



ACORDÃO N°.

PROCESSO N°: 0000513.53.2010.8.14.0063

1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO

COMARCA DE VIGIA DE NAZARÉ

REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

SENTENCIANTE:JUÍZO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE VIGIA

SENTENCIADO:EDENY COSTA VILHENA

Procurador (a) de Justiça: Dr. Raimundo de Mendonça Ribeiro Alves

RELATORA: DESA. CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA.CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DEMANDA PROPOSTA NO CURSO DA VIGÊNCIA DO EDITAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. DECURSO DO TEMPO. SEGURANÇA JURÍDICA. TEORIA DO FATO CONSUMADO.

- 1- 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;
- 2- Na seara de concurso público, a teoria do fato consumado é cabível em condições excepcionais, 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;
- 3- 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;
- 4- Reexame Necessário conhecido e desprovido. Sentença confirmada em reexame.

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, os Excelentíssimos Desembargadores, integrantes da 1ª Turma de Direito Público, à unanimidade, em conhecer do reexame necessário e confirmar a sentença, todavia, por outros fundamentos, nos termos do exposto.

1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, 07 de dezembro de 2018. Relatora Exma. Sra. Desa. 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. Des. Ezilda Pastana Mutran.

Desembargadora CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO

Relatora

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO (Relatora):

Trata-se de REEXAME DE SENTENÇA referente a sentença (fls. 23-28) prolatada pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Vigia que, nos autos da Ação Mandamental (proc. n° 0000513.53.2010.814.0063) proposta por EDENY COSTA VILHENA contra ato do PREFEITO DO MUNICÍPIO DE VIGIA DE NAZARÉ, concedeu a segurança pleiteada para determinar a autoridade coatora que nomeie a impetrante ao cargo de que fora aprovada no Concurso Público n°.001/2008 da Prefeitura Municipal de Vigia de Nazaré conforme a classificação. Por fim, fixou multa de R\$5.000,00 (cinco mil reais) em caso de descumprimento judicial.



Consta da exordial de fls. 3-8, que a impetrante concorreu para o cargo de Professor de Ensino Fundamental-1ª a 4ª Série- Zona Rural- no concurso público nº.001/2008, da Prefeitura Municipal de Vigia de Nazaré, sendo aprovada e classificada em 6º lugar. Assevera que a Administração, ao invés, de nomear os candidatos aprovados no certame, contrata terceiros para ocupar as vagas ofertadas.

Aduz resta comprovado os requisitos para a concessão da liminar.

Ao final, pugnou pelo deferimento da liminar para que a autoridade coatora assegure sua vaga, a gratuidade da justiça, e o reconhecimento da ilegalidade da contratação de terceiros para ocupar os cargos disponibilizados no Edital que regeu o Concurso Público-001/2008 da Prefeitura Municipal de Vigia.

Junta documentos de fls. 9-13.

À fl.14, o juiz a quo determinou a intimação da autoridade coatora para prestar informações e se reservou para apreciar a liminar após, o prazo para informações.

A autoridade coatora prestou informações (fls.17-18).

Sentença prolatada às fls. 23-28.

Certidão de que não houve a interposição de recurso voluntário (fl.31).

Distribuído os autos à minha relatoria (fl.33).

O Ministério Público, nesta instância, manifesta-se pela manutenção da sentença (fls. 36-42).

Despacho determinando a intimação pessoal da impetrante para regular a representação judicial (fl.54). Certidão de que foi enviada Carta de intimação, por AR (aviso de recebimento) tendo sido certificado pelo Correio, desconhecido (fl.58).

Despacho determinando a intimação da imperante, por meio de oficial de justiça para regularizar a representação processual (fl.59). Certidão de que decorreu o prazo sem manifestação da impetrante (fl.65).

É o relatório.

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA 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.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do Reexame Necessário e passo a analisar a matéria devolvida.

Mérito

A sentença em reexame firma o direito líquido e certo do impetrante, de nomeação e posse no cargo-Advogado, para o qual foi aprovado dentro o número de vagas.

Do prazo de validade do concurso

Inicialmente, consigno que, dentre as informações de fls.17-18, a autoridade coatora afirma que quando da impetração do mandamus, ainda estava no prazo, a validade do certame.



Por oportuno, transcrevo o seguinte excerto:

Não encontramos violação a violação a direito ou regra prevista no edital do concurso, nem conduta contrária ao ordenamento jurídico em decorrência da ausência de convocação para nomeação da Impetrante, visto que dispõe de 02 (dois) anos a contar da data de homologação, que ocorre em dezembro de 2008, conforme previsto no item 29 do edital do concurso, em anexo.

In casu, foi acostado a lista dos aprovados dos candidatos inscritos no concurso público municipal de Vigia, realizado em 22/06/2008, para o cargo de Professor de Ensino Fundamental 1ª a 4ª Série- Zona Rural, constando o nome da impetrante aprovada em 6º lugar (fl.10).

Registro que embora a impetrante não tenha carreado o Edital do Certame, na transcrição alhures, a autoridade coatora informou que o prazo de validade era de 2 anos a contar da sua homologação que ocorreu em dezembro de 2008.

Nesse contexto, considerando a data da homologação do Edital, isto é, dezembro de 2008 e a propositura da ação mandamental (22/04/2010), verifico que quando da impetração do mandamus não havia decorrido o prazo de 2 anos conforme deduzido nas informações. Do direito subjetivo

A convocação de candidatos aprovados na estrita ordem de classificação é regra que se impõe diante da imperiosa obediência aos termos da lei do concurso, que traduz o princípio da Vinculação ao Edital; do mesmo modo ao princípio basilar da isonomia, com a qual devem ser tratados os candidatos.

Em concreto, observo que em 22/04/2010 Edeny Costa Vilhena impetrou Mandado de Segurança, alegando que se inscreveu no concurso público para o provimento de vagas em diversos cargos, tendo se candidatado para o cargo de Professor de Ensino Fundamental-1ª a 4ª Série- Zona Rural. Após o resultado final do certame, a impetrante atingiu a 6ª (sexta) posição (fl. 10), ficando dentro do número de classificação.

A construção lógica do juízo de piso, em suma, considerou ilegal o ato omissivo da autoridade coatora, que deixou de convocar a impetrante a ocupar o cargo de Professor de Ensino Fundamental-1ª a 4ª Série- Zona Rural, para o qual foi aprovada em sexto lugar.

Não desconheço a alegação da autoridade dita coatora em suas informações, no sentido de que não restou provada a citadas contratações, muito menos que ocupam as vagas dos candidatos aprovados e classificados, mormente afirma que os contratos temporários foram encerrados no final de dezembro de 2009 (fl.18).

Todavia, considerando que o documento de fl. 10 dá conta da classificação do impetrante de cujo exame extraio que foi aprovada e classificada na 6ª (segunda) posição, é irrelevante tal argumento diante do direito líquido e certo que emana da aprovação do candidato dentro do número de vagas ofertadas no edital, como é o caso da impetrante, impondo-se o reconhecimento da violação a direito subjetivo.

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, ainda não havia expirado o prazo de validade do concurso.

Teoria do fato consumado

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

O Mandado de Segurança foi impetrado em 22/04/2010 (capa), e por força da decisão definitiva, proferida na sentença em 09/08/2010.

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)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSOESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO PARA SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR DODISTRITO FEDERAL. REPROVAÇÃO NO TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. LIMINARCONCEDIDA. ÊXITO EM CURSO DE FORMAÇÃO, POSSE NO CARGO E EFETIVOEXERCÍCIO. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. EXCEPCIONALIDADE. DECRETO N. 28.169/2007. RECONHECIMENTO DO PEDIDO. AUSÊNCIA DEFUNDAMENTOS NOVOS CAPAZES DE INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp: 882331 DF 2006/0143914-9, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 18/09/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/09/2012)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. VERIFICAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO E POSSE CONSOLIDADO PELO TEMPO. OMISSÃO. RECONHECIMENTO. INTEGRAÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. NECESSIDADE. EXERCÍCIO DO CARGO POR 16 (DEZESSEIS) ANOS. TEORIA DO FATO CONSUMADO. APLICAÇÃO EXCEPCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES. RESTABELECENDO A SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Inexistente qualquer dos vícios apontados no artigo 535 do CPC, uma vez que o acórdão embargado apreciou a causa fundamentadamente, explicitando a razão pela qual o recurso especial preencheu os requisitos de admissibilidade, não há como se acolher os declaratórios no ponto. 2. Não tendo o acórdão embargado apreciado a questão referente à consolidação da nomeação e posse no tempo, caracterizada está a omissão objeto do artigo 535 do CPC. 3. 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 os requisitos para o cargo. 3.1. Na hipótese, o candidato-servidor, ora embargante, mediante liminar em medida cautelar prosseguiu no concurso, foi aprovado e tomou posse no ano de 1997, ou seja, há 16 (dezesesseis) anos. 4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para restabelecer a sentença de procedência do pedido inicial, assegurando a permanência do servidor no cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. (STJ - EDcl no AgRg no AgRg no REsp: 778118 MG 2005/0145135-8, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 26/11/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/12/2013)

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 autoridade coatora também não fez qualquer prova contrária aos argumentos da impetrante.

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 ponto 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.

Ante o exposto, conheço do reexame necessário e confirmo a sentença, todavia, por outros fundamentos, nos termos do exposto.

É o voto.

Belém, 07 de dezembro de 2018.

Desembargadora CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO
Relatora