



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
4ª Vara Federal Cível de Vitória

Avenida Marechal Mascarenhas de Moraes,, 1877, 6º andar - Bairro: Monte Belo - CEP:
29053-245 - Fone: (27) 3183-5044 - www.jfes.jus.br - Email: 04vfci@jfes.jus.br

PROCEDIMENTO COMUM Nº 5021793-41.2023.4.02.5001/ES

AUTOR: BRUNO FRITOLI ALMEIDA

RÉU: ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RÉU: CENTRO BRASILEIRO DE PESQUISA EM AVALIACAO E SELECAO E DE
PROMOCAO DE EVENTOS - CEBRASPE

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

Trata-se de **AÇÃO**

ORDINÁRIA ajuizada por **BRUNO FRITOLI ALMEIDA** em face do **CENTRO BRASILEIRO DE PESQUISA EM AVALIACAO E SELECAO E DE PROMOCAO DE EVENTOS - CEBRASPE** e do **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, objetivando: a) a concessão de medida cautelar para convalidar o Ato Especial da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo n.184/2015, mantendo o autor no cargo de Juiz Substituto até o julgamento da lide; b) no mérito, requereu a anulação dos critérios de correção da Prova Oral do Concurso de Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (2011), uma vez que o candidato não poderia ser responsabilizado pela insuficiência de tempo hábil para atender aos questionamentos apresentados pela Banca; c) com isso, pugna para que sejam anuladas as questões de Direito Processual Civil, Direito Civil, Direito Constitucional e Direito do Consumidor da Prova Oral, com atribuição de nota máxima; d) em seguida, seja realizada a reclassificação do autor, convalidando, em definitivo, o Ato Especial da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo n.184/2015; e) de forma subsidiária, requer a reaplicação da prova oral. Pleiteia, ainda, que a Justiça Estadual julgue ser competente para a apreciação dos pedidos.

Para tanto, sustenta que foram cometidas ilegalidades na correção da Prova Oral do certame para o cargo de Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Edital n.1/2011). Narra que, após ser aprovado nas três primeiras fases do concurso, foi convocado para a quarta etapa (prova oral). No entanto, a prova teria

ocorrido nos moldes do Edital nº 28/2013 (que limitou o tempo dos candidatos para resposta), havendo alteração em relação ao tempo de avaliação no edital inicial (item 11.8). Também teria sido alterada a forma de distribuição dos critérios previstos no item 11.6 do Edital (cinco para quatro critérios de avaliação), ocasionando prejuízo ao autor. Durante a prova, teria sido cobrado do requerente matérias não constantes no Edital. Assim, o autor obteve nota 4.79, restando eliminado por ter obtido nota inferior à 6,0 (seis pontos - item 11.12).

A ação foi ajuizada na Vara Única da Comarca de Alto Rio Novo da Justiça Estadual do Espírito Santo (fls.02/52 de anexo 02 de evento 01).

Acompanham a petição inicial os seguintes documentos:

a) petição ao e.TRF-2, requerendo a remessa da ação n. 0104215-76.2014.4.02.5001/ES à Justiça Estadual (fls.54/94 de anexo 02 de evento 01); b) contrato de gestão entre a União, Cebraspe e Fundação Universidade de Brasília (fls.96/106 de anexo 2 e fls. 01/12 de anexo 03 de evento 01); c) cópia do Edital n.1/2011 para o cargo de Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (fls.14/74 de anexo 03 de evento 01); d) respostas dos avaliadores sobre a prova oral do autor (fl.40/55 de anexo 04 de evento 01); e) nomeação do requerente ao cargo de Juiz Substituto (fl.08 de anexo 06 de evento 01); f) decisão do e.TRF-2 cassando os efeitos da tutela antecipada concedida na ação n.0104215-76.2014.4.02.5001/ES(fl.10/12 de anexo 08 de evento 01) e; g) guia de recolhimento das custas iniciais (fl.16 de anexo 09 de evento 01).

A ação foi autuada em fl.02 de anexo 09 de evento 01. O Dr. JOAO CARLOS LOBATO FRAGA se deu por suspeito em decisão de fl.04 de anexo 09 de evento 01.

Aditamento à inicial feito pelo autor em fls.08/18 de anexo 09 de evento 01, afirmando que: a) entre a posse do Autor e o período de curso de formação, houve a conclusão do processo de vitaliciamento, ocasião em que Poder Judiciário reconheceu a aptidão do Autor ao cargo, desfazendo a avaliação feita em Prova Oral; b) aduz que só pode ser afastado por deliberação do Pleno do e.TJES, conforme a garantia conferida pelo art.95, inciso I, da CRFB, que modo que a eventual perda do cargo só pode ser realizada após ampla defesa do autor; c) sendo assim, informou que houve reconhecimento tácito do pedido pelo ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, uma vez que não sobrestou o vitaliciamento, praticando ato jurídico perfeito, tornando imutável a aprovação do requerente na aludida seleção pública; d) requereu a adequação do valor da causa para R\$ 82.424,00 (oitenta e dois mil quatrocentos e vinte e quatro reais); e) pugnou pela imediata análise do pedido de urgência.

Decisão do Juízo Tabelar da Comarca de Colatina/ES em fls.56/60 de anexo 09 de evento 01. Na ocasião, foi concedida a tutela de urgência para manter o autor investido no cargo de Magistrado até ulterior deliberação judicial. Para tanto, alegou que os agentes políticos não possuem o regime de estabilidade funcional, de modo que os precedentes judiciais sobre o tema não se aplicam aos magistrados.

Todavia, a decisão do Juiz Estadual foi suspensa pelo e.TJES na Suspensão de Liminar n.0009684-23.2018.08.0000 (fls.64/69 de anexo 10 e fls.01/11 de anexo 11 de evento 01), uma vez que impor ao gestor do Poder Judiciário Estadual a manutenção do Requerido no cargo significa desrespeito à decisão final da Justiça Federal.

Em fls.18/20 de anexo 12 de evento 01, a ré CEBRASPE informa que o Cespe/UnB e o CEBRASPE são duas instituições distintas, de modo que não pode responder pelos concursos executados pela fundação pública, requerendo a sua exclusão do feito.

Contestação do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (fl.18/20 de anexo 14, fls.01/14 de anexo 15 e fl.01 de anexo 16 de evento 01), alegando: a) a litispendência com a ação n.0104215-76.2014.4.02.5001/ES, ante a identidade dos elementos das ações judiciais em cotejo: partes iguais (autor BRUNO FRITOLI ALMEIDA e réus ESTADO DO ESPÍRITO SANTO e CESPE/UNB), causa de pedir (ilegalidades perpetradas durante a realização da prova oral) e pedido (nomeação e posse no cargo de Juiz Substituto), de modo que o feito deve ser extinto sem julgamento de mérito; b) aduz que o retorno do candidato Bruno Fritoli Almeida na condição de candidato reprovado em prova oral é ofensa às normas de concurso público, de modo que a investidura do cargo se deu sem o requisito constitucional da prévia aprovação; c) a teoria do fato consumado não tem o condão de salvaguardar a situação jurídica de qualquer candidato nomeado precariamente, havendo maior razão para afastar a incidência dessa teoria em relação aos concursos da magistratura, dada a relevância das funções exercidas por um membro do Poder da República; d) não se deve invocar o instituto da vitaliciedade como medida saneadora geral dos vícios do ato de investidura, uma vez o ato presume a higidez da nomeação, o que a alegação de que isso representaria um reconhecimento do pedido pelo ente estatal; e) regularidade da aplicação da prova oral, bem como ser indevida a interferência do Poder Judiciário em critérios de correções da Banca em concurso público.

Em fl.12 de anexo 17 de evento 01, no julgamento do Agravo de Instrumento n.00001595220188080053, foi suscitado o conflito positivo de competência pelo e.TJES.

Réplica do autor (fl.16 de anexo 17 e fls.01/03 de anexo 18 de evento 01) para: a) afastar a alegação de ilegitimidade do CEBRASPE; b) seja decretada a revelia do ESTADO DO ESPIRÍTO SANTO por intempestividade na defesa, devendo a peça ser desentranhada do feito; c) o julgamento antecipado do feito.

Processo suspenso pelo conflito de competência em decisão de fl.04 de anexo 20 de evento 01.

Em fl.01 de anexo 23, o e.TJES determinou o restabelecimento da tutela de urgência até a decisão final do Conflito de Competência n.159.901/ES.

Em decisão de fl.05/06 de evento 01, o Juízo Estadual da Comarca de Alto Rio Novo/ES remeteu os autos à Justiça Federal, uma vez que "[...] **em julgamento monocrático, a eminente relatora do indigitado Conflito de Competência, decidiu por fixar o Juízo Federal como competente para processar e julgar o presente feito**[...]".

Cópia da decisão final do Conflito de Competência n.159.901/ES em fls.08/10 de evento 01, em que o e.STJ decide que, embora não figurar na lide quaisquer das pessoas jurídicas enumeradas no art. 109, I, da Constituição Federal, seja como parte, seja como ente interessado, porquanto a demanda fora proposta apenas em desfavor do Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos - CEBRASPE, a competência para processar e julgar as demandas propostas por Bruno Fritoli Almeida, referentes ao concurso para cargo de Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, previsto no Edital 01/2011, deve ser da Justiça Federal, na esteira do decidido pelo Ministro SÉRGIO KUKINA, no CC 151.339/ES (DJe de 15/05/2017) e das informações prestadas pela Fundação Universidade de Brasília - FUB e pelo Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos - CEBRASPE, que asseguraram que a responsabilidade pelo certame não foi transferida a esta última entidade.

Processo digitalizado em fl.120 de evento 01.

As partes ficaram cientes da digitalização (fl.117 de evento 01 - autora; fl.118 de evento 01 - réu), ocasião em que o ESTADO DO ESPIRÍTO SANTO pediu a remessa do feito para a Justiça Federal.

Certidão de evento 02, informando que a cópia do agravo nº 00001595220188080053/TJES foi juntada no anexo eletrônico dos autos.

Em evento 05, traslado das últimas peças da ação

n.01042157620144025001, uma vez que a ação havia sido juntada como petição no aludido feito, sendo a distribuição regularizada em evento 01 desta ação.

No evento 05, consta petição do autor para que seja analisado o pedido de arquivamento, com o reconhecimento da perda superveniente do objeto, ou, subsidiariamente, que seja analisado o pedido de desistência da ação anteriormente formulado no bojo do presente processo (anexo 03 de evento 05).

Para tanto, juntou cópia de manifestação do MPF em igual sentido (anexo 02 de evento 05) e da Certificado de Vitaliciamento (anexo 01 de evento 05).

Em anexo 05 de evento 05, manifestação do ESTADO DO ESPIRÍTO SANTO: a) informando que a ação deveria ser autuada e regularmente distribuída; b) se opõe, expressamente, à arguição de revelia, considerando que a sua contestação foi encaminhada via correios, no dia 30/05/2018; c) que seja decidido se o vitaliciamento de magistrado empossado por força de decisão judicial de conteúdo precário implica no reconhecimento da perda de objeto da ação e na convalidação da situação do candidato.

Petição de evento 07 pela parte autora, informando que, após requerimento formulado pela AMAGES, foi prolatada decisão pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, em 08/06/2021, reconhecendo o vitaliciamento do requerente como fato suficiente para sedimentar o seu ingresso na magistratura, do que decorrem proteções constitucionais que ensejam a perda superveniente do objeto das ações judiciais, juntado novos documentos para demonstrar a sua alegação. Desse modo, pede a extinção do feito sem julgamento de mérito.

É o relatório.

Decido.

II - FUNDAMENTAÇÃO

De início, é importante ressaltar que o e.STJ determinou, por meio do Conflito de Competência n.159.901/ES, a competência deste Juízo para o julgamento da presente ação, conforme assevera a Exma. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES:

"[...] a competência para processar e julgar as demandas propostas por Bruno Fritoli Almeida, referentes ao concurso para cargo de Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, previsto no Edital 01/2011, deve ser da Justiça Federal [...]" (STJ - CC: 159901 ES 2018/0185472-0, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data

de Publicação: DJ 15/03/2023)

Com isso, deve ser feita a análise do art.64, §4 do CPC sobre os atos tomados pelo juízo incompetente. Nesse ponto, verifica-se que **não** devem ser ratificadas as decisões proferidas pelo Juízo Estadual.

Para tanto, é preciso contextualizar os fatos.

A ação n.0104215-76.2014.4.02.5001 foi julgada procedente em parte pela 4ª Vara Federal Cível de Vitória em evento 76, determinando a reaplicação da prova oral por suposta fuga aos temas do edital.

Em evento 97 dos autos retrocitados (20.04.2015), houve julgamento de embargos de declaração para sanar suposta omissão, declarando nulas apenas as questões que veicularam temas não inseridos no edital (questões referentes às disciplinas de Direito Civil, Direito Constitucional e Direito Processual Civil) e, por conseguinte, determinar a atribuição ao embargante da pontuação máxima relativa a elas, ou seja, 10 pontos por cada questão, antecipando os efeitos da tutela concedida, com a atribuição dos referidos pontos na nota do autor.

No entanto, a sentença foi anulada parcialmente pelo e.TRF-2, ocasião em que se realizou o julgamento do feito pela causa se encontrar madura nos termos da seguinte ementa (07.03.2018):



APELAÇÕES CÍVEIS. REMESSA NECESSÁRIA. AGRAVOS RETIDOS. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. LITISCONSÓRCIO MULTITUDINÁRIO. DESNECESSIDADE. CONCURSO PÚBLICO. JUIZ SUBSTITUTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. PROVA ORAL. CRITÉRIOS DE CORREÇÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNICA. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. SENTENÇA ANULADA. CAUSA MADURA. ART. 1.013 DO CPC/2015. IMPROCEDÊNCIA. 1. O cerne da controvérsia gira em torno da reprovação do autor em concurso para o cargo Juiz de Direito do Espírito Santo, ante à suposta violação do princípio da vinculação ao Edital. Discute-se a correção de questões e a cobrança de conteúdo não previsto no Edital do certame, além de violação a Resolução do CNJ que trata do tempo de duração de prova oral. 2. O STJ, em diversas oportunidades, manifestou o entendimento de que "é dispensável a formação de litisconsórcio passivo necessário entre candidatos aprovados em concurso público, pois esses têm apenas expectativa de direito à nomeação." (AgRg no Resp 772833/RR, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 21/11/2013). 3. Quanto ao mérito, no caso concreto, andou bem a sentença ao afastar as alegadas irregularidades apontadas pelo autor no tocante ao tempo de prova e quanto ao método adotado pela Administração na avaliação realizada pela Banca Examinadora ao aglutinar elementos compatíveis como adequação da linguagem e uso

correto do vernáculo em um mesmo tópico, utilizando quatro critérios de avaliação e não cinco, como inicialmente proposto, pois daí não adveio qualquer prejuízo para o autor. 4. O magistrado de piso não fundamentou devidamente seu decisor, na medida em que não explicou quais seriam os enunciados das questões anuladas e, menos ainda, demonstrou em que ponto teria havido violação ao edital, sendo forçoso reconhecer a nulidade da sentença, no ponto, em razão da ausência de fundamentação, que viola o disposto no art. 489 do CPC, além do princípio da ampla defesa, posto impossibilitar o debate por conta dos terceiros interessados, já que a fundamentação foi genérica. 5. Anula-se a sentença na parte em que determinou a anulação das questões formuladas ao autor em sede de prova oral e, conseqüentemente, a atribuição dos pontos na forma feita. . 6. Tratando-se de causa madura, deve ser aplicado ao caso o disposto no art. 1013 do NCPC. 7. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, em tema de concurso público, o Poder Judiciário deve se limitar à análise da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do concurso, sendo vedado o exame dos critérios de formulação dos itens, de correção de provas e de atribuição de notas aos candidatos, matérias de responsabilidade da banca examinadora e que excepcionalmente, entretanto, em caso de flagrante ilegalidade de questão de prova de concurso público ou ausência de observância às regras do edital, tem-se admitido sua anulação pelo Poder Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade. 8. É vedado ao Poder Judiciário substituir o papel das bancas examinadoras no que pertine à valoração das questões, respostas e títulos apresentados, imiscuindo-se na esfera axiológica inerente ao órgão promovente do certame em questão. Tal intervenção somente seria possível em caso de ilegalidade ou avaliação teratológica. 9. O autor não apresenta provas de que as questões formuladas foram feitas fora do conteúdo programático previsto em edital. O magistrado de primeiro grau tomou como verdadeiras as afirmações feitas na inicial ante à não impugnação específica dos réus quanto ao tema. Ocorre que, dos documentos acostados aos autos pelo autor, não se consegue verificar quais foram as perguntas formuladas pela banca examinadora e em que parte teriam fugido da matéria cobrada no Edital. 10. Dessa forma, não há como acolher a tese autoral acerca da violação ao princípio da vinculação ao Edital, especialmente se considerado que o critério de correção foi utilizado para todos os candidatos, devendo ser mantido, sob pena de violação ao princípio da igualdade. 11. Agravos retidos improvidos. Apelos e remessa necessária parcialmente providos para anular a sentença parcialmente e, aplicando o disposto no art. 1.013 do CPC/2015, julgar improcedentes os pedidos, cassando a antecipação dos efeitos da tutela anteriormente concedida (TRF-2 - APELREEX: 01042157620144025001 ES 0104215-76.2014.4.02.5001, Relator: GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, Data de Julgamento: 12/03/2018, 6ª TURMA ESPECIALIZADA).

A ação transitou em julgado em 10.11.2022.

Não obstante, nesse ínterim, o autor ajuizou a presente ação na Justiça Estadual em 14.03.2018, conseguindo a obtenção de tutela de urgência que lhe permite exercer o cargo de Juiz até a

presente data:

 ESTADO DO ESPÍRITO SANTO PODER JUDICIÁRIO ALTO RIO NOVO - VARA ÚNICA	
Nº do Processo	0000112-78.2018.8.08.0053 
Nº Volume	001
Data Ajuizamento	14/03/2018
Nº Petição Inicial	201800344763
Classe	(7) Procedimento Comum Cível
Natureza	Fazenda Pública
Assuntos Principais	• (10379) Anulação e Correção de Provas / Questões;
Assuntos Secundários	• (8961) Antecipação de Tutela / Tutela Específica;
Valor da Causa	R\$ 82.424,00
Vara	ALTO RIO NOVO - VARA ÚNICA
Data/hora de distribuição	14/03/2018 - 13:23 Distribuição por sorteio

A referida tutela teve como base o entendimento de que o vitaliciamento seria reconhecimento do Poder Estatal com efeito de sanar qualquer precariedade da situação concursal (fl.59 de anexo 09 de evento 01):

Estamos assim, diante de uma situação real que o referido julgado recomendou que se evitasse, mas que no caso, aconteceu, ou seja, a efetiva investidura de candidato *sub judice* na posse e função de Magistrado.

Tenho ainda que, ao outorgar ao autor a prerrogativa da VITALICIEDADE (a minguada de decisão judicial impeditiva para tanto), o ente público requerido, ainda que tácita ou implicitamente, reconheceu o direito objeto da discussão nestes autos.

O ato de vitaliciamento (que é público e notório que fora outorgado ao autor) é um ato de soberania estatal que sana qualquer precariedade da situação concursal, lançando o agente político vitalício às raias da proteção contra a destituição do cargo de Magistrado, salvo na hipótese constitucional⁴.

No entanto, insta registrar que o acórdão que decide pela improcedência da ação resulta na revogação da medida antecipatória, posto que tem eficácia imediata e efeitos *ex tunc*, conforme interpretação analógica da **Súmula 405/STF1**. Com isso, a decisão do e.TRF-2 na ação n.0104215-76.2014.4.02.5001 era suficiente para reverter a nomeação da parte autora.

Ora, é necessário registrar que a alegação do Juízo Estadual acaba por aceitar a aplicação da teoria do fato consumado no caso concreto. Porém, a evolução jurisprudencial afastou a convalidação da situação dos candidatos que tomaram posse de cargo público provimento judicial de natureza precária, quando a decisão final lhes foi desfavorável. Isso se refletiu na **edição do tema 476/STF, decorrente do julgamento do RE n.608482, definiu que:**

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. ((STF - RE: 608482 RN, Relator: TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 07/08/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 30/10/2014).

Portanto, a Excelsa Corte asseverou que não produzem fato consumado a posse e o exercício em cargo público decorrentes de decisão judicial tomada à base de cognição não-exauriente. Inclusive, recentes julgados demonstram que o posicionamento do e.STF se mantém inalterado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. POSSE NO CARGO POR MEIO DE LIMINAR. TEORIA DO FATO CONSUMADO. DIVERGÊNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. I – O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o RE 608.482-RG/RN (Tema 476 da Sistemática de Repercussão Geral, da relatoria do Min. Teori Zavascki), decidiu ser incabível invocar o princípio do fato consumado para manutenção de servidor em cargo cuja posse ocorreu por execução provisória de medida liminar. A decisão do Tribunal de origem está em dissonância com o entendimento desta Corte. II - E deficiente a fundamentação do agravo regimental cujas razões não atacam os fundamentos da decisão agravada. Incidência da Súmula 284 desta Corte. III - Na linha do entendimento até então firmado por este Supremo Tribunal Federal, o art. 1.021, § 1º, do Código de Processo Civil tornou expressa a exigência de impugnação específica dos fundamentos da decisão que for objeto de agravo interno nos tribunais. VI – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - RE: 1283800 RJ 0378362-57.2008.8.19.0001, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 11/11/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 19/11/2020)

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS. INCOMPATIBILIDADE. TEMA 476-RG. 1. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é 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 (Tema 476 da repercussão geral). 2. Agravo interno a que se nega provimento. (STF - RE: 1265471 SC 0303135-82.2016.8.24.0020, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 13/10/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: 27/10/2020)

"[...] 1. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Ausência de preliminar formal de repercussão geral. Inobservância do art. 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil. 3. **Concurso público**. Posse em cargo público mediante decisão judicial precária. **Invocação da teoria do fato consumado**. **Impossibilidade**. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento [...]" (STF, ARE 931254 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 16/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 29-02-2016 PUBLIC 01-03-2016).

Ementa: AGRAVO INTERNO NOS SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. MANUTENÇÃO DE CANDIDATO EM CARGO PÚBLICO, EM DECORRÊNCIA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. TEMA 476. RE 608.482. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (STF, ARE 955059 ED-segundos-AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-247 DIVULG 26-10-2017 PUBLIC 27-10-2017)

Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. MANUTENÇÃO NO CARGO POR DECISÃO LIMINAR. REVOGAÇÃO. EXONERAÇÃO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. 1. O Tribunal de origem divergiu do entendimento firmado pelo Plenário desta Corte no julgamento do mérito da repercussão geral reconhecida no RE 608.482, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 30/10/2014, no sentido de que não é possível invocar o princípio da segurança jurídica ou da proteção da confiança legítima para fins de prorrogar efeitos de decisão revogada. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (STF, RE 991488 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 29-08-2018 PUBLIC 30-08-2018)

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POSSE EM CARGO PÚBLICO POR DECISÃO LIMINAR. CASSAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL PELA ADMINISTRAÇÃO. PORTARIA QUE TORNOU SEM EFEITO O PROVIMENTO NO CARGO. PROCESSO ADMINISTRATIVO SUMÁRIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. [...]. O Plenário da Corte, no julgamento do RE nº 608.482/RN, Relator o Ministro Teori Zavascki, concluiu pela repercussão geral do tema e, no

mérito, assentou a inaplicabilidade da “teoria do fato consumado” aos casos em que o provimento no cargo público se dá por força de decisão judicial precária. Agravo regimental não provido.(STF, RE 736881 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 17-05-2016 PUBLIC 18-05-2016).

No mesmo sentido, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

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.

(...)

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.

(AgInt no AREsp n. 1.973.061/RJ, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 27/3/2023, DJe de 3/4/2023.)

Assim, evocar a perda de objeto pelo vitaliciamento do autor no cargo de Juiz Substituto está em dissonância com os precedentes retrocitados, uma vez que se a posse se deu apenas por provimento judicial de natureza precária, a sua revogação implica na nulidade dos atos dela derivados ou concatenados.

Nesse diapasão, também há que se registrar a **violação** ao art.37, inciso II, da Constituição Federal, uma vez que a investidura

no cargo público inicial de carreira depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e de títulos.

Ora, se o candidato foi eliminado na prova oral, não se pode afirmar que houve aprovação do autor em concurso. Entender de maneira diversa representa violação frontal e direta ao art. 37, II, da Constituição Federal e ao enunciado da Súmula Vinculante n. 43, com a seguinte redação: *"É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido"*.

Ademais, a manutenção da situação dos autos se apresenta como preterição à ordem classificatória do certame, uma vez que houve 86 (oitenta e seis) candidatos aprovados, dos quais apenas 67 (sessenta e sete) foram nomeados. Portanto, a perpetuação do auto no cargo, investido provisoriamente e sob sua conta e risco por força de decisão judicial, fere a ordem de classificação, já que um candidato reprovado em prova oral (por decisão judicial transitada em julgado) obteve a 37ª colocação, enquanto outros candidatos regularmente aprovados no aludido concurso não obtiveram a sua nomeação em razão da decisão precária destes autos:

1.1.1 Resultado final na quinta etapa e resultado final no concurso público dos **candidatos sub judice**, na seguinte ordem: número de inscrição, nome do candidato em ordem de classificação, nota final na avaliação de títulos, nota final no concurso e classificação final no concurso.
 10001569, Renato Levi Dantas Jales, 2.75, 7.267, 12 / 10003637, Joao Carlos Lopes Monteiro Lobato Fraga, 2.50, 7.202, 17 / 10003072, Jose Pedro de Souza Netto, 2.25, 7.066, 28 / 10001300, Eduardo Geraldo de Matos, 2.25, 7.011, 32 / 10000295, Graciela de Rezende Henriquez, 1.75, 7.008, 33 / 10000870, Salim Pimentel Elias, 1.75, 6.959, 37 / 10001224, **Bruno Fritoli Almeida**, 0.00, 6.883, 45 / 10001134, Luciano Antonio Fiorot, 4.00, 6.830, 52 / 10001293, Antonio Moreira Fernandes, 0.00, 6.787, 57 / 10001690, Dener Carpaneda, 0.75, 6.773, 58 / 10000331, Bruno J S Silva, 0.75, 6.390, 77.
 r 1

Cumpra também registrar que é inaplicável qualquer menção ao prazo do art.54 da Lei 9.784/99 (cinco anos), pois, conforme é cediço, o aludido prazo decadencial não se aplica quando o ato a ser anulado afronta diretamente a Constituição Federal, principalmente em matéria de concurso público (respeito à ordem classificatória e nomeação após prévia aprovação), além do próprio respeito à coisa julgada (art.5º, inciso XXXVI, CRFB):

"[...] MANDADO DE SEGURANÇA. SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. INGRESSO. SUBSTITUTO EFETIVADO COMO TITULAR DE SERVENTIA APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA. ARTIGO 236, § 3º, DA CRFB/88. NORMA AUTOAPLICÁVEL. DECADÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 54 DA LEI 9.784/1999. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. OFENSA DIRETA À CARTA MAGNA. SEGURANÇA DENEGADA. [...]O desrespeito à imposição constitucional da necessidade de concurso público de provas e títulos para ingresso da carreira notarial, além de gerar os claros

efeitos advindos da consequente nulidade do ato (CRFB/88, art. 37, II e §2º, c/c art. 236, §3º), fere frontalmente a Constituição da República de 1988, restando a efetivação na titularidade dos cartórios por outros meios um ato desprezível sob os ângulos constitucional e moral [...]”(STF, MS 26860, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 22-09-2014 PUBLIC 23-09-2014)

Portanto, não se pode cogitar que a convalidação por mero decurso do tempo obste a análise deste Juízo em relação aos atos processuais praticados pela Justiça Estadual, ainda mais considerando a decisão transitada em julgado proferida pelo e. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Entender de forma diversa, a par de no caso concreto representar violação à coisa julgada, como se verá a seguir, representa permitir o exercício do cargo inicial da magistratura pelo simples decurso do tempo, sem que tenha satisfeito o indispensável requisito constitucional da aprovação em concurso público de provas e de títulos.

Diante do regime constitucional do Poder Judiciário, das regras para o acesso ao cargo inicial, das prerrogativas, das garantias e das vedações é que não se pode pretender modular, ou estabelecer uma distinção, visando aplicar a teoria do fato consumado, para além de sua rejeição pela jurisprudência pacífica.

Desse modo, **afasto** a alegação de perda de objeto desta ação, em virtude do reconhecimento administrativo do vitaliciamento do Autor no cargo de Juiz Substituto.

Sendo assim, é necessário enfrentar como questão prioritária a existência de coisa julgada em razão do trânsito em julgado do processo n.0104215-76.2014.4.02.5001/ES. Trata-se de questão de ordem pública e que deve ser conhecida de ofício pelo magistrado, além de ter sido ventilada na defesa do Estado do Espírito Santo (como litispendência).

A mera comparação entre as petições iniciais evidenciam que o objeto da presente ação está acobertado pelo fenômeno da coisa julgada do art.502 do CPC.

A ação n.0104215-76.2014.4.02.5001/ES foi ajuizada por BRUNO FRITOLI ALMEIDA em face da FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – FUB/CESPE e o ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, objetivando o afastamento de supostas ilegalidades praticadas na correção de prova do certame para o cargo de Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Edital n.8/2002), sendo lhe atribuída a nota decorrente do afastamento das referidas ilegalidades. Sustentou o autor que: a) quando convocado para a quarta etapa (prova oral), foi submetido a uma prova nos moldes do Edital nº 28, sendo este diverso do Edital nº

01 inicialmente fixado, no que diz respeito ao tempo de avaliação pela banca examinadora; b) que restou alterada a forma de distribuição dos critérios previstos no item 11.6 do Edital, ocasionando prejuízo ao autor; c) que, em sua prova, teriam sido cobradas matérias fora do Edital.

De igual modo, o autor, na presente ação, requereu: a) a anulação dos critérios de correção da prova oral, uma vez que o candidato não poderia ser responsabilizado pela insuficiência de tempo hábil para atender aos questionamentos apresentados; b) anulação das questões de Direito Processual Civil, Direito Civil, Direito Constitucional e Direito do Consumidor, com atribuição de nota máxima, por estarem fora do edital; c) realização da reclassificação do autor, convalidando, em definitivo, o Ato Especial da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo n.184/2015; d) de forma subsidiária, a reaplicação da prova oral.

Portanto, há identidade de pedidos, de causa de pedir e das partes ESTADO DO ESPIRÍTO SANTO e BRUNO FRITOLI ALMEIDA.

Ora, em rápida comparação, verifica-se que os pontos da lide das presentes ações foram decididos de forma **exaustiva** pela sentença de ação n.0104215-76.2014.4.02.5001 e pelo acórdão do e.TRF-2:

"[...] Quanto ao mérito, os precedentes dos Tribunais Pátrios pacificaram a questão sobre a anulação de avaliações em certames públicos no sentido de que em matéria de provas e concursos, a competência do Poder Judiciário se limita ao exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do certame, vedado o exame de questões das provas e de notas atribuídas aos candidatos, matérias cuja responsabilidade é da banca examinadora. A dificuldade reside na delimitação precisa do que significa exame de "legalidade" e exame do "mérito" do ato administrativo. O primeiro é possível de ser efetivado pelo Poder Judiciário. O segundo fica restrito à "conveniência e oportunidade" da Administração. Pode-se afirmar, com segurança, que a inobservância tanto de regras claras do edital do certame quanto da desobediência a princípios e regras vinculantes que regem os atos administrativos podem e devem ser objeto de exame judicial, sob pena de o Estado-Juiz chancelar arbitrariedade e abuso de poder da autoridade administrativa. A Administração Pública ao coordenar, aplicar e executar o certame deve praticar atos em consonância estrita com a lei. Não há espaços para contrariedades à lei e ao edital. Nessa esteira, entender que ao Poder Judiciário seria vedado, em qualquer hipótese, intervir em critérios de avaliação e alterar notas obtidas em provas e concursos públicos caracteriza uma situação que pode levar a arbitrariedades e injustiças desarrazoadas, cujo exame não pode ser afastado do Poder Judiciário, por força do disposto no art. 5º, XXXV, da Lei Fundamental de 1988. É certo que tal entendimento deve ser observado com as devidas cautelas, haja vista que, de outro modo,

estar-se-ia adentrando em avaliação subjetiva acerca da elaboração das questões e das respostas adotadas pela banca examinadora, o que, repita-se, é vedado ao Poder Judiciário. No presente caso, conforme foi relatado, estou diante de duas espécies de impugnação. A primeira relativa ao procedimento aplicado ao candidato e a segunda relativa ao exame de questões da prova. No que concerne à questão procedimental, reputo que inexistente irregularidade na atuação da Administração, na figura da CESPE/FUB. O questionamento relativo ao tempo de duração de sua prova oral não encontra agasalho na norma regulamentadora editada através do art. 65, §5º da Resolução nº 75/09 do CNJ. Em verdade, a norma dispõe o tempo máximo de duração das arguições a serem realizadas, não estabelecendo qualquer limitação quanto ao mínimo. Ao adotar o prazo de 15 minutos como tempo total, não viola a Administração qualquer direito estabelecido em favor do AUTOR. E nem se fale, ao meu sentir por absurdo, que o referido tempo máximo previsto seria dirigido ao examinador, e não ao examinando. Ainda que se contemplasse como omissa a regra em face do examinando, ao estabelecer a limitação não estaria a Administração a cometer qualquer violação, posto que se trataria de regra incerta no âmbito da discricionariedade da Administração. Logo, não merece acolhida o argumento do AUTOR. Do mesmo modo, não se verifica violação à norma prevista no §3º, do art. 65 da Resolução nº 75/09 do CNJ, no método adotado pela Administração na avaliação a ser realizada pela Banca Examinadora. O mencionado dispositivo prevê que serão avaliados “o domínio do conhecimento jurídico, a adequação da linguagem, a articulação do raciocínio e o uso correto do vernáculo. E a avaliação fez rigorosamente isto. Aglutinar elementos compatíveis como adequação da linguagem e uso correto do vernáculo em um mesmo tópico não traz prejuízo algum. Poder-se-ia argumentar que o fracionamento em cinco tópicos traria maior benefício ao AUTOR no caso concreto. Todavia, não há demonstração que o AUTOR tenha obtido os 25% de nota, previstos no item questionado, e que, fracionados poderiam representar 40% do total. Logo, não assiste razão ao AUTOR nesse ponto [...] (Sentença de evento 76 da ação n.0104215-76.2014.4.02.5001).

*"[...] No caso dos autos, o autor não apresenta provas de que as questões formuladas foram feitas fora do conteúdo programático previsto em edital, como bem destacado pelo Ministério Público Federal em seu parecer. O magistrado de primeiro grau tomou como verdadeiras as afirmações feitas na inicial ante à não impugnação específica dos réus quanto ao tema. Ocorre que, dos documentos acostados aos autos pelo autor, não se consegue verificar quais foram as perguntas formuladas pela banca examinadora e em que parte teriam fugido da matéria cobrada no Edital. **Em causas relacionadas à Fazenda Pública, inexistente confissão ficta e, por isso, a ausência de impugnação específica sobre fatos narrados não altera o ônus da prova relacionado à atuação do autor no desenvolvimento do processo.** Dessa forma, **não há como acolher a tese autoral acerca da violação ao princípio da vinculação ao Edital,** especialmente se considerado que o critério de correção **foi utilizado para todos os candidatos,** devendo ser mantido, sob pena de violação ao princípio da igualdade. 15. Assim sendo, **é forçoso concluir pela anulação parcial da sentença e, aplicando o princípio da causa madura,***

***julgar totalmente improcedente o pedido autoral.** 16. Isto posto, nego provimento aos agravos retidos, **dou parcial provimento à remessa necessária e aos apelos para anular parcialmente a sentença e, aplicando o disposto no art. 1.013 do NCPC, julgar totalmente improcedente o pedido, cassando a antecipação de tutela deferida às fls. 320/325**, condenando a parte autora em honorários advocatícios que fixo em dez por cento sobre o valor atualizado da causa, na forma do art. 85, e §§ do NCPC. Custas ex lege. Expeça-se ofício ao Exmo. Sr. Presidente do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, comunicando o teor deste voto. É como voto [...] (Trecho do voto da Apelação n. 01042157620144025001 ES 0104215-76.2014.4.02.5001, Relator: GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, Data de Julgamento: 12/03/2018, 6ª TURMA ESPECIALIZADA) [grifo nosso].*

Depreende-se dos julgados que a eliminação do autor no concurso público obedeceu aos parâmetros do Edital e foi regular, **sendo imutável a decisão neste ponto.**

Cabe ressaltar que a questão do vitaliciamento também está acobertada pela coisa julgada, já que a parte autora trouxe à baila o tema no pedido de evento 118 da Apelação n.01042157620144025001 ao pretender a perda do objeto, enquanto estava pendente o julgamento do recurso de embargos de declaração (evento 51 da Apelação n.01042157620144025001).

Na ocasião, o e.TRF-2 decidiu que "[...] **nada a prover** [...]" (evento 118 da Apelação n.01042157620144025001), determinando o julgamento do recurso, ocasião em que autor pediu a homologação da desistência (evento 125 da Apelação n.01042157620144025001) em razão do pedido ter sido supostamente atendido na esfera administrativa. Assim, houve a homologação da desistência do recurso em evento 133, de modo que a ação transitou em julgado 10.11.2022 (evento 150 da Apelação n.01042157620144025001).

Portanto, todas as questões trazidas pela inicial deste ação foram resolvidas de forma definitiva na ação 0104215-76.2014.4.02.5001.

Ainda é importante destacar que o ajuizamento da ação na Justiça Estadual tão logo a decisão do autor foi cassada no âmbito federal pretendeu rever, com a devida vênia, decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Como bem salientou o Desembargador Ney Batista Coutinho na Suspensão de Liminar n.0009684-23.2018.08.0000, "[...] **impor ao gestor do Poder Judiciário Estadual a manutenção do Requerido no cargo, significa, a um só tempo, o desrespeito ao Acórdão da Justiça Federal que culminou com a revogação da medida liminar e a sua submissão ao comando do primeiro grau de jurisdição** [...]" (fl.09 de anexo 11 de evento 01).

Sendo assim, havendo a duplicidade de ações com igual objeto, há que se reconhecer a existência de coisa julgada (art.502 do CPC) , uma vez que a presente ação se trata de repetição de ação n.0104215-76.2014.4.02.5001 transitada em julgado, impondo-se a extinção do processo sem resolução do mérito, na forma do art. 485, V, do CPC.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, nos termos da fundamentação, **JULGO EXTINTO** o feito sem **resolução** do mérito, nos termos do art. 485, V, do CPC, ante a ocorrência de coisa julgada, revogando a tutela de urgência de fls.56/60 de anexo 09 de evento 01.

Em razão do princípio da causalidade, condeno a parte autora no pagamento das custas judiciais finais (R\$ 824,24) e dos honorários sucumbenciais aos réus (*pro rata*), estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §2º, do CPC.

Intimem-se.

Expeça-se ofício ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, comunicando o teor desta sentença.

Com o trânsito em julgado, nada sendo requerido, arquivem-se os autos.

Intimem-se.

Documento eletrônico assinado por **FERNANDO CESAR BAPTISTA DE MATTOS, Juiz Federal**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 2ª Região nº 17, de 26 de março de 2018. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc.jfes.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador **500002280695v5** e do código CRC **b73b0e07**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): FERNANDO CESAR BAPTISTA DE MATTOS

Data e Hora: 22/5/2023, às 15:10:27

5021793-41.2023.4.02.5001

500002280695.V5