todavia, essa nomeação ocorreu e

se deu de forma espontânea.

Exatamente como ocorreu no acórdão paradigma, pois naquele caso o pedido liminar tinha sido apenas para garantir a participação do então candidato no curso de formação. Entretanto, do mesmo modo como ocorreu no presente caso o Estado da Paraíba resolveu, espontaneamente, após o término do curso de formação, nomear o candidato, ou seja, os casos são idênticos, mas foram decididos de forma distinta.

Ou seja, os casos são idênticos, mas foram decididos de forma distinta, cabível, portanto, o presente recurso por divergência jurisprudencial.

Impende salientar novamente que o caso julgado pelo E. STF em regime de recurso repetitivo diz respeito aos casos em que os candidatos tomaram posse por decisão judicial liminar, o que caracteriza posse precária, incompatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos, ainda que sob o fundamento de fato consumado, o que, frise-se, NÃO é o caso dos autos" (fls. 612/630e).

De plano, à luz do que decidido pelo acórdão recorrido, cumpre asseverar que, ao contrário do que ora se sustenta, não houve violação aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022 do CPC/2015, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram, fundamentadamente e de modo completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

De fato, a questão controvertida fora enfrentada, assentando o Tribunal que **"a posse da autora ocorreu de forma totalmente precária, uma vez que sua permanência no concurso público se deu em cumprimento de provimento de caráter liminar**". Em relação ao tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n.º 608.482/RN, de relatoria do Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe 07.08.2014, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional nele suscitada e, no mérito, reafirmou o entendimento no sentido da impossibilidade de manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado.(...) **A Suprema Corte firmou o entendimento no sentido de que, na ponderação de princípios aplicáveis ao caso, deve prevalecer a princípio do concurso público diante o notório caráter precário dos provimentos liminares**. Assim, **considerando que a autora só permaneceu no concurso em razão de provimento de caráter liminar, bem como a regra do art. 927, III, do NCPC, impossível a invocação da teoria do fato consumado para manter a autora em seu cargo"**.

Diante deste contexto, o acórdão de 2º Grau conta com motivação suficiente e não deixou de se manifestar sobre a matéria cujo conhecimento lhe competia, permitindo, por conseguinte, a exata compreensão e resolução da controvérsia, não havendo falar em descumprimento aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, II, do CPC/2015.

Nesse contexto, **"a solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015"** (STJ, REsp 1.829.231/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de

01/12/2020).

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, EDcl no REsp 1.816.457/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/05/2020; AREsp 1.362.670/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/10/2018; REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008.

Por outro lado, **não se presta a via declaratória para obrigar o Tribunal a reapreciar provas, sob o ponto de vista da parte recorrente** (STJ, AgRg no Ag 117.463/RJ, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, DJU de 27/10/97).

A propósito, ainda:

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. HASTA PÚBLICA. SUBAVALIÇÃO DO BEM. DESNECESSIDADE DE NOVA AVALIAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE. REEXAME. SUMULA 7/STJ. OFENSA AO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. REEXAME. SÚMULA 7/STJ.

1. **No que tange à admissibilidade do presente recurso por violação aos arts. 489 e 1.022, ambos do CPC, verifica-se que, no ponto, não houve negativa de prestação jurisdicional, máxime porque a Corte de origem analisou de maneira adequada e suficiente as questões deduzidas pelos recorrentes.**

(...)

6. Agravo interno não provido" (STJ, AgInt no AREsp 1.736.385/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 02/12/2020).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SERVIDOR PÚBLICO. DOENÇA OCUPACIONAL. PENSÃO MENSAL AFASTADA. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 126/STJ. DANO MATERIAL. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. **Não há violação dos arts. 489, § 1º, VI, e 1.022, parágrafo único, II, do CPC de 2015, pois há fundamentação suficiente para amparar o acórdão recorrido.**

(...)

4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido" (STJ, REsp 1.707.574/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2017).

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. REAJUSTE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003. ACÓRDÃO DE ÍNDOLE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MULTA DO ARTIGO 1.021, §4º, DO CPC/2015. EXCLUSÃO. INADMISSIBILIDADE OU IMPROCEDÊNCIA DO AGRAVO INTERNO INTERPOSTO NA ORIGEM. NÃO VERIFICAÇÃO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. EXCLUSÃO. PROPÓSITO DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 98/STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O acórdão recorrido apreciou fundamentadamente a controvérsia dos autos, decidindo, apenas, de forma contrária à pretensão do recorrente, não havendo, portanto, omissão ensejadora de oposição de embargos de declaração, pelo que, deve ser rejeitada a alegação de violação ao artigo 1.022 do CPC/2015.

(...)

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido" (STJ, REsp 1.672.822/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017).

"PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. REAJUSTE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDE COM FUNDAMENTO EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. EMBARGOS PROTETATÓRIOS. VIOLAÇÃO AO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/2015. MULTA AFASTADA.

1. Inicialmente, quanto à alegação de violação ao artigo 1.022 do CPC/2015, cumpre asseverar que o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia. A tutela jurisdicional foi prestada de forma eficaz, não havendo razão para a anulação do acórdão proferido em Embargos de Declaração apenas pelo fato de a Corte ter decidido de forma contrária à pretensão do recorrente.

2. Quanto à questão de fundo, isto é, a revisão do benefício previdenciário observando os valores dos tetos estabelecidos nas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, o recurso não merece que dela se conheça. Com efeito, verifica-se que o acórdão recorrido negou provimento à apelação com fundamento em precedentes do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, dada a natureza estritamente constitucional do decidido pelo Tribunal de origem, refoge à competência desta Corte Superior de Justiça a

análise da questão, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

3. A irresignação merece acolhida em relação à alegada ofensa ao art. 1.026, § 2º, do CPC/2015 nos termos da Súmula 98 do STJ, *in verbis*: 'Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório'. No caso dos autos, os Embargos de Declaração ofertados na origem tiveram tal propósito, de maneira que deve ser excluída a multa fixada com base no supracitado dispositivo legal.

4. Recurso Especial parcialmente provido" (STJ, REsp 1.669.867/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017).

Portanto, ao contrário do que pretende fazer crer a parte agravante, não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional ou ausência de fundamentação.

Quanto ao mais, por simples cotejo entre as razões do Recurso Especial e os fundamentos do acórdão recorrido, observa-se que as teses recursais contidas nos arts. 493 e 1.000 do CPC/2015 não foram apreciadas pelo Tribunal local, não obstante terem sido opostos Embargos de Declaração para tal fim.

Por essa razão, à falta do indispensável prequestionamento, não pode ser conhecido o Recurso Especial, incidindo o teor da Súmula 211 do STJ ("inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, não foi apreciado pelo Tribunal *a quo*").

Registre-se, por oportuno, que não há impropriedade em afirmar a falta de prequestionamento e afastar a indicação de afronta ao art. 1.022 do CPC/2015, haja vista que o julgado está devidamente fundamentado, sem, no entanto, ter decidido a causa à luz dos preceitos jurídicos suscitados pela parte recorrente, pois, como consabido, não está o julgador a tal obrigado.

Ademais, sobre suposta violação ao art. 2º da Lei 9.784/99, assim decidiu o Tribunal de origem:

"Na hipótese dos autos, o edital é claro e minucioso quanto à prova física, não se verificando violação de qualquer dispositivo constitucional a mera exigência de mesmo esforço de homens e mulheres.

Ademais, a autora não se insurgiu contra o edital no momento de sua edição, mas tão-somente quando foi reprovada.

Os critérios utilizados para a avaliação física dos candidatos estão em consonância com as regras previstas no edital do concurso e eram de conhecimento da autora, que os aceitou no momento da inscrição.

A utilização dos mesmos critérios para avaliação de candidatos do sexo masculino e feminino e de diferentes faixas etárias mostra-se compatível com o princípio da razoabilidade, já que o próprio exercício da atividade de bombeiro militar tem como requisito primordial a boa condição física.

A existência de outras candidatas aprovadas no exame físico em tela demonstra que as provas aplicadas não eram impossíveis de realização por

candidatas do sexo feminino.

Ressalte-se que o fato de a autora ter concorrido ao cargo não autoriza o afastamento da necessidade de teste físico. Não cabe ao Judiciário estabelecer quais os critérios para a avaliação de candidatos a concurso público, sob pena de afronta à separação de poderes" (fls. 433/434).

Verifica-se que o acórdão recorrido adotou entendimento consolidado neste Tribunal, segundo o qual a submissão de candidatos em concurso público ao teste de aptidão física é legítima quando houver, além da observância de critérios objetivos, previsão em lei e no edital.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. VINCULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CASO EM QUE SE AUTORIZA O PODER JUDICIÁRIO A EXAMINAR O EDITAL DE PROCESSO SELETIVO. TESTE DE CAPACIDADE FÍSICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI ESPECÍFICA.

ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA NO EDITAL. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO DESPROVIDO.

1. É firme o entendimento desta Corte de que em concurso público, o teste de capacidade física somente pode ser exigido se houver previsão na lei que criou o cargo, sendo vedado ao Edital do Certame limitar o que a lei não restringiu ou alargar o rol de exigências, especialmente para incluir requisito que não consta da lei. Precedentes: REsp. 1.351.480/BA, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 26.6.2013, AgRg no RMS 26.379/SC, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 2.5.2013, AgRg no REsp. 1.150.082/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 2.10.2012.

2. No caso em exame, como consignado pelo Juiz sentenciante, as leis regulamentadoras dos cargos de Agente Penitenciário e Agente de Escolta e Vigilância Penitenciária não prescrevem o exame físico, nem mesmo o psicológico, muito menos com caráter eliminatório, como requisito de aprovação em concurso público, o que confirma-se a violação à legislação apontada, se o Edital do Certame impõe tal requisito.

3. Agravo Regimental do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO desprovido" (STJ, AgRg no REsp 1.441.054/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe de 30/03/2015).

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. EXIGÊNCIA RAZOÁVEL. PRECEDENTE. PREVISÃO LEGAL LOCAL E NO EDITAL. LEGALIDADE. PRECEDENTES.

REPROVAÇÃO COM BASE EM CRITÉRIOS OBJETIVOS. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE VIOLAÇÃO DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a ordem no mandado de segurança impetrado com o objetivo de anular reprovação havida em teste de aptidão física (TAF). A recorrente defende que a sua reprovação não seria razoável, pois a exigência seria descabida para as funções dos cargos de técnicos penitenciários, bem como que teria sido violada a isonomia, pois outros candidatos teriam tido mais tempo para descanso.

2. No caso dos autos, está evidenciado que o teste de aptidão física possui previsão legal e estava requerido no Edital n. 001/2013 SAD/SEJUSP/AGEPEN, com a fixação de critérios e procedimentos claros. A fundamentação da reprovação é clara e condizente com o regramento aplicável.

3. 'Esta Corte firmou a compreensão de ser razoável a previsão de exame de aptidão física de caráter eliminatório em concurso público para o cargo de agente penitenciário' (AgRg no RMS 27.432/ES, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 28.2.2012).

4. A jurisprudência é firme no sentido da juridicidade do teste de aptidão física se houver previsão no edital e na lei local. É, portanto, factível a reprovação a partir de critérios objetivos, não tendo sido demonstrada violação da isonomia. Precedentes: RMS 38.780/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13.6.2014; AgRg no RMS 45.286/MS, Rel.

Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2.6.2014; e RMS 39.915/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.2.2014. Recurso ordinário improvido" (STJ, RMS 46.646/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe de 14/11/2014).

Também em relação as alegadas violações ao art. 54 da Lei 9.784/99 e ao art. 6º da LINDB, utilizados para trazer a tese recursal de que a teoria do fato consumado seria aplicável ao caso, veja-se o que decidiu o Tribunal de origem:

"A teoria do fato consumado opera em face da inexorabilidade do fator tempo, incide para equilibrar os princípios da legalidade e da igualdade de condições de acesso à educação com o princípio da segurança jurídica.

No entanto, a posse da autora ocorreu de forma totalmente precária, uma vez que sua permanência no concurso público se deu em cumprimento de provimento de caráter liminar.

Em relação ao tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n.º 608.482/RN, de relatoria do Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe 07.08.2014, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional nele suscitada e, no mérito, reafirmou o entendimento no sentido da impossibilidade de manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado" (fl. 438e).

Verifica-se que esta decisão está em consonância com o entendimento do STJ, conforme os seguintes julgados:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. DOCUMENTAÇÃO EXIGIDA PELO EDITAL DO CERTAME. DIPLOMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO, ECONOMIA OU ADMINISTRAÇÃO. NOMEAÇÃO E POSSE EM CARGO PÚBLICO, EM FACE DE LIMINAR DEFERIDA EM MEDIDA CAUTELAR, POSTERIORMENTE JULGADA IMPROCEDENTE. CARÁTER PRECÁRIO. IMPROCEDÊNCIA IGUALMENTE DA AÇÃO ORDINÁRIA. REVOGAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. RAZÕES DO AGRAVO QUE NÃO IMPUGNAM, ESPECIFICAMENTE, A DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. INVOCAÇÃO DE FATO CONSUMADO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 125, II, 126, 133, II, E 462 DO CPC/73. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO E DE FORÇA NORMATIVA SUFICIENTE PARA AMPARAR A TESE. SÚMULAS 211/STJ E 284/STF. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE 608.482/RN). INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO A CASOS AMPARADOS POR MEDIDA LIMINAR, POSTERIORMENTE CASSADA. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO.

I. Agravo Regimental aviado contra decisão monocrática que julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73.

II. Interposto Agravo Regimental com razões que não impugnam, especificamente, os fundamentos da decisão agravada - mormente quanto à impossibilidade de análise de violação a dispositivo constitucional, em sede de Recurso Especial, à incidência da Súmula 283/STF e à ausência de demonstração do dissídio jurisprudencial -, não prospera o inconformismo, quanto ao ponto, em face da Súmula 182 desta Corte.

III. In casu, na origem, trata-se de demandas ordinária e cautelar, objetivando ver reconhecido o direito das recorrentes à posse no cargo de Analista Judiciário do TRT da 1ª Região e a declaração de ilegalidade do item 4.1 do edital do concurso público para Analista Judiciário daquela Corte, que prevê, como requisito para a posse no aludido cargo, a apresentação de diploma de graduação em Direito, Economia ou Administração.

IV. A sentença, que julgou improcedentes as ações cautelar e ordinária - revogando a liminar, deferida na cautelar, que autorizara a posse das autoras no cargo -, restou mantida, pelo Tribunal a quo.

V. Quanto aos arts. 125, II, 126, 133, II, e 462 do CPC/73, o Recurso

Especial é manifestamente inadmissível, por falta de prequestionamento, pois não foram eles objeto de discussão, nas instâncias ordinárias, sequer implicitamente, razão pela qual não há como afastar o óbice da Súmula 211/STJ. VI. Não fora isso, 'a questão envolvendo a teoria do fato consumado não guarda pertinência com a regra contida no art. 462 do CPC, que cuida de hipótese jurídica diversa' (STJ, AgRg no AREsp 638.979/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/08/2015). Incidência da Súmula 284/STF.

VII. Ademais, o Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, no julgamento do RE 608.482/RN (Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, DJe de 29/10/2014), firmou entendimento no sentido de que 'não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado', não cabendo a invocação pelo interessado, na hipótese, dos princípios da segurança jurídica ou da proteção da confiança.

VIII. Nessa linha, firme é a jurisprudência do STJ, no sentido de que 'não se aplica a teoria do fato consumado em casos de situações amparadas por medidas de natureza precária, como liminar e antecipação do efeito da tutela, não havendo falar em situação consolidada pelo decurso do tempo' (STJ, AgRg no RMS 43.055/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 26/11/2014). Nesse sentido: STJ, AgInt no REsp 1.634.294/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/03/2017; AgRg no RMS 37.831/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 29/03/2016; AgRg no AREsp 675.897/CE, Rel. Ministra DIVA MALERBI (Desembargadora Federal convocada do TRF/3ª Região), SEGUNDA TURMA, DJe de 28/03/2016.

IX. Agravo Regimental parcialmente conhecido, e, nessa extensão, improvido" (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.208.083/RJ, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe de 29/06/2018).

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC/73. ALEGAÇÃO GENÉRICA. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF, APLICADA POR ANALOGIA. OFENSA AO ART. 6º DA LINDB. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282/STF, POR ANALOGIA, E 211/STJ. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS EDITALÍCIAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 5/STJ. TEORIA DO FATO CONSUMADO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL TIDO POR VIOLADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF, POR ANALOGIA. MATÉRIA DE

ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Trata-se de Agravo interno, interposto em 01/07/2016, de decisão monocrática publicada em 28/06/2016, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisão que inadmitira o Recurso Especial, publicada na vigência do CPC/73.

(...)

VI. De qualquer sorte, a chamada teoria do fato consumado trata de matéria constitucional, porquanto vinculada aos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da proteção da confiança legítima do administrado, consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 608.482/RN (Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, DJe de 29/10/2014), que entendeu que tais princípios não podem amparar a pretensão do candidato cuja nomeação e posse no cargo não decorreram de equívoco da Administração na interpretação da lei ou dos fatos, mas de provocação do próprio candidato e contra a vontade da Administração, que apresentara resistência, no plano processual. Isso porque a concessão de medidas antecipatórias ou a execução provisória de liminar ou de outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado, correm por conta e responsabilidade daquele que requer a medida.

VII. Caso concreto em que não há falar em inaplicabilidade do referido precedente da Suprema Corte, haja vista que pretende a impetrante, ora agravante, a aplicação da chamada teoria do fato consumado, pelo simples fato de que, em momento processual anterior, havia realizado o curso de formação do certame, por força de decisão liminar, posteriormente cassada, em virtude da denegação da segurança, logo após a conclusão do curso de formação.

VIII. Agravo interno improvido" (STJ, AgInt no AREsp 491.956/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe de 13/10/2016).

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. IMPERTINÊNCIA TEMÁTICA. SÚMULA 284/STF, APLICADA POR ANALOGIA. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(...) IV. No caso, o Tribunal a quo concluiu pela existência de previsão legal de submissão de candidatos ao cargo de Brigadista Militar a exame psicológico, na forma do art. 37, I, da Constituição Federal c/c art. 10, VII, da Lei Estadual 10.990/97 e 2º, X, da Lei Estadual 12.307/2005, bem como pela inaplicabilidade da chamada teoria do fato consumado, porquanto a permanência dos candidatos nas fileiras da Brigada Militar decorreu de decisão judicial de natureza precária, posteriormente cassada, com o julgamento de improcedência do pedido.

V. A jurisprudência do STJ orienta-se no sentido da inaplicabilidade, em

regra, da teoria do fato consumado, em matéria de concurso público, especialmente para consolidar situação constituída por força de decisão judicial precária, posteriormente cassada (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 566.853/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/02/2015). Tal entendimento restou pacificado pelo STF, no julgamento do RE 608.482/RN, sob o regime da repercussão geral, no sentido de que "não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado" (STF, RE 608.482, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, DJe de 30/10/2014). VI. Agravo Regimental improvido" (STJ, AgRg no AREsp 171.729/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe de 16/03/2016).

Registre-se, por fim, o não cabimento do Recurso Especial com base no dissídio jurisprudencial, pois as mesmas razões que inviabilizaram o conhecimento do apelo, pela alínea a, servem de justificativa quanto à alínea c do permissivo constitucional.

Assim, merece ser mantida a decisão ora agravada, por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

AgInt no AREsp 1.973.061 / RJ

PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2021/0265535-0

Número de Origem:

0167275-88.2008.8.19.0001 01672758820088190001 1672758820088190001 20080011645914 201924504036

Sessão Virtual de 21/03/2023 a 27/03/2023

Relator do AgInt

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Secretário

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : GABRIELA DE PAULA ROCHA

ADVOGADOS : DAVID ALFREDO NIGRI - RJ086149

MARIAH DE CAMPOS PINTO - DF027079

CAMILA TÁSSIA SACRAMENTO MENDONÇA - RJ189739

AGRAVADO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR : CRISTIANO FRANCO MARTINS - RJ089451

ASSUNTO : DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
CONCURSO PÚBLICO / EDITAL - EXAME DE SAÚDE E/OU APTIDÃO FÍSICA

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : GABRIELA DE PAULA ROCHA

ADVOGADOS : MARIAH DE CAMPOS PINTO - DF027079

CAMILA TÁSSIA SACRAMENTO MENDONÇA - RJ189739

DAVID ALFREDO NIGRI - RJ086149

AGRAVADO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR : CRISTIANO FRANCO MARTINS - RJ089451

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 21/03/2023 a 27/03/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 28 de março de 2023