



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

REEXAME NECESSÁRIO NO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0000818-62.2015.815.0541.

RELATOR: Des. José Aurélio da Cruz.

IMPETRANTE: Helton Lucio Apolinario Silva.

ADVOGADO: Tomaz Menezes Araújo Junior e Ítalo Ranniery Nascimento dos Santos.

IMPETRADO: Prefeito do Município de Pocinhos.

ADVOGADO: Alberto Jorge Santos Lima Carvalho.

PESSOA JURÍDICA VINCULADA: Município de Pocinhos.

JUÍZO ORIGINÁRIO: Comarca de Pocinhos.

DECISÃO MONOCRÁTICA

CONSTITUCIONAL. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PEDIDO DE NOMEAÇÃO. CONCESSÃO. REANÁLISE OBRIGATÓRIA. CANDIDATO APROVADO DENTRO DAS VAGAS. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA PARA MESMA FUNÇÃO. PRETERIÇÃO CONFIGURADA. DEVER DE PROVIMENTO DO CARGO PÚBLICO. SITUAÇÃO DE EXCEPCIONALIDADE ADMINISTRATIVA NÃO COMPROVADA. POSIÇÃO DO STF E DO STJ. DESPROVIMENTO.

1. A contratação precária representa preterição de candidato aprovado dentro do número de vagas ofertadas no edital, fazendo surgir o dever de provimento do cargo público, na esteira da jurisprudência superior.

VISTOS, etc.

Cuida-se de Reexame Necessário de sentença (fls. 165/167) proferida no Mandado de Segurança impetrado por **HELTON LUCIO APOLINARIO SILVA** contra omissão supostamente ilegal do

PREFEITO DO MUNICÍPIO DE POCINHOS que teria deixado de proceder com a nomeação e posse do impetrante.

O juízo sentenciante, entendendo estar suficientemente comprovada a aprovação dentro das vagas e a preterição, reconheceu o direito ao cargo público de "Operador de Máquinas Pesadas".

No prazo recursal, não houve oferta de recurso voluntário.

Os autos subiram para reanálise obrigatória.

É o sucinto relatório.

DECIDO

O impetrante buscou a tutela jurisdicional para que fosse reconhecido seu direito ao cargo de "Operador de Máquinas Pesadas", em razão de sua aprovação em concurso público promovido pelo Município de Pocinhos.

Analizando a causa, **vislumbro ser o caso de desprovemento do reexame necessário.**

Dos documentos encartados, constato que o Município realizou seleção pública para admissão de servidores para diversas áreas, homologando seu resultado em 02/03/2015 (fls. 63).

Igualmente comprovada a aprovação do impetrante dentro do número de vagas ofertadas para o referido cargo, obtendo a 1ª colocação, dentre as 3 vagas ofertadas (fls. 22 e 64).

Uma análise apressada da demanda poderia conduzir para a inexistência do direito à nomeação ante a discricionariedade administrativa, já que o concurso ainda está em pleno vigor até 02/03/2014 (fls. 43).

Ocorre que a Administração tem mantido, no serviço público, pessoa contratada por excepcional interesse público para a realização de atividades típicas do cargo pleiteado (fls. 79).

Nesse contexto, demonstrada a preterição que torna ilícita a omissão no provimento do cargo público, na esteira da jurisprudência superior:

A contratação precária mediante terceirização de serviço configura preterição na ordem de nomeação de aprovados em concurso público vigente, ainda que fora do número de vagas previstas no edital, quando referida contratação tiver como finalidade o preenchimento de cargos efetivos vagos. Precedentes.

(STF; SS 5026; Tribunal Pleno; Rel. Min. Presidente; Julg. 07/10/2015; DJE 29/10/2015; Pág. 21).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO ART. 269 DO CPC, EM RAZÃO DA DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA 284/STF. DESNECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE LITISCONSORTE NECESSÁRIO EM RELAÇÃO AOS DEMAIS CANDIDATOS APROVADOS NO CERTAME. **CANDIDATOS CLASSIFICADOS DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. CONTRATAÇÃO DE TERCEIRIZADOS NA VIGÊNCIA DO CERTAME PARA EXERCÍCIO DE ATIVIDADES TÍPICAS DOS CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO. COMPROVAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. IMEDIATO CUMPRIMENTO DA DECISÃO CONCESSIVA DA SEGURANÇA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...]**

O entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação desta Corte de que a Administração não pode providenciar recrutamento de Servidores através de contratação precária para exercer as mesmas funções do cargo para o qual ainda existam candidatos aprovados aguardando a nomeação. Tal direito subjetivo tem fundamento na constatação da existência de vaga em aberto e da premente necessidade de pessoal apto a prestar o serviço atinente ao cargo em questão. Precedentes: AgRg no AREsp. 256.010/RN, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 7.5.2013; AgRg no RMS 19.952/SC, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 29.4.2013. [...]

(AgRg no AREsp 151.813/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 11/04/2016).

Assim, nasce o direito líquido e certo da parte, conforme decidido pelo STF, em sede de repercussão geral:

Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: 1 – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2 – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; 3 – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. (STF, RE 837311 RG, Relator(a): Min.

Ressalte-se que **o apelante não comprovou motivo excepcional** para justificar sua omissão no dever de dar provimento ao referido cargo público, nos termos da orientação do STF:

A jurisprudência do STF já firmou o entendimento de que tem direito subjetivo à nomeação o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do concurso público a que se submeteu. **Nesses casos, a Administração tem um dever de nomeação, salvo situações excepcionalíssimas plenamente justificadas.** (STF, AI 804705 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 23/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 13-11-2014 PUBLIC 14-11-2014).

Do caderno processual, resta evidente que o Município não exerceu o direito de produzir provas que pudessem conduzir para conclusão diversa, nos termos do art. 333, II, do CPC/73 (vigente à época):

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

[...]

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A omissão da Administração em proceder aos atos necessários à indigitada investidura reveste-se de ilegalidade flagrante e inarredável, importando em lesão aos princípios da boa-fé administrativa, da razoabilidade, da lealdade, da isonomia e da segurança jurídica, pelo que não há como se esquivar o Poder Judiciário de tutelar o direito da apelada, lidimamente alcançado.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, IV, “b”, CPC/15, **NEGO PROVIMENTO MONOCRÁTICO AO REEXAME NECESSÁRIO**, mantendo íntegra a sentença.

Publique-se. Intime-se.

João Pessoa, 15 de julho de 2016.

DESEMBARGADOR *José Aurélio da Cruz*
RELATOR