



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DES. JOSÉ AURÉLIO DA CRUZ

REEXAME NECESSÁRIO Nº 0000739-11.2015.815.0371.

RELATOR: Des. José Aurélio da Cruz.

PROMOVENTE: Ennio Karlos Muniz de Medeiros.

ADVOGADO: Rubasmate Santos de Sousa.

PROMOVIDO: Município de Sousa.

PROCURADOR: Cleonerubens Lopes Nogueira.

JUÍZO ORIGINÁRIO: 4ª Vara de Sousa.

ACÓRDÃO

CONSTITUCIONAL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. MUNICÍPIO DE SOUSA. PEDIDO DE NOMEAÇÃO. PROCEDÊNCIA. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO OBSTACULARIZADA. CUMULAÇÃO DE CARGOS DE MAGISTÉRIO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL (ART. 37, XVI). COMPATIBILIDADE DE CARGA HORÁRIA. VERIFICAÇÃO APÓS A POSSE. COTEJO ABSTRATO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO.

1. A recente jurisprudência do STJ é cristalina ao compreender que a apontada incompatibilidade somente pode ser aferida após a posse, quando se poderá verificar, concretamente, que o servidor não cumpre eficientemente seu mister. Impraticável, assim, o cotejo abstrato com vistas a impedir o acesso ao cargo público. Precedentes: AgRg no RMS 43.396/AP e MS 19.476/DF.

VISTOS, relatados e discutidos, os presentes acima descritos.

ACORDAM os integrantes da Terceira Câmara Cível do Colendo Tribunal de Justiça da Paraíba, à unanimidade, negar provimento ao reexame necessário, nos termos do voto do relator e da certidão de julgamento de fls. 270.

RELATÓRIO

Cuida-se de Reexame Necessário da sentença (fls. 253/254) que julgou procedente a “ação de obrigação de fazer” ajuizada por **ENNIO KARLOS MUNIZ DE MEDEIROS** em face do **MUNICÍPIO DE SOUSA**, onde buscou a nomeação em cargo público decorrente de aprovação no competente certame.

No prazo recursal, não houve oferta de apelo (fls. 256-v).

Os autos foram remetidos à instância superior para reexame necessário.

Parecer da Procuradoria de Justiça (fls. 264) pelo prosseguimento da remessa.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, registro a prejudicialidade do agravo retido em razão da inexistência do recurso voluntário da parte sucumbente.

O promovente ajuizou a presente ação objetivando a tutela jurisdicional para assumir o cargo público de professor da categoria “Educação II – Educação Física”, para o qual foi aprovado em primeiro lugar no concurso público promovido pelo Município de Sousa (Edital nº 002/2014 – fls. 15).

Afirma que, após ter sido convocado para apresentar seus documentos (fls. 90), teve sua nomeação obstaculizada pela interpretação administrativa de que exercia outro cargo público de magistério, com incompatibilidade na carga horária (fls. 156).

Analisando as provas encartadas, **vislumbro acerto na sentença, com necessário desprovimento do reexame necessária.**

A Constituição Federal de 1988 possibilita a acumulação de cargos públicos de acordo com a norma contida no incisos do art. 37, XVI. Assim, pelo teor da alínea “a”, abaixo transcrita, permite-se o exercício simultâneo de dois cargos de magistério, como é o caso dos autos:

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de

horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

a) a de dois cargos de professor; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Pelo texto constitucional, a acumulação somente será permitida quando houver compatibilidade de horários.

Sob essa justificativa, a Administração negou a nomeação do promovente ao entender que haveria incompatibilidade entre se regime, de 40 horas semanais, com o cargo anteriormente exercido, de 25 horas semanais.

Contudo, compreendo que o promovido, exercendo a defesa do interesse público, acabou agindo com abuso de poder. A recente jurisprudência do STJ é cristalina ao compreender que a apontada incompatibilidade somente pode ser aferida após a posse, quando se poderá verificar, concretamente, que o servidor não cumpre eficientemente seu mister. Impraticável, assim, o cotejo abstrato com vistas a impedir o acesso ao cargo público.

ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROFISSIONAL DA ÁREA DA SAÚDE. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DE HORÁRIO. VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por servidor público estadual, pleiteando a acumulação de dois cargos públicos, sendo um de professor e outro de técnico de enfermagem.

2. No caso concreto, concluiu a Administração Pública que, com a acumulação pretendida, o impetrante ultrapassaria a jornada 60 horas semanais, o que implicaria perda de eficiência no serviço público.

3. O art. 37, XVI, da Constituição Federal, admite a acumulação de um cargo de professor e outro de técnico ou científico, bastando, tão somente, que o servidor comprove a compatibilidade entre os horários de trabalho.

4. Cumpre à Administração Pública demonstrar a existência de incompatibilidade de horários em cada caso específico, não bastando apenas cotejar o somatório de horas trabalhadas. Precedentes do STJ.

5. Agravo Regimental não provido.

(STJ, AgRg no RMS 43.396/AP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 25/09/2014). [Em destaque].

Cumpra à Administração Pública comprovar a existência de incompatibilidade de horários em cada caso específico, não bastando tão somente cotejar o somatório de horas trabalhadas com o padrão derivado de um parecer ou mesmo de acórdão do Tribunal de Contas da União. Precedente: MS 15415/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 13/04/2011, DJe 04/05/2011. **A violação ao postulado da eficiência como fator impeditivo ao exercício acumulativo dos cargos públicos deve ser provada expressamente pela Administração Pública Federal, e não apenas mencionada em termos meramente teóricos.** (STJ, MS 19.476/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 30/08/2013). [Em destaque].

Enquanto não ocorrida a posse, inexistente fato jurídico a autorizar a limitação de direito constitucionalmente previsto, segundo doutrina consolidada na tradição jurídica brasileira:

Posse é o ato administrativo pelo qual se dá a investidura no cargo público ou no mandato eletivo. "Sem a posse o provimento não se completa, nem pode haver exercício da função pública. **É a posse que marca o início dos direitos e deveres funcionais, como, também, gera as restrições, impedimentos e incompatibilidades para o desempenho de outros cargos, funções ou mandatos**" (Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, 17ª ed., Malheiros, p. 377). (RMS 16.727/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 195). [Em destaque].

Por fim, observo que a Administração já fez juízo de conveniência e oportunidade, que lhes são reservados, quando convocou o Promovente para apresentar os documentos preparatórios da nomeação, deixando se efetivar esse ato pela premissa equivocada que ora de desconstitui.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO**, mantendo a sentença na íntegra.

É como voto.

Presidiu a Sessão o **Exmo. Sr. Des. José Aurélio da Cruz**. Participaram do julgamento, o Exmo. o Des. José Aurélio da Cruz, (relator), a Exma. Des^a. Maria das Graças Morais Guedes e o Exmo. Dr. Marcos William de Oliveira, Juiz convocado em substituição ao Exmo. Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides.

Presente ao julgamento o Dr. Doriel Veloso Gouveia,
Procurador de Justiça.

Sala de Sessões da Terceira Câmara Cível do Tribunal de
Justiça da Paraíba, João Pessoa, 05 de julho de 2016.

DESEMBARGADOR *José Aurélio da Cruz*
RELATOR