



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2023.0000302966

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1062601-31.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado _____.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U. (Anotada a presença da Dra Giovanna Giordano Di Burlina, OAB/SP 401.643)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS VILLEN E ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 17 de abril de 2023

JOSÉ EDUARDO MARCONDES MACHADO

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação nº 1062601-31.2021.8.26.0053
 Relator: **José Eduardo Marcondes Machado**
 Órgão Julgador: **10ª Câmara de Direito Público**
 Apelante: **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**
 Apelado: _____
 Comarca: **São Paulo - 15ª Vara da Fazenda Pública**
 Juíza: **Dra. Gilsa Elena Rios**
 Voto nº 4808

APELAÇÃO. Concurso público para provimento do cargo de Soldado PM de 2ª Classe. Exclusão do candidato na fase de exame médico. Desvio de septo nasal. Motivo insuficiente à eliminação. Ausente comprovação de que tal condição impeça ou prejudique o exercício da função de policial militar. Laudo pericial que não ampara a exclusão. Ato administrativo praticado além dos limites da razoabilidade e proporcionalidade, a permitir correção pela via judicial. Precedentes desta Câmara em casos parelhos. Honorários advocatícios arbitrados em percentual do valor da causa, balizado pelo pedido indenizatório rechaçado na sentença. Insurgência da Fazenda do Estado, Acolhimento. Cabível a fixação por equidade porquanto inestimável o proveito econômico, notadamente porque o pronunciamento judicial se limitou a autorizar o demandante a prosseguir no concurso. Sentença reformada apenas para arbitrar os honorários advocatícios por equidade. Recurso parcialmente provido.

Cuida-se de recurso de apelação interposto pela **Fazenda Pública do Estado de São Paulo** contra a sentença proferida a fls. 149/153, cujo relatório adota-se integralmente, que julgou parcialmente procedente a ação anulatória de ato administrativo promovida por _____, para declarar nulo o ato que culminou com a exclusão do autor do concurso público, reconhecendo seu direito de participar da etapa seguinte do certame, mas rechaçou a pretensão indenizatória por danos morais.

Irresignada, sustenta a FESP, em síntese, que (i) não houve qualquer ilegalidade ou excesso praticado pela administração pública em virtude da exclusão do candidato do concurso público; (ii) o edital de abertura do certame previu a etapa de apresentação de exame médico para ingresso na Polícia Militar do Estado de São



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Paulo, inclusive como fase eliminatória, sendo o autor desclassificado em razão do diagnóstico de desvio de septo nasal, condição que implica na inaptidão do candidato em exercer o cargo pretendido, na medida em que suas consequências podem acarretar prejuízos à saúde e à atenção; (iii) o ingresso nos quadros da Polícia Militar exige condições satisfatórias de saúde física, o que não foi demonstrado no caso; (iv) os critérios para admissão na carreira se inserem no mérito administrativo, insuscetível de revisão pelo Poder Judiciário; e (v) é necessária a revisão dos honorários advocatícios, para que sejam arbitrados por equidade, pois a reintegração no certame abarca questão de valor inestimável.

Requer o provimento recursal, com reforma da sentença ora proferida, para que seja reconhecida a improcedência da ação anulatória.

Contrarrazões apresentadas a fls. 187/193.

Recurso tempestivo, sem preparo devido à isenção do ente estadual.

Há oposição ao julgamento virtual (fl. 200).

É o relatório.

O recurso comporta provimento apenas no que tange aos honorários advocatícios.

Colhe-se dos autos que o autor se inscreveu em concurso público destinado ao provimento de cargo de Soldado PM de 2ª Classe do Quadro de Praças de Polícia Militar (QPPM), sob os termos do edital nº DP-1/321/21 (fls. 19/71). Cinge-se a controvérsia à legalidade de ato administrativo que o considerou inapto em virtude de constatado desvio de septo nasal.

Não se olvida que o próprio edital do certame em questão prevê a possibilidade de desclassificação dos candidatos portadores de desvio de septo nasal (item 3.3.8, capítulo X, fls. 40), nem que o candidato possui o referido quadro, conforme atestado pelo perito às fls. 136/141. Todavia, parece evidenciado que tal previsão extrapola o exercício do poder discricionário da Administração Pública.

Cediço que a discricionariedade administrativa deve se pautar dentro dos limites da legalidade, sob pena de constituir em arbitrariedade no caso concreto. No ponto, conforme leciona Hely Lopes Meirelles: *“Já temos acentuado, e insistimos mais uma vez, que ato discricionário não se confunde com ato arbitrário. Discrissão e arbítrio*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

são conceitos inteiramente diversos. Discrição é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é, sempre e sempre, ilegítimo e inválido” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, 44ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 169).

O edital de abertura do concurso público, portanto, deve respeitar os limites da proporcionalidade e razoabilidade quando das exigências para preenchimento dos cargos, sempre norteado pelos limites legais e constitucionais, conforme ensina Rita Tourinho: *“Apesar de o inciso I, do artigo 37, da Carta Constitucional ter garantido a ampla acessibilidade a cargos e empregos públicos, aduz que, no caso de brasileiros devem preencher os requisitos constantes em lei. Assim, o art. 5º, da Lei nº 8112/90, determina que são requisitos básicos para investidura em cargo público: nacionalidade brasileira, gozo de direitos políticos, quitação com as obrigações militares (sexo masculino) e eleitorais, nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo, idade mínima de dezoito anos e aptidão física e mental. Acrescenta o parágrafo 1º do referido artigo que 'as atribuições do cargo podem justificar a exigência de outros requisitos'. Porém, conforme leciona Adilson Abreu Dallari, 'somente a lei, em sentido estrito, poder fixar requisitos; ou seja, nem o regulamento nem o edital do concurso podem validamente fixar condições restritivas de participação de brasileiros'. Com efeito, se a lei não faz restrições quanto à formação profissional para o exercício de cargo ou emprego público, não poderá a regra regulamentar impor tais restrições”* (TOURINHO, Rita. O concurso público no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 67).

E de fato, no caso, afigura-se ilegal o ato administrativo questionado, uma vez que não se explicitou de que maneira o desvio de septo prejudicaria ou impossibilitaria o exercício da função policial militar pelo candidato.

A perícia realizada pelo IMESC (fls. 136/141) indicou que de fato o apelado possui o desvio de septo, que o enquadraria na previsão editalícia, mas não discorreu sobre o grau do desvio e tampouco esclareceu acerca das consequências que o quadro lhe causaria no exercício da atividade policial, a evidenciar que a incapacidade, no caso, constitui mera hipótese não atestada de forma direta pela prova técnica.

Ao ser questionado nos quesitos sobre o grau de certeza de que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

uma pessoa que tenha desvio de septo representará problemas graves no futuro, constatou que "2. *Depende de sua atividade laboral e dia a dia, há possibilidade*" (sic - fl. 123). No quesito levantado pela Fazenda "3. *Pode-se afirmar que o autor possui condições de exercer as funções durante todo o tempo estimado de vida laboral como Policial Militar, considerando possível evolução da patologia e o período que ele terá de laborar para obter o direito a eventual aposentadoria?*", o perito concluiu positivamente pela capacidade laboral do autor à fl. 140:"3. *De acordo com Edital: sim*".

Além do mais, além de não ser possível concluir que a condição do autor impeça ou dificulte o exercício do cargo, é de se observar que houve aprovação em teste de aptidão física, a presumir que o desvio de septo nasal não traz grandes consequências para seu sistema respiratório, conforme sustentado pela recorrente.

Assim, ausente qualquer motivação apta a justificar a desclassificação do candidato, subsistindo a mera previsão editalícia discriminatória, correto o posicionamento adotado pelo juízo *a quo*.

O entendimento ora adotado conflui a julgados desta 10ª

Câmara:

CONCURSO PÚBLICO. Polícia Militar. Soldado 2ª Classe. Autor aprovado na prova escrita e no exame de condicionamento físico. Laudo médico que, no entanto, concluiu pela inaptidão para o exercício da função policial militar, por apresentar "desvio de septo nasal". Laudo pericial no sentido de que o quadro de desvio apresentado pelo autor não gera obstrução nasal e não compromete o desenvolvimento de atividades profissionais. Administração Pública que não demonstrou a interferência dessa condição no exercício da função policial militar. Arbitrariedade. Ilegalidade do ato de exclusão. Sentença que julgou a ação parcialmente procedente para determinar a reintegração do autor ao concurso. Recursos voluntário do Estado e oficial, que se considera interposto, não providos. **(TJSP; Apelação Cível 1023588-93.2019.8.26.0053; Relator: Antonio Carlos Villen; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/11/2021; Data de Registro: 16/11/2021).**

“APELAÇÃO. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. Policial Militar/Soldado de 2ª Classe. Candidato considerado inapto em exame médico por apresentar "desvio no septo nasal" e "cisto nas pregas vocais". Previsão no edital do certame. Ato administrativo discricionário que viola razoabilidade e proporcionalidade.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

VOTO Nº 4808 – JEMM – MYU 5/7

Ausência de motivação que relacione o desvio a prejuízo no exercício das funções. Precedentes. Dano moral não configurado. Sentença reformada para julgar procedente em parte a ação. Recurso parcialmente provido”. (TJSP; **Apelação Cível 1024832-57.2019.8.26.0053; Relator: Marcelo Semer; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 05/02/2021; Data de Registro: 05/02/2021).**

“CONCURSO PÚBLICO. Polícia Militar. Soldado 2ª Classe. Autor aprovado na prova escrita e no exame físico. Exame médico que, no entanto, o considerou inapto para exercer a atividade, por ser portador de desvio de septo nasal. Arbitrariedade. Ilegalidade da exclusão. Sentença de parcial procedência. Recursos oficial, que se considera interposto, e voluntário não providos” (TJSP; **Apelação Cível 1040807-22.2019.8.26.0053; Relator: Antonio Carlos Villen; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 09/03/2020; Data de Registro: 09/03/2020).**

“SERVIDOR Concurso público – Polícia Militar – Exame médico – Desvio de Septo Nasal – Inaptidão – Impossibilidade: -- Ilegítima a exclusão do certame por anomalia que pode ser corrigida com tratamento médico e não impede o exercício das funções de policial militar” (TJSP; **Apelação / Remessa Necessária 101253491.2015.8.26.0564; Relatora: Teresa Ramos Marques; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de São Bernardo do Campo - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21/05/2018; Data de Registro: 23/05/2018).**

Quanto aos honorários de sucumbência, tem-se que em conformidade com o § 2º, do artigo 85 do Código de Processo Civil, a fixação deve considerar o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado, o tempo exigido pelo serviço e ainda o benefício obtido; quando a Fazenda Pública é parte, observar-se-ão as faixas escalonadas previstas no § 3º do artigo 85 do mesmo diploma legal.

Não se pode olvidar que o Superior Tribunal de Justiça, ao



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

examinar o Recurso Especial n.º 1.850.512/SP, sob o rito dos repetitivos (Tema 1.076), formulou as seguintes teses, de caráter vinculante:

VOTO Nº 4808 – JEMM – MYU 6/7

i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC a depender da presença da Fazenda Pública na lide, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa.

ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo.

Sucedo que, na hipótese ora examinado é cabível a fixação por equidade porquanto inestimável o proveito econômico auferido na reintegração em certame público, notadamente porque o pronunciamento judicial se limitou a permitir que o demandante prossiga no concurso. Logo, não há razão de fixar a honorária em percentual do valor da causa, que aliás foi balizada no pedido indenizatório não acolhido na sentença.

Por tais motivos, é caso de acolher, neste ponto, o recurso da Fazenda para estabelecer a verba honorária por equidade e, à vista do trabalho realizado, fixá-la, já computado o acréscimo desenvolvido na esfera recursal, em R\$ 5.000,00, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso.

JOSÉ EDUARDO MARCONDES MACHADO
 Relator



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

VOTO Nº 4808 – JEMM – MYU 7/7