



Acórdão 01284/2021-9 - Plenário

Processos: 00842/2021-5, 00838/2021-9, 03520/2007-1, 03460/2007-2, 03458/2007-5, 02141/2007-1, 02131/2007-6, 02128/2007-4

Classificação: Embargos de Declaração

UG: PMAV - Prefeitura Municipal de Atílio Vivácqua

Relator: Márcia Jaccoud Freitas

Interessado: ANTONIO CARLOS RICHARDELI CANTARIN, JOSEMAR MACHADO FERNANDES, JOSE LUIZ TORRES LOPES

Recorrente: MUNICIPIO DE ATILIO VIVACQUA, MARCOS TADEU SILVA BARROS

Procuradores: ANDRE LUIZ DE BARROS ALVES (OAB: 10407-ES)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – RECEBIMENTO COMO DIREITO DE PETIÇÃO – PROCEDÊNCIA – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR

1. Excepcionalmente, nos casos em que for possível identificar a necessidade de corrigir situação violadora de direito, o expediente protocolado pelo interessado poderá ser conhecido como direito de petição, previsto no artigo 5º, XXXIV, “a”, da Constituição da República, ainda que não haja mais recurso cabível.

2. Em homenagem à segurança jurídica e à proteção da confiança, desde que a boa-fé do interessado possa ser atestada, como forma de consolidar situações ocorridas há muito tempo, mesmo que elas sejam ilegais na origem, a teoria do fato consumado deve ser utilizada.

A RELATORA EXMA. SRA. CONSELHEIRA MÁRCIA JACCOUD FREITAS:

Trata-se de **Embargos de Declaração**, opostos pelo Sr. **Marcos Tadeu Silva Barros**, em face da **Decisão n.º 00117/2021-2 – Plenário**, prolatado pelo colegiado

da Corte nos autos do Processo TC 2131/2007, na qual se deliberou pela determinação ao Sr. Josemar Machado Fernandes (Prefeito do Município de Atílio Vivácqua), para que cumprisse determinações anteriormente impostas em Acórdãos da Corte, dentre elas a cessação do vínculo do Sr. Marcos Tadeu Silva Barros com o Município, bem como todo e qualquer pagamento dele decorrente. Além disso, foi imposta sanção de multa ao Sr. José Luiz Torres Lopes, no valor de R\$ 3.600,00 (três mil e seiscentos reais), em decorrência do não cumprimento das suscitadas determinações.

Suscitou a existência de erro material, que seria consubstanciado na falta de intimação do servidor para comprovar a convocação dos aprovados no concurso em posições melhores do que a sua, bem como no fato de a documentação que comprovaria ser pública e facilmente encontrada na internet.

Ao final, requereu o afastamento da determinação que impõe a cessação do vínculo do Sr. Marcos Tadeu Silva Barros com o Município.

Por meio da **Instrução Técnica de Recurso n.º 00271/2021-1**, o Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC manifestou-se pelo conhecimento do expediente como direito de petição. No mérito, sugeriu a aplicação da teoria do fato consumado, a fim de manter o vínculo de trabalho do servidor Marcos Tadeu Silva Barros com o Município de Atílio Vivácqua.

O **Ministério Público de Contas**, por meio do **Parecer MPC n.º 04696/2021-8**, de lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, ratificou integralmente o opinamento técnico.

É o relatório.

Analizados os autos, acompanho a conclusão da área técnica e do Ministério Público de Contas pelo conhecimento do feito como direito de petição e, no mérito, pelo seu acolhimento, para aplicar a teoria do fato consumado, a fim de manter o vínculo de trabalho do servidor Marcos Tadeu Silva Barros com o Município de Atílio

Vivácqua. Adoto como razões de decidir os fundamentos expostos pelo corpo técnico na **Instrução Técnica de Recurso n.º 00271/2021-1**, abaixo transcritos:

“2 DA ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS COMO DIREITO DE PETIÇÃO

Examinando o conteúdo da Petição Recurso 45/2021-1 e da Petição Intercorrente 255/2021-1, tem-se que a primeira não pode ser provida para correção de erro material e a segunda não pode ser conhecida como Embargos de Declaração. Não obstante, as peças podem ser conhecidas como Direito de Petição, como se passa a expor.

Como se verifica da Petição Recurso 45/2021-1, os embargantes alegam a ocorrência de erro material na Decisão 117/2021-2. Ele consistiria na falta de intimação do servidor para comprovar a convocação dos aprovados no concurso em posições melhores que a sua, bem como no fato de a documentação que faz essa comprovação ser pública e facilmente obtida pela internet. Ocorre que o alegado defeito não se enquadra no conceito de erro material, que é bastante restrito.

O erro material é um equívoco facilmente detectável (embora possa ter grandes repercussões) na digitação de palavras, realização de cálculos e afins. A respeito da forma de corrigi-lo e sua definição, confira-se o Acórdão 00469/2020-1 – Plenário:

O erro material consta do Código de Processo Civil, no art. 1.022, III, como um dos vícios formais passíveis de saneamento por meio dos embargos de declaração.

Assinalo, ainda, que, mesmo estando previsto como vício passível de saneamento por meio dos embargos de declaração, a alegação de erro material não depende dos embargos de declaração. Entendeu-se no julgado que poderia ser corrigido a qualquer tempo, até com fundamento na economia processual.

Em julgado do Superior Tribunal de Justiça, a conclusão foi, nesse caso não há preclusão para sua alegação, que pode ser feita até mesmo depois do trânsito em julgado da decisão.

O “erro material” pode ser conceituado como o equívoco ou inexatidão relacionado a aspectos objetivos como um cálculo errado, ausência de palavras, erros de digitação, troca de nome etc. É aquele facilmente perceptível e que não corresponda de forma evidente a vontade que o órgão prolator pretendia imprimir na decisão.

É imperioso advertir que a possibilidade de correção de eventuais inexatidões ou erros materiais não legitima a modificação da substância do julgado, de tal modo que não se revelará processualmente lícito reexaminar o conteúdo decisório do ato judicial, considerados os estritos limites delineados no estatuto processual civil.

Nos processos de controle externos, a iniciativa de propor sua correção é de competência das unidades técnicas deste Tribunal, como decorrência do dever de sugerir ao Relator as providências saneadoras dos feitos fiscalizatórios e da obrigação de dar cumprimento às providências sujeitas a seu monitoramento, por óbvio, sem prejuízo da possibilidade de o Ministério de Público de Contas também requerer a medida corretiva. (g.n.)

Como se vê, não se encaixam no conceito de erro material a suposta ausência de intimação de parte interessada e o fato de as publicações faltantes no processo de admissão estarem disponíveis no diário oficial do estado, alegados na Petição

Recurso 45/2021-1. Por falta de enquadramento na definição de erro material e porque os embargos de declaração são recurso de fundamentação vinculada, que só podem ser providos para integrar a decisão em relação a defeitos específicos e restritos, a peça apresentada pelo município e pelo servidor não poderia ser provida.

De modo semelhante, os embargos declaratórios apresentados pelo servidor, e registrados como Petição Intercorrente 255/2021-1, não podem ser conhecidos como recurso. Isso porque o servidor opôs seus embargos em conjunto com o município (embora não haja procuração outorgando poderes dele ao procurador municipal para representá-lo). Sendo assim, ele consumou o seu direito de recorrer, o que gera a preclusão consumativa, isto é, a perda de oportunidade quanto a um novo recurso em face da mesma decisão.

Não obstante esses defeitos da Petição Recurso 45/2021-1 e da Petição Intercorrente 255/2021-1, este Núcleo, considerando os fatos a que elas se referem e o contexto do processo, opina pelo conhecimento de ambas como exercício de Direito de Petição.

É preciso ressaltar que a admissão de peça apresentada como recurso como direito de petição é excepcional. Em regra, não é possível utilizar esse direito como substituto para recurso incabível, intempestivo ou por qualquer outro motivo inadmissível ou não passível de provimento. Sobre essa impossibilidade, esta Corte já se manifestou, como o ilustra o Acórdão 00817/2021-1 - 1ª Câmara deste TCE-ES:

II.2.4. DO NOMEADO DIREITO DE PETIÇÃO

Procura o Agravante amparo no direito de petição, aqui usado - como ele próprio reconhece - como um sucedâneo de um novo e imprevisto recurso.

O direito de petição é uma forma de garantia política prevista em nossa Carta Magna (Art. 5º Inciso XXXIV, alínea "a"), concedido a qualquer pessoa, para obter informações junto à autoridade para que esta tome, caso seja necessário, providências adequadas ao assunto solicitado;

Regra geral, é utilizado para "fazer uma reivindicação, obter uma informação, denunciar ilegalidades da administração pública, prestar queixa sobre abuso de poder ou até mesmo fornecer uma simples opinião sobre algo relevante;

Não se presta, todavia, para ser utilizado como sucedâneo de recurso, sobretudo quando este é incabível e tendo pretensão de rediscutir matéria de processo já transitado em julgado e quando já esgotada a função jurisdicional da Corte de Contas.

É, pois, inadmissível o exercício do Direito de Petição como sucedâneo de recurso, sobretudo quando incabível o recurso, sob pena de tornar perene todo o processo e não se diga que a inadmissão do nomeado direito de petição estaria ferindo a ampla defesa.

Esta, pode e deve ser exercida com os meios e recursos inerentes e possíveis, legalmente.

Demais disso, questões de defesa devem ser alegadas na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Nesse sentido, é a orientação da Escola Superior do Ministério Público da União na peça Direito Constitucional de Petição, in <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direito->, verbis:

“As decisões do Tribunal de Contas não são questionáveis pelo direito de petição, mas passíveis de irrisignação por intermédio dos recursos específicos.”

Temos então que a matéria a ser discutida no direito de petição é restrita, conforme decidiu o Tribunal de Contas de Roraima:

A - IV 1 PROCESSO: 03055/19- TCE-RO. SUBCATEGORIA: Direito de Petição ASSUNTO: Petição JURISDICIONADO: Prefeitura Municipal de Porto Velho RELATOR: Conselheiro FRANCISCO CARVALHO DA SILVA GRUPO: I SESSÃO VIRTUAL: 2ª Câmara – 03 a 07 de agosto de 2020 BENEFÍCIOS: Não se aplica DIREITO DE PETIÇÃO. PRELIMINAR. FISCALIZAÇÃO DE ATOS E CONTRATOS. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PLENO PARA JULGAMENTO. NÃO ACOLHIMENTO. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. UTILIZAÇÃO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. MEIO INADEQUADO. NULIDADE DE BOLSO OU ALGIBEIRA. A NULIDADE DEVERÁ SER ARGUIDA NO PRIMEIRO MOMENTO QUE A PARTE PUDE FALAR NOS AUTOS. ILEGALIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE. POR OMISSÃO

1. Segundo o art. 121, inc. IX, do RITCE/RO, a competência para julgamento será do Tribunal Pleno somente nos processos em que figurem os agentes públicos descritos nas alíneas “a” e “b”, do inciso I.

2. É inadmissível o exercício do Direito de Petição como sucedâneo de recurso, cuja apreciação depende da existência de questão de ordem pública.

3. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão. Se a parte deixa para alegar a nulidade em momento que lhe seja mais favorável, caracteriza-se a nulidade de bolso ou algibeira, TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA A - IV 2 estratégia repudiada pelo direito moderno. Precedentes do STJ.

4. Admite-se a apreciação de questão de ordem pública pela Corte de Contas, de ofício, se caracterizada ilegalidade na decisão por ausência de fundamentação, fato que enseja a nulidade acórdão por omissão. Inteligência do art. 489, § 1º, inc. IV, do CPC/15 c.c. o art. 93, inc. IX da CF/88.

Também nesse sentido, a manifestação do Corpo Técnico desta Corte de Contas na ITR-0358/2020-9, verbis:

“... Por sua vez nos tópicos “5” e “6”, de suas razões recursais, persiste o Agravante alegando que deliberação que lhe foi desfavorável deve ser revista por este Tribunal, invocando, para tanto, o instituto do “direito de petição”, por sua vez fundado em suposta incongruência do parecer prévio emitido com precedentes desta Corte.

Entretanto, o que se observa da leitura dos tópicos “5” e “6” é o manifesto interesse do Agravante em rediscutir o mérito das contas já apreciadas, de modo definitivo, por este Tribunal, lançando mão do aludido “direito de petição” como se este fosse um novo e imprevisível recurso. Nesse passo, é preciso ter claro que o direito de petição, a que se refere o art. 5º, XXXIV, da Carta Magna, não pode ser utilizado como sucedâneo recursal por quem se mantém insatisfeito com um julgamento proferido em seu desfavor, sendo este, inclusive, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

É inconsistente a postulação que, apoiada no direito de petição, formula pedido que constitui, na realidade, verdadeiro sucedâneo, legalmente não autorizado, da ação rescisória, eis que já transitada em julgado a decisão impugnada. (...) A mera invocação do direito de petição, por si só, não tem o condão de permitir que a parte interessada, mediante utilização de meio impróprio, busque desconstituir o acórdão (judicium rescindens) e obter o rejuízo da causa (judicium rescissorium), em situação na qual a decisão questionada – embora transitada em julgado – não se reveste da autoridade da coisa julgada em sentido material. (AI 223.712- AgR-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 8-2-2000, Segunda Turma, DJE de 5-3-2010.)

Ainda acerca da alegação de “direito de petição” e a sua impertinência quando se visa utilizá-lo como forma de se revisar matéria já decidida, convém trazer ao lume a proficiente análise, procedida na Instrução Técnica de Recurso ITR 4/2013 (Processo TC 4241/2012), da lavra da Auditora de Controle Externo Vanessa Costa Righi de Oliveira:

[...] O impetrante fundamenta o exercício do expediente no inciso XXXIV do art. 5º da Constituição Federal:

“Art. 5º (...)

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (...)”

Ocorre que ao interessado foi oportunizado o exercício da referida garantia constitucional, já que os recursos impetrados perante esta Corte de Contas constituem uma forma de exercício do Direito de Petição, conforme a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

“(...) os recursos não são senão um meio de postulação formulado normalmente a um órgão administrativo superior. Ora, a noção que encerra o direito de petição é ampla e logicamente abrange também os pedidos revisionais, como são os recursos administrativos. Podemos, assim, concluir que os recursos são uma forma de exercer o direito de petição, não podendo os indivíduos, em consequência, encontrar óbices para sua interposição.”

Assim, foi garantido o exercício do Direito de Petição por meio do Recurso de Reconsideração (Processo nº1371/2002) e do Recurso de Revisão (Processo nº 3312/2004 – vols. I a IV) anteriormente interpostos pelo interessado.

É preciso ressaltar que referido direito não reina de forma absoluta no ordenamento jurídico. Existem outros valores constitucionalmente assegurados que com ele precisam ser conjugados. Trata-se, por exemplo, da segurança jurídica, que tem como corolário, no processo administrativo, a coisa julgada administrativa.

Segundo conceito apresentado por José dos Santos Carvalho Filho, a coisa julgada administrativa é “a situação jurídica pela qual determinada decisão firmada pela Administração não mais pode ser modificada na via administrativa.”

Dentro da Administração a decisão é irretroatável, já que nenhum outro caminho existe para o interessado insistir em sua pretensão. Obviamente, a definitividade da decisão administrativa é relativa, pois pode ser modificada judicialmente. Na presente situação verifica-se ter o interessado interposto todas as modalidades de recurso previstas na legislação atinente a esta Corte de Contas, restando somente a via judicial para a análise de sua pretensão.

A finalidade da coisa julgada administrativa é conferir segurança jurídica às decisões que não mais comportam recursos, assegurando a elas estabilidade.

Assim, o direito de petição não pode ser utilizado subsidiariamente como recurso administrativo nas situações em que a decisão administrativa tornou-se irrecorrível. Primeiro em razão de os recursos administrativos já constituírem forma do exercício do Direito de Petição e segundo em razão da existência da coisa julgada administrativa, que privilegia a segurança jurídica das decisões.

Desta forma, verifica-se que os Acórdãos 350/2001, 166/2004 e 451/2005, prolatados nos autos da Prestação de Contas, Recurso de Reconsideração e Recurso de Revisão, respectivamente, não são recorríveis. O Acórdão 350/2001 foi impugnado por meio do Recurso de Reconsideração, assim como o Acórdão 166/2004 o foi por intermédio do Recurso de Revisão, último expediente recursal previsto na Lei Complementar nº 32/93, que regulava a matéria à época. Tudo em consonância com o princípio da unirecorribilidade recursal. Percebe-se assim, que o Acórdão 451/2005 prolatado em sede de Recurso de Revisão, constitui decisão irrecorrível perante esta Corte de Contas.

Inexistindo previsão legal para interposição do Direito de Petição, verifica-se não ser cabível o expediente. [...]

Como o excerto acima demonstra, via de regra, não é possível fazer uso do direito de petição para tratar de matérias que deveriam ser discutidas em sede de recurso. No entanto, eventualmente, diante de circunstâncias específicas, visando à defesa de direitos por meio da correção de situações teratológicas. É o que dispõe o Parecer Prévio 00066/2020-5 - 1ª Câmara:

Examinando acuradamente os autos, verifico que o feito encontra-se devidamente instruído, portanto, apto a um julgamento, eis que observados todos os trâmites legais e regimentais.

A área técnica analisou na Manifestação Técnica 2166/2020-1 a documentação encaminhada, conforme abaixo transcrita:

Manifestação Técnica 2166/2020-1:

"[...] 2. ADMISSIBILIDADE

Inicialmente é importante destacar que o Parecer Prévio 130/2018-Primeira Câmara transitou em julgado na data 28/05/2019 e que, nos termos do §5º do art. 171 da LC 621/2012, não cabe pedido de revisão em face de parecer prévio emitido sobre as contas anuais do Estado e dos Municípios.

Assim, o requerimento feito pelo senhor Edson Figueiredo Magalhães não se amolda a qualquer das espécies recursais previstas na LC 621/2012, uma vez que já se operou a coisa julgada administrativa. Tampouco é possível utilização da via revisional ante a clara vedação legal.

Contudo, essa Corte de Contas já admitiu, em situações excepcionais, a utilização do Direito de Petição para questionar decisão com trânsito em julgado, conforme se verifica no precedente a seguir transcrito:

Parecer Prévio TC 106/2019

(...) considerando que esta Corte promoveu mudanças de entendimentos no julgamento do artigo 42 da LRF na análise das contas do exercício de 2012, bem como ao fato das referidas contas ainda não ter sido julgado pela Câmara Municipal de Vargem Alta, nesse caso concreto, entendo que tal matéria pode ser conhecida, inclusive de ofício, ante a possível ilegalidade da apreciação das contas apresentadas, representando um anseio social de justiça, ACOLHO EXCEPCIONALMENTE como DIREITO DE PETIÇÃO consoante previsto no artigo 5º, XXXIV, "a" da Constituição Federal. (Processo TC 5615/2018)

A possibilidade do exercício do direito de petição tem previsão constitucional, por força da alínea "a" do inciso XXXIV do art. 5º da CF/88, que assim estabelece:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

Assim, em situações arbitrárias, causadas por decisões teratológicas, sem a adequada instrução ou ilegais caberia a utilização do Direito de Petição para questionar decisão com trânsito em julgado.

No presente caso, considerando que o requerente alega a ocorrência de erro de cálculo na apuração dos gastos com educação do município de Guarapari, tendo tal erro ensejado a Rejeição das suas contas e diante da possível ilegalidade na apreciação das contas, opina-se para que o presente requerimento seja acolhido como Direito de Petição. (g.n.)

No presente caso, a determinação da Decisão 117/2021 em relação ao servidor Marcos Tadeu Silva Barros causou uma situação que desrespeita fato consumado, contrariando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Desse modo, este Tribunal de Contas deve conhecer das peças como Direito de Petição, a fim de corrigir a situação violadora de direito e evitar a judicialização do caso, com os custos inerentes para o erário e para as pessoas físicas e jurídicas envolvidas.

Assim, **sugere-se o conhecimento da Petição Recurso 45/2021-1 e da Petição Intercorrente 255/2021-1 como Direito de Petição**, na forma do art. 5º, XXXIV, “a”, CF.

3 FATO CONSUMADO – MANUTENÇÃO DO SERVIDOR MARCOS TADEU SILVA BARROS NO CARGO

Examinando a Petição Recurso 45/2021-1, a Petição Intercorrente 255/2021-1 e o processo 3460/2007 à luz do ordenamento jurídico, tem-se que deve ser mantido o vínculo de trabalho do servidor Marcos Tadeu Silva Barros. Assim, a determinação da Decisão 117/2021 no que se refere a esse servidor deve ser reformada, com fundamento no fato consumado.

A teoria do fato consumado é utilizada para, em nome da segurança jurídica e da proteção da confiança, consolidar situações ocorridas há muito tempo, mesmo que elas sejam ilegais na origem. Assim, o Direito, que busca a estabilização e a pacificação das relações sociais, confere validade a um ato irregular ou ilegal em razão do decurso do tempo. Essa teoria é frequentemente utilizada para consolidar a situação de servidores públicos cujo ingresso no serviço público decorreu de decisões precárias que os permitiram continuar no certame, como explica Nascimento¹:

Mesmo antes do aumento do interesse pela segurança jurídica e pela proteção da confiança, os tribunais brasileiros já utilizavam a chamada teoria do fato consumado. Conforme Ávila (2014) assim se resume a hipótese:

Em algumas situações extraordinárias, pela ausência de norma que dê suporte à produção de efeitos jurídicos, a rigor não se pode falar em direito adquirido ou ato jurídico perfeito. **Mesmo assim, seja pelo transcurso de tempo, seja pela ausência de mecanismos alternativos, a situação pode ter sido de tal sorte consolidada, do ponto de vista fático, que a desconstituição retrospectiva dos seus efeitos se revela, do ponto de vista do Direito propriamente dito, proibida.** Nesses casos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fala em ‘situação consolidada’ pela ‘força normativa dos fatos’, que o Direito não pode desconsiderar. **A rigor, não se está diante quer de direito adquirido, quer de ato jurídico perfeito, nem de casos enquadráveis nas regras específicas de decadência ou prescrição.** Mesmo assim, a situação revela alguma particularidade, normalmente – mas não só – vinculada ao tempo, e o seu desfazimento ou a desconstituição dos seus efeitos terminaria por causar insegurança jurídica (Grifado).

[...]

Conforme Baptista, uma “rápida análise dos casos julgados demonstra que duas são as hipóteses que, mais frequentemente, levam os Tribunais a aplicar essa teoria”: ensino superior e provimento de cargos efetivos. Note-se:

A **primeira**, acolhida na própria jurisprudência do STF, envolve liminares concedidas para autorizar o ingresso em Escolas e Universidades. Ocorre com frequência que, anos depois, quando a liminar finalmente é cassada ou fica prejudicada pelo julgamento do mérito, o estudante beneficiado inclusive se formou. Assim, diante do fato consumado – a conclusão do curso –, a jurisprudência se nega a tornar sem efeito o ato nulo, pois, do contrário, seriam desperdiçados os anos de estudo consumidos. A **segunda** hipótese envolve candidatos em concursos de acesso a cargos públicos. Ao promoverem a impugnação em juízo de uma ou mais etapas do concurso, muitos candidatos obtêm liminares que lhes permitem prosseguir no concurso e, algumas vezes, até a nomeação provisória nos cargos que disputavam. No entanto, quando, passados anos, sobrevém um julgamento de mérito desfavorável, alguns tribunais simplesmente se recusam a afastar esses funcionários do serviço, ao argumento do fato consumado. (Grifos no original)

¹ NASCIMENTO, Leandro Maciel Do. Notas sobre a teoria do fato consumado como fundamento para a estabilização de expectativas jurídicas. **Revista Do MPC**. v. 27 n. 1, 2017, pp. 31 e 34.

Casos relativos a concurso público são tão frequentes que, em 2014, o STF fixou tese com repercussão geral no julgamento do Tema 476, com o seguinte teor:

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.

Como se verifica da tese acima reproduzida, o STF reduziu a utilização da teoria do fato consumado para casos relativos ao acesso e manutenção de cargos públicos no julgamento do tema 476, cujo *leading case* que o baseou foi assim ementado:

RE 608.482

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI

Julgamento: 07/08/2014

Publicação: 30/10/2014

Ementa

Ementa: 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.

Como se verifica do texto da tese fixada e do caso que a originou, a não aplicação do fato consumado é incabível quando o candidato for reprovado no concurso, mas tomar posse no cargo em razão de decisão de natureza precária. Essa é a regra, portanto, para casos semelhantes. Para casos diversos, é preciso aplicar a distinção, o que poderá atrair a aplicação da teoria. O próprio STF fez isso recentemente.

No julgamento do AG. Reg. no Recurso Extraordinário 740.029 Distrito Federal, a Primeira Turma do STF aplicou a teoria do fato consumado em favor de servidora aposentada por seu caso diferir do *leading case* e tendo em conta o longo percurso do tempo desde que a servidora ingressou nos quadros administrativos (mais de vinte anos). Confirmam-se excertos da decisão:

A G .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 740.029 DISTRITO FEDERAL

Órgão julgador: Primeira Turma

Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 14/08/2018

Publicação: 02/10/2018

Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. POSSE E EXERCÍCIO DETERMINADOS POR DE DECISÕES PRECÁRIAS.

CONCESSÃO DE APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. INADEQUAÇÃO DO TEMA 476 FIXADO NO RE 608.482. (REL. MIN. TEORI ZAVASCKI).

1. **Em regra, não produzem fato consumado a posse e o exercício em cargo público decorrentes de decisão judicial tomada à base de cognição não-exauriente.**

2. **A marca da excepcionalidade se faz presente no caso concreto, autorizando a distinção (distinguish) quanto ao leading case do Tema 476,** devendo, unicamente por essa razão, ser mantido o aresto recorrido proferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo interno a que se dá provimento.

VOTO

O PRESENTE ente Agravo Interno foi interposto em face de decisão de minha lavra, na qual observei o entendimento desta CORTE formulado no RE 608.482, julgado sob o rito da repercussão geral, e de relatoria do saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, em que se estabeleceu ser inaplicável a teoria do fato consumado aos casos em que o candidato assumiu o cargo por força de decisão judicial precária.

Assim, dei provimento ao Recurso Extraordinário da União, que buscava a anulação do ato de nomeação da ora agravante e o cancelamento de sua aposentadoria voluntária.

Levado o Regimental a julgamento no âmbito virtual, mantive minha posição. O eminente Ministro ROBERTO BARROSO pediu vista dos autos, o que me permitiu refletir melhor sobre a questão.

Efetivamente, o caso é de todo peculiar. Como destaquei na sessão presencial do dia 14/8/2018, a agravante manteve-se no cargo de auditora fiscal do trabalho ano após ano com provimentos liminares e cautelares cassados e posteriormente renovados nas instâncias a quo, e, após 21 anos no exercício desse cargo, dos quais nove deles por conta de liminar obtida no Superior Tribunal de Justiça, mais os acréscimos do tempo pretérito em outras atividades, a agravante acabou se aposentando voluntariamente, sem que o mérito tivesse sido analisado.

Necessário se faz, portanto, o distinguish com os termos do RE 608.842, que não abriga a hipótese em que o afastamento da teoria do fato consumado do caso concreto retira a aposentadoria do servidor mantido no cargo por força de decisão precária em processos cuja duração não observa o art. 5º, LXXVIII, da CARTA MAGNA, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Destaque-se a zelosa observação presente no voto do saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI no indigitado leading case, pontuando haver situações estritamente excepcionais sobre as quais esse importante instituto jurídico não se aplica:

“(…). Por isso mesmo, eventual superveniente constatação da ilegitimidade desse status ou dessa vantagem caracteriza, certamente, comprometimento da boa-fé ou da confiança legítima provocada pelo primitivo ato da administração, o que pode autorizar, ainda que em nome do fato consumado, a manutenção do status quo, ou, pelo menos, a dispensa de restituição de valores. Isso ocorre, todavia, em casos restritos, marcados pela excepcionalidade.”

Na hipótese, a marca da excepcionalidade se faz presente, frente às supracitadas peculiaridades, devendo, por isso, ser mantido o aresto recorrido proferido pelo Superior Tribunal de Justiça Vejamos:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CONTINUIDADE NO CERTAME POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL EXARADA EM COGNIÇÃO EXAURIENTE. POSSE E EXERCÍCIO HÁ MAIS DE DOZE ANOS. POSTERIOR ALTERAÇÃO DA SENTENÇA EM SEDE DE APELAÇÃO. ANULAÇÃO DO ATO DE NOMEAÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NECESSIDADE. FATO SUPERVENIENTE. ART. 462 DO CPC. APOSENTADORIA SUPERVENIENTE DA IMPETRANTE. ATO DE DEMISSÃO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE ALTERAR O STATUS DE APOSENTADA DA SERVIDORA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO.”

Assim, em face da inaplicabilidade das orientações estabelecidas no RE 608.482, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 30/10/2014, reajusto meu entendimento para dar provimento ao agravo interno com vistas a negar seguimento ao Recurso Extraordinário. É como voto.

EXPLICAÇÃO (DEBATES)

[...]

(RELATOR):

A peculiaridade do caso é exatamente o transcurso do tempo, os 21 anos que a pessoa conseguiu se manter no cargo, contou o tempo pretérito de outras atividades que exerceu e acabou tendo concedida a aposentadoria no curso do processo que, após 21 anos, não se encerrou.

Como salientei, apliquei o precedente do RE nº 608.482.

VOTO-VISTA

[...]

11. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 608.482, Rel. Min. Teori Zavascki, entendeu pela inaplicabilidade da “teoria do fato consumado” ao candidato que assumiu o cargo por força de decisão judicial de natureza precária e revogável. Naquela oportunidade, o Ministro relator, acompanhado pela maioria dos Ministros desta Corte, entendeu que, em face das disposições constitucionais que regem o acesso a cargos públicos, é incabível justificar a permanência no cargo daquele que tomou posse em razão de decisão judicial de caráter precário, com fundamento nos princípios da boa-fé e da proteção da confiança legítima.

12. No entanto, pela análise dos votos proferidos naquele julgamento, percebo que não foram contempladas as hipóteses em que o servidor, em razão do recurso do tempo no exercício do cargo, tem a aposentadoria concedida pela Administração Pública.

13. A aplicação da sistemática dos precedentes exige que o caso julgado seja o mais próximo possível da hipótese concreta. Em artigo acadêmico no qual tive a oportunidade de enfrentar o tema dos precedentes no Direito Brasileiro, defendi que, nessa análise, devem ser levados em consideração quatro elementos essenciais: (i) os fatos relevantes de cada qual; (ii) os valores e normas que incidem sobre cada conjunto de fatos; (iii) a questão de direito que suscitam; e (iv) os fundamentos que justificaram a decisão do precedente e sua adequação para orientar a decisão do novo caso.

14. Portanto, quando duas demandas possuem fatos relevantes distintos, há uma tendência de que se coloque uma questão de direito diferenciada, que leva a uma conclusão diversa daquela alcançada no precedente. Nessas hipóteses, os fundamentos que justificaram a decisão do precedente serão insuficientes para decidir a nova ação.

15. No caso em análise, entendo que as especificidades da causa – em especial o decurso de mais de 21 (vinte e um) anos no cargo e a concessão de aposentadoria voluntária pela Administração Pública – diferem das circunstâncias do precedente firmado no RE 608.482. Nesses casos, em razão do elevado grau de estabilidade da situação jurídica, o princípio da proteção da confiança legítima incide com maior intensidade.

16. Como se sabe, o princípio da segurança jurídica, em sua perspectiva subjetiva, protege a confiança legítima, procurando preservar fatos pretéritos de eventuais modificações na interpretação jurídica, bem como resguardando efeitos jurídicos de atos considerados inválidos por qualquer razão. Em última análise, o princípio da confiança legítima destina-se precipuamente a proteger expectativas legitimamente criadas em indivíduos por atos estatais.

17. A aplicação do princípio da proteção da confiança, portanto, pressupõe a adoção de atos contraditórios pelo Estado que frustrem legítimas expectativas nutridas por indivíduos de boa-fé. Naturalmente, tais expectativas podem ser frustradas não apenas por decisões administrativas contraditórias, mas também por decisões judiciais dessa natureza.

[...]

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo interno e não conheceu do recurso extraordinário, nos termos do voto reajustado do Relator. Ausente, justificadamente, a Ministra Rosa Weber. Presidência do Ministro Alexandre de Moraes. Primeira Turma, 14.8.2018.

Também o Superior Tribunal de Justiça já deixou de aplicar o Tema 476, em razão da distinção entre o caso concreto e a hipótese tratada no tema, conforme noticiado no site da Corte Superior²:

Primeira Turma reconhece estabilidade de servidor que tomou posse por liminar há mais de 20 anos

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) deu provimento ao recurso de um policial rodoviário federal que tomou posse em 1999, amparado em decisão liminar, e reconheceu que ele tem direito a permanecer no cargo.

Para o colegiado, embora o Supremo Tribunal Federal (STF) tenha definido, com repercussão geral, que não é possível aplicar a teoria do fato consumado para manter um servidor no cargo, é preciso distinguir a situação excepcional do caso analisado, cujas peculiaridades o afastam dos precedentes.

O ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator, destacou que a solução padronizada ocasionaria mais danos sociais do que a manutenção do servidor no cargo, justificando-se o provimento do recurso.

Teste de direção

O então candidato entrou com mandado de segurança após ter sido reprovado em uma das fases do concurso, relativa à habilidade para dirigir. Ele alegou que passou por uma prova diferente da dos demais candidatos, o que teria gerado a reprovação. Disse ainda que era policial rodoviário estadual e que nunca teve problemas para dirigir os veículos necessários ao exercício da função.

² Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Primeira-Turma-reconhece-estabilidade-de-servidor-que-tomou-posse-por-liminar-ha-mais-de-20-anos.aspx>

Uma decisão liminar assegurou a posse do candidato em 1999. Em 2009, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) deu provimento a recurso da União para considerar legítimo o exame realizado, e o policial recorreu ao STJ.

Após decisão favorável ao servidor na Primeira Turma, a União entrou com recurso extraordinário invocando a jurisprudência do STF que não admite a teoria do fato consumado.

Distinção

Ao analisar a admissibilidade do recurso extraordinário, a vice-presidência do STJ devolveu o caso à Primeira Turma para eventual juízo de retratação, tendo em vista o entendimento do STF segundo o qual a teoria do fato consumado não é válida para manter no cargo um servidor que tomou posse em razão de liminar posteriormente revogada, pois isso violaria a exigência de concurso público.

Napoleão Nunes Maia Filho afirmou que a orientação do STF se aplica à situação dos servidores que tomam posse por força de liminar e depois buscam aplicar a teoria do fato consumado.

Entretanto, ressaltou, é necessário fazer uma distinção entre os precedentes que levaram a esse entendimento do STF e a situação em análise, na qual "há a solidificação de situações fáticas ocasionada em razão do excessivo decurso de tempo entre a liminar concedida e os dias atuais". Para o relator, a reversão desse quadro traria "danos desnecessários e irreparáveis" ao servidor.

O ministro lembrou que o policial já atua no cargo há mais de 20 anos. Ele disse que, após a decisão do STF sobre a aplicação da teoria do fato consumado, a Primeira Turma passou a considerar que existem situações excepcionais capazes de justificar a flexibilização do entendimento e a contagem do tempo de serviço prestado por força de liminar para efeito de estabilidade.

Também é distinto do Tema 476 o presente caso – e ainda mais do que os tratados pelo STF e pelo STJ, citados anteriormente. Como se verifica do *leading case* RE 608.482, os fatos do caso eram: *a)* candidato não aprovado no certame e *b)* que tomou posse em decorrência de execução provisória de provimento judicial de natureza precária. Já no presente caso, tem-se: *a)* candidato aprovado no certame, embora em colocação ruim, e *b)* cuja nomeação, posse e exercício se deram por iniciativa da Administração Pública, não em razão de provimento judicial, fosse definitivo ou provisório.

A total falta de equivalência entre os casos afasta a aplicação da tese fixada no tema 476 e possibilita a incidência da teoria do fato consumado. Para melhor entender sua aplicação, rememorem-se os fatos do presente caso, o que será feito com base nos dados do processo TC 3460/2007, que versou sobre Pedido de Reexame.

De acordo com aqueles autos, o então prefeito de Atilio Vivacqua, Hélio Humberto Lima, apresentou recurso em face da decisão que denegou o registro do servidor Marcos Tadeu Silva Barros. O registro havia sido negado com base nas seguintes irregularidades (segundo Voto do Relator 1852/2016-9, proc. 3460/2007):

- Ausência de Atestado de Exercício;
- A publicação do ato se deu 9 (nove) meses após a edição do Decreto de nomeação e posse;

- Inexistência de fundamentação legal para a carreira e a classe;
- Não apresentou declaração de aptidão para o cargo e o comprovante de escolaridade.

Na análise do pedido de reexame, foi percebido que o servidor não participava da relação processual até então. Por esse motivo, ele foi notificado para se manifestar por meio do OFÍCIO PTC. DEC. N° 653/2007, recebido por ele próprio (fl. 20-verso, dos autos do proc. 3460/2007). Em resposta, o servidor apresentou os documentos juntados às fls. 23-36, proc. 3460/2007, a fim de sanar as irregularidades. Em sua manifestação, o servidor não trouxe o documento relativo à publicação extemporânea do decreto de nomeação, em razão de a publicação não competir a ele.

Examinando os documentos trazidos pelo servidor, a área técnica se manifestou pelo saneamento de todas as irregularidades em que a presença do documento era bastante para afastar a irregularidade, restando apenas a irregularidade acerca da publicação do decreto de nomeação, visto que o documento era representativo da ausência de preterição, sendo, portanto, necessário demonstrar que ela não ocorreu. Confirmam-se os termos da ITR 135/2008 (fls. 40-48, proc. 3460/2007):

Com relação à irregularidade atinente à publicação do decreto de nomeação ter ocorrido 9 (nove) meses após, entendemos ser ato unilateral da Administração Pública responsável pelo concurso, onde o servidor não poderá sofrer prejuízo, haja visto que não contribuiu com culpa ou dolo para tal ato, sendo que efetivamente entrou em exercício logo após a edição do decreto que o nomeou. Isto se faz comprovado pelos documentos trazidos aos autos, sendo, cópia do Atestado de Exercício fornecido pela Secretaria Municipal de Educação de Atilio Vivacqua, que comprova a data e local onde exerceria suas funções pertinentes ao cargo e cópia do contracheque que comprova que o servidor percebeu seus vencimentos no mesmo mês em que fora editado o decreto que o nomeou.

Porém o objetivo que se busca em tornar público os atos da Administração seja previamente ou logo após a feitura dos atos, é propiciar tempo hábil para o próprio interessado ou a terceiros garantirem seus direitos, que no caso em tela seria evitar a preterição na ordem de classificação dos aprovados no concurso, frustrando a expectativa de direito do candidato em ser nomeado, o que não foi possível constatar nos autos em análise. Ante o exposto, para fins de comprovação de que não houve preterição da classificação, sugerimos que se faça diligência buscando os elementos que serão confrontados a fim de sanear estas irregularidades, são eles:

- **Publicação da ordem de classificação dos aprovados em concurso;**
- **Publicação do ato de nomeação dos candidatos classificados anteriores o servidor ora recorrente;**
- **Comprovação da desistência expressa de candidatos classificados anteriores o servidor ora recorrente, caso haja desistência. [...]**

Nesse diapasão, fosse tão somente os vícios de ausência de atestado de exercício, explicar a carreira e a classe com base em que Lei foi concedida e a ausência da Declaração de Aptidão e comprovante de escolaridade obstantes no processo de admissão, opinaríamos pelo provimento do presente expediente recursal. No entanto, como vimos, **há formalidades que interessam à substância do ato (conteúdo) cuja observância não se pode prescindir, é a de que não houve preterição da ordem classificatória do concurso público, prejudicando candidatos concorrentes em melhor classificação para o cargo efetivo em tela.**

Com base nesse opinamento, foi determinada a realização de diligência para obtenção desses documentos. Para tanto, foi notificado o então prefeito Hélio Humberto Lima, que recebeu o Termo de Notificação 1654/2008 pessoalmente (fl. 64-verso, do proc. 3460/2007). Esse prefeito, embora tenha tido deferido o seu pedido de prorrogação de prazo para apresentar a documentação, deixou o prazo transcorrer *in albis* (fls. 67-72, proc. 3460/2007).

Para que o servidor não fosse prejudicado, a Relatora notificou o novo prefeito, José Luiz Torres Lopes, para apresentar a documentação. O próprio destinatário recebeu a notificação, tendo apresentado justificativas, nas quais se afirma que houve erros formais, não atos dolosos, mas não apresentou nenhum documento. Examinando essas razões, a área técnica entendeu que a irregularidade não foi sanada (ITR 74/2012, fls. 100-102, proc. 3460/2007).

Novamente, para não prejudicar o servidor, a Relatora determinou a realização de diligência, com a notificação do prefeito de Atilio Vivácqua, para apresentar a documentação necessária à regularização do feito (fls. 114-116, proc. 3460/2007). Embora conste a necessidade de notificação do prefeito na fundamentação de fls. 114-116, a Decisão Monocrática Preliminar DECM 280/2013 (fl. 117, proc. 3460/2007) determinou a notificação do servidor Marcos Tadeu Silva Barros, o que ocorreu por meio do OFÍCIO PTC. DIL. N.º 143/2013, recebido por ele próprio (fls. 118-122, proc. 3460/2007). Passado o prazo concedido para apresentação dos documentos, não houve juntada de nenhum documento em nome do servidor (fls. 124-125, proc. 3460/2007). Ante essa omissão, a Relatora reiterou a notificação do prefeito municipal, que, contudo, não apresentou nenhum documento, mesmo que tenha recebido ele mesmo a notificação (fls. 126-131, proc. 3460/2007).

Em mais uma tentativa de obter a documentação, a Relatora determinou a citação do prefeito José Luiz Torres Lopes, em 2014. Na ocasião, porém, ele estava afastado do cargo, e a citação foi frustrada (fls. 133-137, proc. 3460/2007).

Em 2016, após fracassadas todas essas tentativas de sanear o processo de admissão, o recurso foi julgado não provido, e confirmada a denegação do registro do servidor, com a determinação para a cessação de seu vínculo com a Administração Pública. De acordo com o voto da Relatora, acolhido no Acórdão 764/2016 – Plenário, o seguinte defeito não foi sanado:

Consultando cópia do processo TC4193/2006, que trata dos Editais relativos aos concursos realizados pela Prefeitura Municipal de Atilio Vivacqua em 2001/2002 e 2003/2004, verifico que **o Edital 001/2001 previa 59 vagas para o cargo de Auxiliar Administrativo, sendo que o interessado foi classificado em 77º lugar** (inscrição 866), conforme Mapeamento de Notas (fls. 57) e Edital 006/01, que publicou a classificação final dos candidatos no DOE em 18/01/2002 (fls.129). **Já a convocação publicada no DOE de 15/04/2002 foi até a 55ª classificação, não constando qualquer outra informação que justificasse a nomeação do interessado** (fls.137). (g.n.)

Essa decisão foi objeto de monitoramento por parte desta Corte, que, em 2021, percebeu que a determinação não havia sido cumprida. Por isso, foi proferida a Decisão 117/2021, que renovou a determinação para o rompimento do vínculo de trabalho do servidor com a Administração. Diante dessa Decisão 117/2021, o município e o servidor apresentaram a Petição Recurso 45/2021-1 e a Petição Intercorrente 255/2021-1, alegando o seguinte:

Petição Recurso 45/2021-1

Em busca junto ao Diário Oficial do estado do Espírito Santo o servidor obteve êxito em encontrar tais publicações, único motivo para a desconfiança deste Conselho sobre sua convocação e consequente nomeação.

Após 18 anos de bons serviços prestados e claro conhecimento técnico e prático adquirido o servidor Marcos Tadeus Silva Barros é hoje indispensável na função que exerce de modo que dependente do cargo sua exoneração gerará prejuízo não apenas ao próprio mas especialmente à municipalidade em face ao trabalho de qualidade desenvolvido pelo servidor.

Ademais, a documentação exigida e basilar para a manutenção da instrução da área técnica que propugnou pela exoneração de diversos servidores é púnlica (*sic*) e pode ser acessada junto ao Diário Oficial a qualquer tempo, o fato de a administração pública não ter feito quando intimada por meio de seus gestores não tem explicação razoável. [...]

Por fim vale registrar que o servidor foi chamado dentro do numero de vagas criadas pela lei municipal 543/2002, de modo nenhuma ilegalidade resta perpetrada na convocação e nomeação do servidor, e acima de tudo, nada relacionado ao concurso público de 2002 foi realizado com conivência ou participação do servidor que não sua normal submissão aos termos do edital e aplicação ao tema exigido na prova elimiantória (*sic*) do concurso.

Petição Intercorrente 255/2021-1

Venho por meio de este reintegrar o pedido defesa referente a determinação do TCE ES. Onde pede ao prefeito o Sr. Josemar Machado Fernandes a exoneração de meu cargo junto a prefeitura de Atilio Vivacqua. Afirmo que em todas as vezes que este tribunal solicitou informações e documentações referentes ao concurso prestado em 2001, os que se refere ao meu processo e cabíveis a mim, foram apresentados e entregues por mim junto ao setor de Recursos Humanos da prefeitura de Atilio Vivacqua com finalidade de responder e sanar todas e quaisquer pendencias. Confiante e certo de que tudo estava sanado, ou seja, uma vez que todas as documentações solicitas a mim foram imediatamente entregue para a administração municipal, e que após a entrega dos mesmos não fui informado ou notificado para apresentar ou responder qualquer outro processo referente ao assunto, vem mui respeitosamente solicitar a este tribunal que considere a solicitação encaminhada aos senhores através do PROTOCOLO 04067/2021-5 recebido em 18/02/2021 as 21:20, no processo no 02131/2007-6 exposto nas paginas 4 e 5.

Afirmo que presto serviços como auxiliar administrativo há 18 anos para esta municipalidade, hoje sou reconhecido, principalmente pela população, por prestas bons serviços, pela minha simplicidade e zelo com pessoas.

Afirmo ainda que sempre fui morador de outro município (Cachoeiro de Itapemirim ES) que quando fui convocado estava empregado em uma loja cujo nome fantasia era "Brilho Veneno" na época localizada no Shopping Cachoeiro, sem esperança de que seria convocado pela prefeitura, apresentei minha carteira profissional social a empresa para assinar em janeiro de 2002. Consequentemente tive que solicitar a baixa na carteira sem aviso prévio 06 (seis) meses depois, pois quando fui convocado, eu só teria 2 (dois) dias uteis para me apresentar, e assim aconteceu. Afirmo que nunca tive qualquer vinculo com qualquer pessoa seja ela da comissão ou até mesmo do município de Atilio Vivacqua antes me tornar um servidor.

Afirmo ainda que os candidatos antes de mim e depois do 56º foram convocados e alguns ainda prestam serviços para esta municipalidade. São eles:

ISNCRI	NOME	PORT.	MAT	C. GER.	TOTAL	CLASSIFIC.
1001	ELAINE MACHADO DA SILVA	80	50	80	210	57º
83	MARCELA LIMA ARAUJO	50	90	70	210	58º
231	SANDRA SOUZA SANTOS	70	70	70	210	59º
260	LUCIANA DA SILVA DUARTE ABREU	70	70	70	210	60º
253	DANIELI GASPARELO CANZIAN	50	90	70	210	61º
4	SONIA MARIA GONÇALVES TALIULI	80	70	60	210	62º
1038	DENISE BATISTA DA SILVA	60	90	60	210	63º
1089	DULCE HELENA MACEDO	80	70	60	210	64º
69	ROGÉRIA APARECIDA CANZIAN MARTINS	70	80	60	210	65º
981	ADRIANA MORAES MARANGOANHA	50	100	60	210	66º
1288	SILVIA MARIA BALBINO BRAZ	80	80	50	210	67º
256	MARLUZE DOS SANTOS	80	80	50	210	68º
740	PENHA ELIDA GHIOTTO TUÃO	70	90	50	210	69º
6	PAULA BARBOSA CANTARINI	70	70	60	200	70º
472	CINTHIA MELLO ANDRADE	50	70	80	200	71º
1290	LUZIA CANDIDO LEAL BARROS	50	70	80	200	72º
144	MARIA DA PENHA CALDEIRA BUROCK	70	60	70	200	73º
683	EDSON CALDEIRA PADILHA	50	80	70	200	74º
1277	BATRIZ CORTEZ DE MIRANDA	50	80	70	200	75º
532	LUCIANA SILVA CRISTOVAN	80	60	60	200	76º
858	WANDERLEIA APARECIDA GUELLER GOMES	50	90	60	200	77º
866	MARCOS TADEU S. BARROS	60	80	60	200	78º

[...]

Desta maneira fica evidente e esclarecido que em momento algum houve má fé ou fui beneficiado de maneira duvidosa. Se aqui estou, é apenas por mérito meu, sem prejudicar ou tomar a vez de ninguém. Fui convocado dentro do número de vagas proposto no edital da época.

Confesso que em uma péssima colocação, porem dentro do quadro publicado.

Diante do exposto, peço aos senhores que reconsiderem a determinação, não posso ser prejudicado por uma omissão ou erro administrativo. Já trabalho ha alguns anos sem reajuste, e mesmo assim presto um bom serviço, sou bem humorado, e este trabalho é a unida fonte de renda atualmente. Recebo um pouco mais que um salario mínimo, já é difícil viver com este, não me imagino sem ele...

Certo de que posso contar com sua estima e consideração, aguardo o deferimento favorável a esta solicitação.

Como se verifica do histórico processual, há diversos fatores que levam à manutenção do vínculo entre servidor e Administração com fundamento no fato consumado no presente caso. São eles: a) o longo decurso do tempo desde a nomeação, que ocorreu em 2002; b) a aprovação no concurso público, mesmo que em colocação baixa; c) a nomeação, a posse e o exercício por iniciativa da Administração Pública, não por provimento judicial precários; d) a mácula no vínculo de trabalho ocorrer por erro da Administração na formalização do processo admissional, não por culpa do servidor; e) a atitude do servidor de sanear os erros do processo admissional, conforme ele tivesse os documentos faltantes, demonstrando sua boa-fé; f) a dificuldade do servidor em provar o chamamento dos candidatos aprovados em colocação superior à sua e sua desistência do cargo; g) o fato de não estar provado que houve preterição, mas o problema no processo admissional residir no fato de que não foi provado que não houve. Por tudo isso, não se mostra consentâneo com o ordenamento jurídico romper o vínculo de trabalho, quase vinte anos após o seu início, mas sim mantê-lo, com base no fato consumado.

Alguns pontos devem ser destacados, a fim de demarcar que a manutenção do vínculo do servidor Marcos Tadeu Silva Barros está intimamente vinculada ao seu caso. Em primeiro lugar, tem-se que a irregularidade que gerou a determinação para a cessação de seu vínculo decorre de um erro na formalização do processo de admissão por parte da Administração Pública, não por falha do servidor tampouco por

real ocorrência de preterição. A esse respeito, ressalte-se que o que se tem de concreto não é a ocorrência de desrespeito à ordem classificatória, mas que a Administração municipal não trouxe os documentos que comprovavam o respeito a ela.

A propósito, vale destacar que o Município e o servidor não trouxeram, em suas petições intituladas Embargos de Declaração, documentos que provassem a ausência de preterição nem apontaram onde encontrá-los, embora afirmem que eles podem ser facilmente localizados. Nesse sentido, na Petição Recurso 45/2021, afirmam que: “Em busca junto ao Diário Oficial do estado do Espírito Santo o servidor obteve êxito em encontrar tais publicações [...] Ademais, a documentação exigida [...] pode ser acessada junto ao Diário Oficial a qualquer tempo”. Apesar da alegada facilidade, os documentos não foram juntados aos autos nem foi indicada a data do diário oficial em que se encontrariam as nomeações dos demais e/ou desistências dos demais servidores.

Assim, ainda pairam dúvidas sobre a ocorrência ou não de preterição, porém não há como afirmar que a nomeação era ilegal na origem. E, se a teoria do fato consumado permite manter uma situação que sabidamente era originariamente ilegal, com mais razão é possível manter uma situação de cuja ilegalidade não se tem certeza.

Ressalve-se, por oportuno, que a comprovação do respeito à ordem de classificação é importantíssima e um dos aspectos mais importantes a ser comprovado nos processos admissionais. Nesse sentido, este TCE-ES previu no art. 8º, II, da Portaria 44/2018³, a necessidade de se comprovar a ausência de preterição em processos admissionais mais antigos. Sem embargo, o delineamento deste caso concreto permite abdicar dessa prova, na medida em que o decurso do tempo consolidou a situação do servidor e que ele não poderia ser punido pela desorganização administrativa.

Além disso, há que se ressaltar que o servidor demonstrou boa-fé ao trazer os documentos faltantes que lhe competia apresentar. Nesse tocante, vale destacar que o fato de o servidor não ter respondido ao ofício que o notificou para demonstrar a ausência de preterição não reduz sua boa-fé. Isso porque é de se considerar a dificuldade prática de um servidor obter documentos referentes a terceiros (sua convocação, e nomeação ou desistência), não lhe sendo exigível essa espécie de prova.

Portanto, em homenagem à segurança jurídica, **opina-se pela manutenção do vínculo de trabalho do senhor Marcos Tadeu Silva Barros em seu cargo com fundamento no fato consumado.**

4 CONCLUSÃO

³ Art. 8º. O ato de admissão, cujo titular, em 31 de março de 2017, contava com mais de cinco anos de exercício no cargo ou emprego, receberá manifestação técnica, de forma excepcional, pelo registro, considerando os princípios da boa fé objetiva, da proteção da confiança e da segurança jurídica, salvo se houver indícios de irregularidades graves ou comprovada má-fé, quando constatado cumulativamente que:

I - o servidor público admitido estava entre os aprovados no concurso público;

II - foram nomeados todos os candidatos com classificação anterior à classificação do servidor em análise;

III - na data da publicação do edital de concurso público havia vaga disponível para o ato.

4.1 Diante das razões expostas na presente Instrução Técnica de Recurso, opina-se por **conhecer a Petição Recurso 45/2021-1 e a Petição Intercorrente 255/2021-1 como Direito de Petição**, a fim de **manter o vínculo de trabalho do servidor Marcos Tadeu Silva Barros com o município de Atílio Vivácqua sob o manto do fato consumado**, mantendo-o no cargo de auxiliar administrativo”.

Portanto, pelo exposto, acompanhando a manifestação técnica e ministerial, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a minuta de deliberação que submeto à apreciação.

MÁRCIA JACCOUD FREITAS

Conselheira Substituta

1. ACÓRDÃO TC-1284/2021 – PLENÁRIO:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do **Plenário**, ante as razões expostas no voto da relatora, em:

1.1. CONHECER o expediente como direito de petição;

1.2. JULGAR PROCEDENTE para aplicar a teoria do fato consumado ao caso, a fim de manter o vínculo de trabalho do servidor Marcos Tadeu Silva Barros com o Município de Atílio Vivácqua;

1.3. DAR CIÊNCIA aos interessados;

1.4. ARQUIVAR, após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 04/11/2021 - 58ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto

Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

4.2. Conselheira substituta: Márcia Jaccoud Freitas (relatora).

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRA SUBSTITUTA MÁRCIA JACCOUD FREITAS

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANÁSTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões