PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

|  |
| --- |
| **D.E.**  Publicado em 21/06/2017 |

**APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 0002926-21.2007.4.03.6100/SP**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  | 2007.61.00.002926-5/SP |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| RELATOR | : | Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO |
| APELANTE | : | Uniao Federal |
| ADVOGADO | : | SP000019 LUIZ CARLOS DE FREITAS e outro(a) |
| APELADO(A) | : | VICTOR HUGO COSTA ALVADIA |
| ADVOGADO | : | SP160172 MARIA DALVA ZANGRANDI COPPOLA |
| REMETENTE | : | JUIZO FEDERAL DA 19 VARA SAO PAULO Sec Jud SP |

**EMENTA**

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 543-B DO CPC. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE TER O CANDIDATO, NO MÁXIMO, ÍNDICE DE MASSA CORPORAL DE 24,99 NO ATO DA INSPEÇÃO DE SAÚDE. CANDIDATO QUE TEVE ASSEGURADO POR SENTENÇA RECORRÍVEL O DIREITO À PARTICIPAÇÃO NO TESTE DE APTIDÃO E CAPACITAÇÃO FÍSICA E DEMAIS ETAPAS DO CERTAME, TENDO CONCLUÍDO O CURSO DE FORMAÇÃO EM NOVEMBRO/2007, GRADUANDO-SE COMO 3º SARGENTO ESPECIALISTA EM CONTROLE DE TRÁFEGO AÉREO, HÁ QUASE 10 ANOS. CONSOLIDAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA AO LONGO DO TEMPO. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL. NÃO ACOLHIMENTO DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF EM RECURSO REPETITIVO.

1. Embora a Vice-Presidência tenha entendido que a matéria arguida pela União encontraria respaldo com o quanto consagrado pelo Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Repetitivo, julgado nos autos do RE 608.482/RN, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, submetido à sistemática do artigo 543-B do Código de Processo Civil, dos presentes autos verifica-se que a conclusão do curso de formação pelo impetrante e a sua graduação como 3º Sargento Especialista em Controle de Tráfego Aéreo, há quase 10 (dez) anos, sem nenhuma notícia de desempenho insatisfatório do cargo ou conduta incompatível com a função, constituem particularidades excepcionais que conduzem ao caminho inverso do entendimento firmado no STF.

2. Trata-se de situação excepcional merecedora de amparo, tendo em vista que a prática e a experiência no decorrer desses quase 10 anos de exercício compensaram, sem sombra de dúvidas, a lacuna originária concernente ao descumprimento da exigência de ter o candidato, no máximo, índice de massa corporal (IMC) de 24,99 no ato da inspeção de saúde - recordando-se que em nova inspeção de saúde realizada em 26/2/2007 o impetrante alcançou o peso padrão exigido no concurso - máxime na especialidade almejada pelo impetrante, não sendo razoável subverter tal estado de fato já consolidado, somente por apego ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

3. Acórdão mantido.

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, manter o v. acórdão que negou provimento ao agravo retido, à apelação da União e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, com quem votaram as Desembargadoras Federais Diva Malerbi e Consuelo Yoshida, vencidos os Desembargadores Federais Fábio Prieto e Carlos Muta, que votaram no sentido de exercer o juízo de retratação, para dar provimento à apelação da União e à remessa oficial.¶

São Paulo, 08 de junho de 2017.

**Johonsom di Salvo**

**Desembargador Federal**

|  |  |
| --- | --- |
| Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por: | |
| Signatário (a): | LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO:10042 |
| Nº de Série do Certificado: | 682B208592178EB4 |
| Data e Hora: | 14/06/2017 10:11:50 |

**APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 0002926-21.2007.4.03.6100/SP**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  | 2007.61.00.002926-5/SP |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| RELATOR | : | Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO |
| APELANTE | : | Uniao Federal |
| ADVOGADO | : | SP000019 LUIZ CARLOS DE FREITAS e outro(a) |
| APELADO(A) | : | VICTOR HUGO COSTA ALVADIA |
| ADVOGADO | : | SP160172 MARIA DALVA ZANGRANDI COPPOLA |
| REMETENTE | : | JUIZO FEDERAL DA 19 VARA SAO PAULO Sec Jud SP |

**RELATÓRIO**

**O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:**

Trata-se de apelação em mandado de segurança interposta em face da r. sentença proferida em 19/9/2007, que julgou procedente o pedido e concedeu a segurança para assegurar ao impetrante o direito de participar de teste de aptidão e capacitação física e demais etapas do concurso para ingresso na Escola de Especialistas da Aeronáutica para o Curso de Formação de Sargentos (Edital/Portaria 243/DE-2,11/2006).

Fundamentou-se a r. sentença no entendimento de que embora a restrição ao ingresso na Escola de Especialistas da Aeronáutica, estabelecida em virtude do índice de massa corporal não fosse inconstitucional, eis que compatível e pertinente às exigências da atividade desenvolvida pelo profissional militar, o prazo oferecido ao impetrante, após a interposição do recurso administrativo, para que ele se submetesse à nova inspeção de saúde, seria demasiado exíguo. Além disso, o candidato teria, por força da liminar concedida, passado por uma terceira inspeção de saúde em 26/2/2007 e foi considerado apto, tendo participado das outras etapas seletivas, inclusive do curso de formação, o qual foi concluído em novembro de 2007, com a graduação do impetrante como 3º Sargento Especialista em Controle de Tráfego Aéreo e classificado no Destacamento de Controle Aéreo do Espaço de São Paulo - CTCEA SP.

Irresignada, a UNIÃO FEDERAL apresentou recurso de apelação (fls. 154/166).

A apelação foi recebida no efeito meramente devolutivo (fls. 167).

Contrarrazões às fls. 170/174.

Parecer da Procuradoria Regional da República opinando pelo improvimento da apelação (fls. 177/178).

Em sessão de julgamento realizada em 18/4/2013, a Sexta Turma desta Egrégia Corte, por unanimidade, **negou provimento ao agravo retido, à apelação da UNIÃO e à remessa oficial** (fls. 186/190).

A UNIÃO interpôs embargos de declaração (fls. 193/202), que foram rejeitados (fls. 204/210).

Recurso Especial e Recurso Extraordinário, interpostos pela UNIÃO, respectivamente, às fls. 213/235 e 236/255.

Sem contrarrazões (fls. 259v).

O Recurso Especial e o Recurso Extraordinário foram admitidos, respectivamente, às fls. 261 e 262.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do Recurso Especial (fls. 273/275).

O Recurso Especial não foi conhecido (fls. 276v/278); trânsito em julgado em 26/10/2016 (fls. 281v).

Nos autos do Recurso Extraordinário, a Presidente Ministra Cármen Lúcia determinou a devolução dos autos ao Tribunal de origem para observância dos procedimentos previstos nos artigos 1.036, *caput* e § 1º, 1.039, *caput* e § único, e 1.040 do CPC, anterior artigo 543-B do CPC/1973 (artigo 13, V, "c" do Regimento Interno do STF) (fls. 282v).

Às fls. 286 e v, o Excelentíssimo Desembargador Federal Vice-Presidente desta Corte, considerando que a matéria abordada nas razões recursais envolve tema julgado pelo Supremo Tribunal Federal, como representativo de controvérsia (RE 608.482/RN), cujo trânsito em julgado remonta a 7/5/2015, determinou a devolução dos autos à Turma julgadora, para verificação da pertinência de se proceder a um juízo positivo de retratação na espécie, tendo em vista que o entendimento emanado do acórdão recorrido diverge da orientação jurisprudencial da superior instância, a qual se firmou pela inaplicabilidade da teoria do fato consumado às situações onde o candidato tomou posse no cargo em decorrência de provimento judicial de natureza precária.

É o relatório.

**Johonsom di Salvo**

**Desembargador Federal Relator**

|  |  |
| --- | --- |
| Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por: | |
| Signatário (a): | LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO:10042 |
| Nº de Série do Certificado: | 682B208592178EB4 |
| Data e Hora: | 09/06/2017 14:20:52 |

**APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 0002926-21.2007.4.03.6100/SP**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  | 2007.61.00.002926-5/SP |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| RELATOR | : | Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO |
| APELANTE | : | Uniao Federal |
| ADVOGADO | : | SP000019 LUIZ CARLOS DE FREITAS e outro(a) |
| APELADO(A) | : | VICTOR HUGO COSTA ALVADIA |
| ADVOGADO | : | SP160172 MARIA DALVA ZANGRANDI COPPOLA |
| REMETENTE | : | JUIZO FEDERAL DA 19 VARA SAO PAULO Sec Jud SP |

**VOTO**

**O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:**

A controvérsia noticiada nos autos se refere ao entendimento consagrado no E. Supremo Tribunal Federal com base no julgamento do Recurso Extraordinário nº 608.482/RN, de relatoria do Ministro TEORI ZAVASCKI, submetido à sistemática do artigo 543-B do Código de Processo Civil, no sentido de que é inaplicável a teoria do fato consumado em situações de concessão de liminar a candidato em concurso público.

Confira-se:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO REPROVADO QUE ASSUMIU O CARGO POR FORÇA DE LIMINAR. SUPERVENIENTE REVOGAÇÃO DA MEDIDA. RETORNO AO STATUS QUO ANTE. "TEORIA DO FATO CONSUMADO", DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. 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.

2. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima. É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito ex tunc, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere.

3. Recurso extraordinário provido.

Ocorre que no caso vertente, o impetrante teve assegurado, por força de sentença recorrível, o direito à participação no teste de aptidão e capacitação física e demais etapas do Concurso de Admissão na Escola de Especialistas da Aeronáutica, para o curso de Formação de Sargentos, especialidade controlador de tráfego aéreo, tendo **concluído o curso de formação em novembro de 2007**, **graduando-se** **como 3º Sargento Especialista em Controle de Tráfego Aéreo** e classificado no Destacamento de Controle Aéreo do Espaço de São Paulo - CTCEA SP, sem nenhuma notícia de desempenho insatisfatório do cargo ou conduta incompatível com a função, tratando-se, assim, de particularidades excepcionais que conduzem ao caminho inverso do entendimento firmado no STF.

Destaca-se, ainda, que consta notícia nos autos de que o impetrante passou por uma terceira **inspeção de saúde em 26/2/2007**, tendo sido **considerado apto** (fls. 71, 76).

Trata-se, portanto, de situação excepcional merecedora de amparo, tendo em vista que a prática e a experiência no decorrer desses quase 10 anos de exercício compensaram, sem sombra de dúvidas, a lacuna originária concernente ao descumprimento da exigência de ter o candidato, no máximo, índice de massa corporal (IMC) de 24,99 no ato da inspeção de saúde - recordando-se que em nova inspeção de saúde realizada em 26/2/2007 o impetrante alcançou o peso padrão exigido no concurso - máxime na especialidade almejada pelo impetrante, não sendo razoável subverter tal estado de fato já consolidado, somente por apego ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Além disso, como destacado no voto do Relator proferido no julgamento do apelo da UNIÃO:

*"De fato, não é nada recomendável, do ponto de vista do interesse público, que uma pessoa que já se encontra trabalhando há mais de 5 (cinco) anos, sem que haja qualquer indício de que exerça seu trabalho de maneira insatisfatória, seja abruptamente dali desalojado e sobre uma drástica modificação na sua situação profissional, econômica e moral, com consequências irreversíveis.*

*Dessa forma, em respeito ao princípio da segurança jurídica nas relações de Direito Público, em contraste com a aplicação pura e simples do princípio da legalidade, é salutar que se assegure a manutenção de situações jurídicas consolidadas pelo tempo, como no caso".*

Ainda: *"(...) Saliente-se que não se cuida de interpretação extensiva do edital que gere imoralidade ou privilégio a um candidato em detrimento aos demais, mas, ao revés, observância do edital, de sua finalidade que é contratar candidatos capacitados para o exercício do cargo, o que atende à isonomia entre todos que tenham a mesma formação independentemente da época em que concluíram seus cursos. (...)"* - TRF3, AMS 0001208-13.2012.4.03.6100, QUARTA TURMA, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, j. 11/12/2014, e-DJF3 15/1/2015.

Dessa forma, entendo que não cabe a retratação do v. acórdão, devendo ser mantido o julgado tal como proferido.

Pelo exposto, **mantenho o v. acórdão que negou provimento ao agravo retido, à apelação da UNIÃO e à remessa oficial.**

Devolvam-se os autos à Vice-Presidência nos termos do artigo 543-B, § 4º, do CPC.

É como voto.

**Johonsom di Salvo**

**Desembargador Federal**

|  |  |
| --- | --- |
| Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por: | |
| Signatário (a): | LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO:10042 |
| Nº de Série do Certificado: | 682B208592178EB4 |
| Data e Hora: | 09/06/2017 14:20:59 |