



ACÓRDÃO N°
PROCESSO N° 0000705-98.2009.8.14.0104
1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO
APELAÇÃO CÍVEL
COMARCA DE BREU BRANCO
APELANTE: MUNICÍPIO DE BREU BRANCO
Advogada: Dra. Márcia Abreu Sousa
APELADA: ELIETTE FERREIRA DE MELO
Advogado: Dr. Maurício Barbosa Figueiredo – OAB/PA n° 9.281
Procuradora de Justiça: Dra. Rosa Maria Rodrigues Carvalho
RELATORA DESA. CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE PROVA PRECONSTITUÍDA. REJEITADA. MÉDICO - ALTERAÇÃO DE CARGA HORÁRIA. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NÃO COMPROVAÇÃO.

- 1- Concedida a segurança, a sentença deve ser submetida a reexame necessário, a teor do § 1º, do art. 14, da Lei n° 12.016/2009;
- 2- Considerando que o inconformismo da impetrante é a mudança de horário e que a documentação juntada se presta a comprovar que a Administração procedeu a alteração de horário da servidora, o processo encontra-se instruído de forma a possibilitar a análise do mérito recursal;
- 3- A alteração da jornada de trabalho deve ser fixada levando-se em consideração os critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública, de modo a afastar pretensão subjetiva da servidora à mudança de sua carga horária;
- 4- A carga horária do médico é estabelecida em 20 horas semanais (Lei n° 3.999/61). A extrapolação da carga horária estabelecida em lei, com acumulação de 80 (oitenta) horas em uma semana, com exercício em regime de plantão, não se mostra viável, pois ofende os princípios da legalidade, eficiência, proporcionalidade e razoabilidade;
- 5- Considerando que a alteração da carga horária é ato discricionário do poder público, bem ainda ausente a prova suficiente que comprove a ilegalidade do ato, inexistente o direito líquido e certo pleiteado, impondo-se a denegação da segurança.
- 6- Reexame Necessário e Apelação conhecidos. Apelo provido, para denegar a segurança, face a ausência de direito líquido e certo, com fulcro no artigo 1º da Lei n° 12.016/2009, extinguindo-se o mandamus com resolução do mérito, com fundamento no artigo 269, I do CPC/73. Em reexame, sentença reformada nos termos do provimento recursal.

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 do recurso de Apelação. Dar provimento ao apelo, para denegar a segurança, face a ausência de direito líquido e certo, com fulcro no artigo 1º da Lei n° 12.016/2009, extinguindo-se o mandamus com resolução do mérito, com fundamento no artigo 269, I do CPC/73. Em Reexame Necessário, sentença reformada nos termos do provimento recursal.

Sem honorários, na forma do art. 25 da Lei n° 12.016/2009. Sem custas, em razão da gratuidade deferida às impetrantes e isenção da Fazenda Pública.

1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, 23 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. Des. Ezilda Pastana Mutran.

Desembargadora CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO
Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo MUNICÍPIO DE BREU BRANCO (fls. 166/175) contra sentença (fls. 159/163) prolatada pelo Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Breu Branco, que, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por ELIETTE FERREIRA DE MELO, concedeu a segurança, para que a impetrante cumpra a sua jornada de trabalho de 20 horas semanais e 80 mensais em uma semana corrida, em regime de plantão no local de trabalho, sob pena de multa diária de R\$5.000,00 (cinco mil reais).

O apelante narra que a apelada foi aprovada em concurso público para o cargo de médica, com especialidade em ginecologia e que, inconformada por ter que cumprir sua jornada de trabalho, diariamente, aduz que fora contratada para cumprir carga horária de 80 (oitenta) horas semanais e que, por possuir outros empregos, na iniciativa pública e privada, cumpria essa carga horária em regime de plantão, fazendo as 80 (oitenta) horas mensais em apenas uma semana. Que a apelada argumenta que a alteração de seu regime de trabalho seria perseguição política, sendo abusivo o ato que determina o cumprimento de 4 (quatro) horas diárias.

Alega o não cabimento de mandado de segurança, diante da necessidade de comprovação do direito líquido e certo; que a apelada não trouxe, aos autos, prova alguma que embase seu pedido. Sustenta que a determinação do horário da apelada foi feita no âmbito do poder discricionário da Administração; tendo o juízo a quo adentrado da discricionariedade da Administração, o que é vedado.

Argumenta que a acumulação de cargos permitida na Constituição Federal ressalva a compatibilidade de horários e que a servidora, além de exercer a atividade de medicina no Município apelante, também o faz em Tucuruí, Novo Repartimento, Cametá e Belém. Assevera ser exagerado o valor fixado a título de multa.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, para reformar a decisão a quo.

Certificada a não apresentação de contrarrazões (fl. 175) e a tempestividade do recurso (fl. 176).

Coube-me a relatoria do feito (fl. 177).

O representante do Ministério Público nesta instância (fls. 181/184 e verso), manifesta-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

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.

Reexame Necessário

O reexame necessário se impõe, na espécie, nos termos do § 1º, do art. 14, da Lei nº 12.016/90, considerando a sentença com concessão da segurança.

Preliminar de ausência de prova pré-constituída

O apelante alega que a impetrante/apelada não cuidou de colacionar, nos autos, provas das alegações feitas na exordial de que teria trabalhado em regime de plantão, ou de que estaria sofrendo perseguição política, pelo que incabível a ação mandamental, no caso.

A impetrante, em sua inicial (fl. 3), alega que foi nomeada para o cargo de médica ginecologista, em 30/04/2008, e que, à época, para cumprir carga horária mensal de 80 (oitenta) horas, a Administração teria lhe facultado a opção de cumprir esse horário diariamente, se em um turno só ou nos dois turnos, ou em regime de plantão, sendo este último escolhido pela servidora, que exercia suas atividades cumprindo a carga horária de 80 (oitenta) horas em uma semana só. Sustenta que, com a mudança de administração, por perseguição política, lhe foi imposta a carga horária de 4 (quatro) horas diárias, todos os dias.

Para provar seu direito, vejo que a impetrante/apelada trouxe, aos autos, cópia da Portaria nº 1020-H/2008, ato que a nomeou para o cargo de médica (fl. 18), cópia do Memorando nº 20/2009-SEMUS, comunicando a lotação, carga horária e o horário da servidora a ser cumprido a contar de 01/08/2009.

Em que pesem as alegações do apelante, entendo que o cerne da questão é a mudança na forma do exercício da carga horária da apelada realizada pela Administração, com a qual a impetrante/apelada não se conforma.

Desse modo, considerando que a documentação juntada se presta a comprovar que a Administração procedeu a mudança de horário da servidora, nos moldes do memorando supracitado, entendo que o processo está instruído de forma hábil a ser julgada a existência ou não do direito almejado nesta ação mandamental.

Desse modo, pelas razões expostas e em homenagem à primazia do mérito, rejeito a preliminar.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação e do reexame necessário e passo à análise da matéria devolvida.

Mérito

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposto contra sentença (fls. 159/163) prolatada pelo Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Breu Branco, nos autos do Mandado de Segurança, cuja parte dispositiva transcrevo, in verbis:

(...) isto posto, CONCEDO A SEGURANÇA, estendendo a IMPETRANTE o mesmo direito de outros médicos especialistas de cumprir sua jornada de trabalho de 20 horas semanais e



80 mensais, em uma semana corrida, em regime de plantão no local de trabalho, devendo o gestor municipal de Breu Branco e/ou Secretário de Saúde refazer a escala de plantão da impetrante, nos moldes estabelecidos nessa SENTENÇA.

Fixo multa diária em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) acaso a decisão não seja cumprida no prazo da lei.

(...)

A decisão recorrida reconhece a ilegalidade do ato impugnado e a existência do direito líquido e certo da impetrante/apelada, com fundamento no art. 8º, da Lei nº 3.999/61, que estabelece a jornada semanal máxima de 20 horas para os médicos, e no fato de o edital do concurso e a portaria de nomeação da servidora nada dizerem a respeito de como será exercida essa jornada de 20 horas semanais. Sustenta-se, ainda, o decisor, na tese de restar óbvio tratar-se de perseguição política, tendo em vista que a impetrante já vinha cumprindo essa carga horária do mesmo modo que outros servidores ocupantes do mesmo cargo.

O apelante, no intento de reformar a decisão prolatada pelo juízo de piso, sustenta que a apelada não instruiu o processo com documentação necessária à comprovação do direito líquido e certo pleiteado, devendo o processo ser extinto sem julgamento do mérito. Acrescenta que a carga horária semanal dos ocupantes de cargo de provimento efetivo do município é fixada pelo Regime Jurídico Único e pela Lei Orgânica do município, bem ainda que a Lei 3.999/61, em seu art. 8º, estabelece a carga horária de 20 horas para o médico. Sustenta que a decisão apelada interfere no poder discricionário da Administração. Do caderno processual, observo que a servidora/apelada foi nomeada, por meio da Portaria nº 1020-H/2008-GP, de 30/04/2008, para exercer o cargo efetivo de médica, com lotação na Secretaria Municipal de Saúde do Município de Breu Branco, ora apelante (fl. 18). Em 20/07/2009, por meio do Memorando nº 20/2009-SEMUS (fl. 21), a médica foi comunicada de que, a partir de 01/08/2009, sua carga horária de 4 horas diárias deveria ser cumprida, de segunda a sexta-feira, no ambulatório da Unidade Mista de Saúde Dr. Inácio Gabriel, no período de 14 às 18 horas.

Pois bem.

O Regime Jurídico Único do Município, Lei nº 010/1993, estabelece, no art. 20 (fl. 30), que o ocupante do cargo de provimento efetivo fica sujeito a 30 (trinta) ou 40 (quarenta) horas semanais de trabalho, em consonância com a Lei Orgânica do Município, que limita em 40 (quarenta) horas semanais a duração normal de trabalho do servidor.

De acordo com Lei Federal nº 3.999/61, a carga horária diária máxima do cargo de médico deve ser de 4 (quatro) horas, podendo, mediante acordo escrito, ou por motivo de força maior, ser acrescida de 2 (duas) horas.

Art 8º A duração normal do trabalho, salvo acordo escrito que não fira de modo algum o disposto no artigo 12, será:

a) para médicos, no mínimo de duas horas e no máximo de quatro horas diárias;

(...)

§ 3º Mediante acordo escrito, ou por motivo de força maior, poderá ser o horário normal acrescido de horas suplementares, em número não excedente de duas.

Dos dispositivos mencionados, considerando a lei especial, depreende-se que a jornada de trabalho dos médicos deve ser de 20 (vinte) horas semanais; podendo ser acrescida de horas complementares mediante



acordo escrito, ou de acordo com o interesse da Administração Pública, o que traduz a discricionariedade do ato.

No caso, a impetrante alega que houve acordo com a Administração para que ela trabalhasse 80 (oitenta) horas semanais em regime de plantão. Descuidou-se, porém, a impetrante/apelada, de trazer provas de suas alegações. A mesma conduta se deu quanto à suposta perseguição política, pois não há qualquer elemento, nos autos, que corroborem essa tese.

Ressalte-se, por oportuno, que o mandado de segurança é uma via estreita, na qual não há espaço para dilação probatória, devendo, portanto, as provas serem pré-constituídas; caso contrário, fica improvável o direito almejado.

Dessa forma, não há que se falar em direito líquido e certo da servidora à mudança de sua carga horária, especialmente se a alteração resulta em agressão aos ditames legais e à atuação da Administração Pública que tem como dever precípua buscar atingir o interesse público e não o interesse particular. Digo, ainda, que à Administração cabe o poder de discricionariedade; não havendo o que falar, na espécie, em direito subjetivo, ou consolidado da apelada à mudança de carga horária.

Vejam os julgados:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. SERVIDOR PÚBLICO. PROFISSIONAL DE SAÚDE COM PROFISSÃO REGULAMENTADA. ACUMULAÇÃO. JORNADA SUPERIOR A 60 HORAS SEMANAIS. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO MANDAMENTAL. JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO FUNDAMENTADA NAS SÚMULAS 83 E 568/STJ (PRECEDENTE JULGADO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL, SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS OU QUANDO HÁ JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA SOBRE O TEMA). MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. CABIMENTO.

(...)

III - O disposto no art. 3º do Decreto n. 1.590/95, com as alterações do Decreto n. 4.836/2003, não outorga direito subjetivo ao exercício, pela servidora, de jornada de 30 (trinta) horas semanais em regime de plantão, mas, sim, estabelece mera permissão, sujeita à discricionariedade administrativa. Precedente.

IV - É pacífico nesta Corte entendimento no sentido de que a ação mandamental impõe a comprovação do direito invocado mediante prova pré-constituída, contemporânea à petição inicial, não se admitindo a juntada posterior de documentos. Precedentes.

V - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VIII - Agravo Interno improvido, com aplicação de multa de 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da causa.

(AgInt no MS 18.528/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2017, DJe 16/02/2018).

Ademais, o exercício do cargo de médico em regime contínuo de plantão, de forma a condensar toda a carga horária de 30 (trinta) dias de trabalho em apenas uma semana, perfazendo, em 7 (sete) dias, 80 (oitenta) horas de labora, não se mostra salutar, nem produtivo. Ao assumir esse risco, portanto, a Administração estaria infringindo, além do princípio da legalidade, os princípios da eficiência e da razoabilidade e proporcionalidade. Acerca da matéria, cito julgado do STJ, que, ao analisar a probabilidade de



acumulação de cargos pelo profissional de saúde, entende desarrazoada a carga horária acima de 60 (sessenta) horas semanais:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA ACUMULAÇÃO DE DOIS CARGOS PÚBLICOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DA ÁREA DA SAÚDE. ART. 37 DACARTA MAGNA E ART. 118 DA LEI 8.112/90. EXEGESE JUDICIAL DAS LEIS ESCRITAS. FINALIDADE E ADEQUAÇÃO DO ESFORÇO NTERPRETATIVO.PREVALÊNCIA DOS ASPECTOS FACTUAIS RELATIVOS À PROTEÇÃO E À SEGURANÇA DOS PROFISSIONAIS E PACIENTES. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA, NO ENTANTO.

1. Nos termos dos arts. 37 da Constituição Federal e 118 da Lei 8.112/90, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, ressalvados os casos topicamente previstos no art. 37, XVI da CF, dentre eles o de dois cargos ou empregos privativos de Profissionais de Saúde, desde que haja compatibilidade de horários e os ganhos acumulados não excedam o teto remuneratório previsto no art. 37, XI da Lei Maior. 2. A ausência de fixação da carga horária máxima para a cumulação de cargo não significa que o acúmulo de cargo esteja desvinculado de qualquer carga horária, não legitimando, portanto, o acúmulo de jornadas de trabalhos ilimitadas, ainda que haja compatibilidade de horários, uma vez que não se deve perder de vista os limites constitucionais relativos à dignidade humana e aos valores sociais do trabalho, previstos no art. 1o., III e IV da CF.

3. O legislador infraconstitucional fixou para o Servidor Público a jornada de trabalho de, no máximo, 40 horas semanais, com a possibilidade de 2 horas de trabalho extras por jornada. Tomando-se como base esse preceito legal, impõe-se reconhecer que o Acórdão TCU 2.133/2005 e o Parecer GQ 145/98, ao fixarem o limite de 60 horas semanais para que o Servidor se submeta a dois ou mais regimes de trabalho deve ser prestigiado, uma vez que atende ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

4. As citadas disposições constitucionais e legais devem ser interpretadas levando-se em conta a proteção do trabalhador, bem como a do paciente. Não se deve perder de vista, assim, que a realização de plantões sucessivos e intensos coloca em risco a segurança do trabalho, bem como a saúde dos profissionais e dos pacientes por eles atendidos. Trata-se, portanto, de direito fundamental que, como sabido, não pode ser objeto de livre disposição por seu titular.

5. Assim, a análise da compatibilidade de horários não deve ser apreciada com a simples ausência de choque de horários de exercício efetivo do trabalho, mas deve-se ter o cuidado de garantir ao trabalhador o tempo para refeição, deslocamento e descanso necessários e suficientes para a sua adequada recuperação, a fim de não comprometer a qualidade do serviço por ele prestado, especialmente considerando tratar-se de profissional da área da saúde, que executa tarefa notoriamente exaustiva.

6. A exegese judicial das leis escritas não deve conduzir o Juiz a proclamar a supremacia absoluta ou tirânica da sua dicção, deixando de levar em conta os efeitos de tal postura cognitiva do ordenamento normativo, como se a solução das disputas e dissensos encontrasse resposta cem por cento elaborada no ditado das leis; pelo contrário, cabe ao Julgador verificar, criteriosamente, se a aplicação automática e acrítica do dispositivo legal não se mostra nociva, perversa ou geradora de danos ou prejuízos, cabendo-lhe evitar essa solução quando tal resultado se mostra visível e inevitável.

7. No presente caso, o Servidor Público exerce em concomitância dois cargos públicos privativos da área da Saúde, com carga horária que ultrapassa 60 horas semanais, com sacrifício dos intervalos de repouso e lazer, o que lhe vem em desfavor da sua própria saúde e põe em risco de dano involuntário a segurança dos pacientes.

8. Ordem denegada, por ausência de direito líquido e certo; revogação da tutela liminar.

(MS 19.525/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, DJe 22/08/2016).

Em decisão mais recente o Ministro Relator se manifesta no mesmo sentido:

12. Com efeito, as citadas disposições constitucionais e legais devem ser interpretadas levando-se em conta a proteção do trabalhador, bem como a do paciente. Não se deve perder de vista, assim, que a realização de plantões sucessivos e intensos coloca em risco a segurança do trabalho, bem como a saúde dos profissionais e dos pacientes por eles



atendidos. Trata-se, portanto, de direito fundamental que, como sabido, não pode ser objeto de livre disposição por seu titular. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N° 1.281.265 - RJ (2018/0089258-6).RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. 04/05/2018.

Não bastasse o fato de a alteração de carga horária constituir ato discricionário da Administração, descabe ao Poder Judiciário adentrar no mérito do ato administrativo impugnado pela impetrante/apelada, sendo, nas estreitas vias da ação mandamental, impossibilitada a discussão sobre a veracidade dos motivos que culminaram na mudança de horário da servidora, visto que a matéria demanda dilação probatória.

Desse modo, no caso dos autos, não há que se falar em direito adquirido, pois conforme fundamentação ao norte, a alteração da carga horária, dentro dos limites legais, depende dos critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública, portanto, tratando-se de ato discricionário e não de um direito subjetivo do servidor a ser exigido pela via mandamental.

Registro, ainda, que, nos autos, não existe comprovação de que a apelada, ou qualquer outro médico do quadro municipal trabalhava em regime de plantão, na forma arguida, de forma que não resta delineado o direito líquido e certo pleiteado, o que enseja o provimento da Apelação do Município de Breu Branco, com a consequente denegação da segurança, com fulcro no artigo 1° da Lei n° 12.016/2009, extinguindo-se o mandamus com resolução do mérito, com fundamento no artigo 269, I do CPC/73.

Ante o exposto, conheço do reexame necessário e do recurso de Apelação. Dou provimento ao apelo, para denegar a segurança, face a ausência de direito líquido e certo, com fulcro no artigo 1° da Lei n° 12.016/2009, extinguindo-se o mandamus com resolução do mérito, com fundamento no artigo 269, I do CPC/73. Em Reexame Necessário, sentença reformada nos termos do provimento recursal.

Sem honorários, na forma do art. 25 da Lei n° 12.016/2009. Sem custas, em razão da gratuidade deferida às impetrantes e isenção da Fazenda Pública.

Por último, considerando os termos do art. 14, § 1°, da Lei n° 12.016/09, determino a remessa destes autos ao Setor de Distribuição do 2° Grau, para que altere a classificação do presente feito para Reexame Necessário e Apelação, procedendo às respectivas modificações na capa dos autos.

É o voto.

Belém-PA, 23 de julho de 2018.

Desembargadora CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO
Relatora