



ACÓRDÃO N°
PROCESSO N° 0001073-45.2009.814.0063 SAP 2010.3.022927-8
1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO
APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO
COMARCA: VIGIA
APELANTE: PREFEITURA MUNICIPAL DE VIGIA
Advogada: Dra. Adriana Barros Norat, OAB/PA n°.11.091
APELADA: SANDRA MARIA COSTA
Advogada: Dra. Liliane Almeida de Souza, OAB/PA n°. 7473 e outro
RELATORA: DESA. CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO.

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. DEMANDA PROPOSTA NO CURSO DA VIGÊNCIA DO EDITAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. DECURSO DO TEMPO. SEGURANÇA JURÍDICA. TEORIA DO FATO CONSUMADO.

- 1- Em tese, o princípio da vinculação ao ato de convocação atrai a necessidade de que o ente público, assim como exige do particular, faça cumprir os termos deduzidos no edital. A convocação sucessiva, na ordem de classificação, portanto, é regra que deve ser regidamente respeitada;
- 2- O candidato aprovado dentro do número de vagas possui direito subjetivo à nomeação, que nasce a partir de exaurido o prazo do edital do concurso. Mas que, caso a nomeação descumpra a ordem de classificação, ocupando irregularmente as vagas ofertadas, nasce para o candidato o direito à nomeação, ainda que vigente o certame. Súmula 15/STJ;
- 3- Exige-se da Administração prévia dotação orçamentária para disponibilizar número de vagas a serem preenchidas em edital público. Não comprovação da falta de recursos para dar posse a candidata aprovada e classificada dentro do número de vagas.
- 4- Na seara de concurso público, a teoria do fato consumado é cabível em condições excepcionais, desde que satisfeitos os requisitos para o cargo e, por força do Tema 476/STF, desde que o candidato não tenha sido nomeado apenas por força de provimento de ordem precária, posteriormente revogado ou modificado;
- 5- O caso concreto não se subsume ao Tema 476/STF, na medida em que o impetrante ingressou no serviço público por força de provimento judicial definitivo, de efeitos ultra-ativos até o momento. Sendo assim, presentes os requisitos para o cargo e decorrido longo período entre seu ingresso e o presente, aplicável a teoria à espécie. Precedentes do STJ;
- 6- As astreintes não podem correr à responsabilidade do representante do ente público, que sequer compõe o polo passivo da lide, senão à pessoa jurídica que dará conta do prejuízo decorrente do ato coator de quem a representa. Precedentes do STJ;
- 7- Reexame Necessário e Apelação conhecidos. Negado provimento ao apelo. Em reexame necessário sentença parcialmente alterada para afastar a fixação de astreinte sobre o prefeito municipal e aplicando-a em face do Município de Vigia, limitada ao importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, os Excelentíssimos Desembargadores, integrantes da 1ª Turma de Direito Público, à unanimidade, em conhecer da remessa necessária e do recurso de apelação. Negar provimento ao recurso de apelação. Em Reexame Necessário alterar, em parte, a sentença, afastando a fixação de astreinte sobre o prefeito municipal e aplicando-a em face do Município de Vigia, limitada ao importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), nos termos da fundamentação.

1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, 16 de julho de 2018. Relatora Exma. Sra. Des. Célia Regina de Lima Pinheiro. Julgamento presidido pelo Exmo. Des. Roberto Gonçalves de Moura, tendo como segundo julgador o Exmo. Des. Roberto Gonçalves de Moura e como



terceira julgadora, a Exma. Desa. Ezilda Pastana Mutran.

Desembargadora CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO
Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. DESEMBARGADORA CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO
(RELATORA):

Trata-se de Reexame Necessário e recurso de apelação interposto pela Prefeitura Municipal de Vigia (fls. 48-50), em face de sentença (fls. 35-41), proferida pelo juízo de direito da Vara Única da Comarca de Vigia, que, nos autos da ação mandamental, impetrada por Sandra Maria Costa, concedeu a segurança, determinando a imediata nomeação da impetrante, no cargo que foi aprovada e classificada no Concurso Público nº. 001/2006, pelo impetrado. Fixou astreinte na ordem de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por dia, em face da autoridade coatora.

Nas razões da apelação (fls.48-50), o apelante requer inicialmente a atribuição do efeito suspensivo.

Alega que não dispõe de recursos financeiros para nomear todos os Agentes Comunitários de Saúde aprovados no concurso realizado em 2006, uma vez que as vagas disponibilizadas, no Concurso 001/2006, para os referidos cargos, estão ocupadas por servidores relacionados no procedimento preparatório nº.261/2004, realizado pelo Ministério Público do Trabalho.

Aduz que inexistente lesão ao direito líquido e certo. Que os documentos juntados, na inicial, apenas comprovam a aprovação da impetrante dentro do número de vaga previstas no Edital. Diz que o cumprimento da sentença configura desrespeito às normas constitucionais e ocasiona prejuízo ao Município.

Às fls.44-46, a impetrante peticiona, nos autos, requerendo que a autoridade coatora responda sobre o crime de desobediência.

Requer ao final, o conhecimento e provimento do apelo para reforma a sentença.

Apelação recebida no efeito devolutivo (fl.51).

Contrarrazões às fls.52-55, refutando as razões recursais e pugnando pela manutenção da sentença.

Distribuído os autos, coube-me a relatoria do feito (fl.57).

Às fls.58-59, concernente ao pedido de fls.44/46, determinei a extração de cópias da íntegra do processo e o devido encaminhamento ao Ministério Público, indeferi o pedido de efeito suspensivo requerido na apelação e determinei a remessa dos autos ao juízo de origem para certificar acerca da tempestividade do recurso de apelação.

Certidão que a Municipalidade foi intimada da sentença no dia 26/05/2010, bem como foram fornecidas a cópia integral dos autos ao Parquet (fl.64).

Parecer do Ministério Público, às fls. 68-74, pelo não conhecimento do recurso por ser intempestivo e em reexame pela manutenção da sentença.

À fl.75-75v. determinei a remessa para o juízo de origem, para a juntada aos autos, do mandado de intimação, viabilizando a aferição da



tempestividade do recurso.

À fl.78, o Diretor de Secretaria informa que o recurso de apelação interposto às fls.48-50 é tempestivo.

É o relatório.

VOTO

A EXMA SRA. DESEMBARGADORA CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO (RELATORA):

Aplicação das normas processuais

Considerando que o recurso deve observar a legislação vigente na data em que proferida a decisão recorrida, passo a aplicar o CPC/73 ao exame da matéria, haja vista a prolação da sentença ser anterior à vigência da nova lei processual.

Preliminar – Não conhecimento do recurso de apelação

Na manifestação ministerial o representante do Parquet alega a intempestividade do recurso de apelação, uma vez que o recorrente foi intimado da sentença em 26.05.2010, e somente, em 29.07.2010, interpôs o recurso de apelação, quando já transcorrido mais de 30 dias.

Cediço que o ente público possui o prazo em dobro para recorrer conforme prevê o art.188 do CPC/73.

Art.188 Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.

Também é fato que consta que o apelante foi intimado da sentença em 26/05/2010, conforme certidão exarada pelo Oficial de Justiça à fl.43, bem como o recurso de apelação foi interposta em 29/07/2010 conforme protocolo nº.20101001018-4 (fl.48).

Ocorre que, conforme deliberado no despacho de fl.75-75v., tais informações não eram suficientes para aferir a tempestividade recursal, máxime não foi acostado, nos autos, o mandado de intimação, razão pela qual foi determinado o retorno dos autos, ao juiz de origem para os devidos fins.

E, em 11.05.2015 foi expedido certidão pelo Diretor de Secretaria declarando que o apelo é tempestivo (fl.78).

Em sendo assim, considerando que o Diretor de Secretaria tem fé pública, rejeito a preliminar de intempestividade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do reexame necessário e do recurso de apelação e passo a analisar a matéria devolvida, na forma que segue:

Mérito

Direito subjetivo à nomeação

A construção lógica do juízo de piso, em suma, considerou ilegal o ato omissivo do ente municipal, que deixou de convocar A impetrante a ocupar o cargo de agente comunitário de saúde (zona urbana), para a qual foi aprovada dentro do número de vagas ofertadas. Analiso.



Em suas informações (fls. 13/14), a autoridade dita coatora alega que não há qualquer violação a direito ou regra prevista no Edital do concurso, tampouco conduta contrária ao ordenamento jurídico da ausência de nomeação da impetrante, uma vez que ainda se encontra dentro do prazo legal para nomear os aprovados.

O feito foi ajuizado em 03/12/09 e a sentença, prolatada em 04/05/2010, concedendo a segurança.

O documento de fls. 15-16 dá conta da classificação da impetrante/apelada, bem como do número de vagas ofertadas no edital de abertura, de cujo exame extraio que foram ofertadas 40 vagas para o cargo de agente comunitário de saúde – zona urbana, tendo a impetrante/apelada classificada em 37º lugar. Dentro do número de vagas, portanto. Na exordial (fls. 03/09), a impetrante afirma que fora logrado seu direito à nomeação, na medida em que o Município contratou terceiros para ocuparem as vagas ofertadas e destinadas à impetrante e a outros classificados no concurso público o qual foi realizado em 2006 e iria encerrar no ano de 2010.

Acerca do tema, o STF editou a Súmula 15, que transcrevo:

Súmula 15

Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

Em decisões assentadas nos termos sumulados, o STF vem assim se pronunciando:

Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas." (, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 10.8.2011, DJe de 3.10.2011,).

Do exposto, é possível extrair que o candidato aprovado dentro do número de vagas possui direito subjetivo à nomeação, que nasce a partir de exaurido o prazo do edital do concurso. Mas que, caso a nomeação descumpra a ordem de classificação, ocupando irregularmente as vagas ofertadas, nasce para o candidato o direito à nomeação, ainda que vigente o certame. Na espécie, em que pese a prova do direito subjetivo da impetrante à nomeação, não se pode olvidar que, ao tempo da impetração do presente mandamus, isto é, em 03/12/2009, ainda não havia expirado o prazo de validade do concurso, pois, conforme afirmado pela impetrante à fl.05, o mesmo iria encerrar no ano de 2010.

Por outro viés, o argumento de contratação de servidores temporários em lugar da ocupação das vagas ofertadas, em tese, capaz de superar o caráter prematuro da pretensão, não foi comprovado pela impetrante, o que, a



rigor, faz perecer o caráter da certeza de seu direito, inviabilizando o reconhecimento do direito em reclame.

Teoria do fato consumado

Não obstante o contexto posto, há relevantes elementos nos autos que reclamam acuidade ao exame da matéria. Vejamos.

Por força da decisão definitiva, proferida na sentença, a impetrante foi nomeada para o cargo ao qual foi aprovada. Isto se deu em maio/10, sendo que o prazo do concurso iria expirar no ano de 2010. Logo, desde maio de 2010, a impetrante vem ocupando o cargo de agente comunitário de saúde – há mais de oito anos.

A teoria do fato consumado consiste em convalidar uma situação de fato ilegal, que perdurou ao longo do tempo, em homenagem aos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé e da segurança jurídica. Na seara de concurso público, essa teoria é cabível em condições excepcionais, desde que satisfeitos os requisitos para o cargo e, por força do Tema 476/STF, desde que o candidato não tenha sido nomeado apenas por força de provimento de ordem precária, posteriormente revogado ou modificado.

Segue a transcrição da tese firmada no Tema, assim como de verbetes do STJ no sentido exposto, com grifos:

Tema 476/STF

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.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. COMPATIBILIDADE ENTRE A QUESTÃO FORMULADA E O CONTEÚDO PROGRAMÁTICO. RECONHECIMENTO. INTERDISCIPLINARIDADE. INOCORRÊNCIA. PREVALÊNCIA DA MÉDIA FINAL PARA APROVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREVISÃO EDITALÍCIA DE NOTA MÍNIMA EM CADA MÓDULO. PROSSEGUIMENTO NO CERTAME MEDIANTE CONCESSÃO DE LIMINAR. POSSE NO CARGO PÚBLICO A 5 ANOS. TEORIA DO FATO CONSUMADO. APLICAÇÃO EXCEPCIONAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Nas demandas referentes a concurso público, a atuação do Poder Judiciário limita-se ao exame da legalidade do certame. Admite-se, portanto, a análise da correlação entre a pergunta formulada e o conteúdo programático. 2. Na espécie, há compatibilidade entre o problema sugerido na prova subjetiva e as matérias exigidas para o concurso, pois a questão, de direito empresarial, referiu-se a atuação do Estado na constituição, aquisição ou alienação de participação societária, tendo constado do respectivo tópico as Sociedades Mercantis, Sociedades Mistas e Empresas Públicas. 3. O fato de se ter ressaltado o dever de observar os temas de "cada disciplina" não impede que para a resposta da pergunta seja necessário utilizar dos ensinamentos de outro ramo do direito. 4. Nos termos do princípio da vinculação ao edital, tendo sido determinado que para aprovação o candidato deveria obter nota mínima em cada módulo, é insuficiente que ele alcance a média apenas no somatório final. 5. A jurisprudência deste Sodalício, em situações excepcionalíssimas, admite a incidência da Teoria do Fato Consumado, à luz do princípio da segurança jurídica e desde que preenchidos dos requisitos para o cargo. Na hipótese, candidata-impetrante, mediante liminar em mandado de segurança prosseguiu no concurso e tomou posse; foi aprovada no estágio probatório e exerce a função pública a 5 (cinco) anos. 6. Recurso ordinário a que se dá parcial provimento. (STJ - RMS: 31152 PR 2009/0242361-8, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 18/02/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/02/2014)

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA EM PRIMEIRO LUGAR. PREVISÃO EDITALÍCIA DE UMA VAGA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. LIMINAR QUE DETERMINOU A NOMEAÇÃO ANTES DE



ESCOADO O PRAZO QUE DETINHA A ADMINISTRAÇÃO. POSTERIOR CONSUMAÇÃO DO PRAZO, NADA OBSTANTE. NECESSIDADE DE CONVALIDAÇÃO. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA.

1. Ainda que o concurso em relação ao qual a autora logrou aprovação não tivesse expirado quando da impetração ou do deferimento da medida liminar, máxime diante da prorrogação de sua validade por dois anos, é certo que tal prazo há muito já se esvaiu no momento em que se analisa o mérito deste mandamus, bem como já nomeada e empossada se encontra a impetrante, aprovada em primeiro lugar no certame cujo edital previa uma vaga.
2. Nos termos da jurisprudência que prevalece nesta Corte, o aprovado dentro do número de vagas tem direito subjetivo à nomeação, dentro do prazo de validade do certame.
3. Ordem concedida para ratificar a medida liminar, reconhecendo-se o direito subjetivo da impetrante a se manter no cargo a que nomeada por força da referida decisão, de Analista de Gestão em Pesquisa e Investigação Biomédica em Saúde Pública, especialidade Odontologia Clínica.
4. Prejudicada a análise do Agravo Regimental interposto contra a concessão da medida liminar. (MS 18.718/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2015, DJe 16/11/2015)

Itero que a espécie não se subsume ao Tema 476/STF, na medida em que a impetrante ingressou no serviço público por força de provimento judicial definitivo, de efeitos ultrativos até o momento. Logo, há distinção entre o caso dos autos e o paradigma do precedente em relevo.

Por outro jaez, a arguição do apelante para não nomear a impetrante/apelada é de que não possui recursos financeiros já que os cargos, ao qual aquela concorreu, estão ocupados por servidores relacionados no procedimento preparatório n°.261/2004, realizado pelo Ministério Público do Trabalho.

Ora, cediço que havendo a necessidade de prover determinado número de cargos através da publicação de edital de concurso, a nomeação e posse de candidato aprovado dentro das vagas ofertadas transmuda-se de mera expectativa a direito subjetivo, sendo ilegal o ato omissivo da administração que não assegura a nomeação de candidato aprovado e classificado até o limite de vagas previstas no edital, por se tratar de ato vinculado.

Logo, antes de lançar edital para a contratação de pessoal mediante concurso público, a administração está constitucionalmente obrigada a prover os recursos necessários para fazer frente a tal despesa, não podendo alegar falta de recursos financeiros para a posse dos candidatos aprovados e classificados.

Nesse sentido:

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS - EXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO.

1. O candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas oferecidas no edital, tem direito subjetivo a ser nomeado, pois, procedendo, a Administração, à indicação exata de cargos vagos a serem providos no certame, tem-se por configurada a necessidade do seu preenchimento.
2. Para disponibilizar número certo de vagas a serem preenchidas em edital público, exige-se da Administração prévia dotação orçamentária.
3. Sentença mantida, em reexame necessário. (TJMG - Reexame Necessário-Cv 1.0556.12.000406-5/001, Relator(a): Des.(a) Áurea Brasil, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/01/2013, publicação da súmula em 15/01/2013)

Nesse contexto, pelas jurisprudências colacionadas no corpo de deste voto, infundada a alegação de que não nomeou a apelada por falta de recursos



financeiros.

Desta sorte, com fulcro no princípio da segurança jurídica, tenho que consolidada a situação fática dos autos, ante o que não vislumbro motivos relevantes a demovê-la, do pondo de vista jurídico, pelo que aplico à hipótese a teoria do fato consumado, convalidando os atos até então praticados, em confirmação à sentença, no ponto em que concedeu a segurança no presente writ.

Multa cominatória

A multa cominatória, quando imposta sobre a pessoa física do gestor público, que atua na qualidade de representante do ente estatal, não deve prosperar, na medida em que o gestor sequer compõe o polo passivo da demanda, não subsistindo motivo a ensejar tal responsabilidade, de caráter pessoal, ora imposta.

Nessa linha, considerando que a ação foi ajuizada contra o ato do Prefeito de Vigia e que será o ente estatal a compor o polo passivo da demanda, sendo este dotado de personalidade jurídica e pessoa diversa de seu representante, deve ele responder pela pretensão cominatória, não havendo confundir-se com a pessoa física que o representa.

Neste sentido, o STJ, consubstanciado no julgamento do Ag. 1.287.148/PR, DJe 16.06.2010, que pacifica a discussão acerca da responsabilidade pessoal de agentes políticos, em hipóteses tais quais a dos autos.

Desta feita, entendo necessária a reforma da sentença, neste particular, devendo a multa restar imposta apenas sobre o Município de Vigia, dado seu caráter necessário de efetividade das decisões judiciais, devendo ser limitada a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), considerados a proporcionalidade entre os bens envolvidos e a capacidade econômica do ente público em litígio.

Ante o exposto, conheço da remessa necessária e do recurso de apelação. Nego provimento ao recurso de apelação. Em Reexame Necessário altero, em parte, a sentença, afastando a fixação de astreinte sobre o prefeito municipal e aplicando-a em face do Município de Vigia, limitada ao importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), nos termos da fundamentação.

É o voto.

Belém-PA, 16 de julho de 2018.

Desembargadora **CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO**
Relatora