

DECRETO Nº 152/2017, DE 26 DE MAIO DE 2017

**TORNA SEM EFEITO O DECRETO
Nº 134/2017 DE 28 DE ABRIL DE
2017 E DÁ OUTRAS
PROVIDÊNCIAS.**

O PREFEITO MUNICIPAL DE ATÍLIO VIVACQUA, Estado do Espírito Santo, no uso das suas atribuições que lhe confere a Lei Orgânica do Município e a Legislação Municipal vigente;

CONSIDERANDO os termos da DECISÃO abaixo que:

Cuidam os autos de **AGRAVO DE INSTRUMENTO** interposto pelo **MUNICÍPIO DE ATÍLIO VIVÁCQUA**, contra decisão proferida pela MM Juíza de Direito Graciene Pereira Pinto da Vara Única de Atílio Vivácqua que, nos autos de mandado de segurança impetrado por **SERGIO MENEZES DOS SANTOS**, deferiu a medida liminar para determinar a imediata nomeação, convocação e posse do Impetrante no Cargo de Procurador Municipal, no prazo de até 10 (dez) dias contado na forma do artigo 219, caput, das Lei nº 13.105/2015, sob pena, em caso de infringência, de inflição de multa cominatória diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), até o máximo de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a ser suportada pela Autoridade Coatora.

Em suas razões, o agravante, em breve síntese, sustenta: **i)** que inexistente cargo vago de Procurador Municipal, sendo que a lei tão somente criou vagas de vínculo efetivo, **ii)** que o cargo de Assessor Jurídicos do CREAS não se assemelha ao cargo pretendido pelo agravado, possuindo funções e remunerações diversas e; **iii)** que a contratação do assessor jurídico não serviu para suprir vaga de procurador.

Deste modo, pugna pela concessão da liminar recursal para fins de suspender os efeitos da decisão agravada até o julgamento final deste intento recursal. Ao final, requer o provimento do presente recurso para reformar a decisão agravada.

É o breve relatório.

Passo a decidir:

No que tange à concessão da tutela antecipada recursal em sede de agravo de instrumento, o art. 1019, inc. I do CPC/2015 autoriza-a, porém não prevê os pressupostos legais para tanto, aplicando-se, então, os requisitos do art. 300 do Novo CPC, consoante lição de Daniel Amorim Assumpção Neves (Manual de Direito Processual Civil, ED. JusPodivm, 2016. P. 1573), quais sejam: "a) *demonstração da existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito; e b) o perigo de dano ou risco do resultado útil do processo (no caso específico do agravo de instrumento o que interessa é a preservação da utilidade do próprio recurso)*".

Ao analisar a decisão agravada (fls. 100/101-TJ), observo que a ilustre magistrada, em linhas gerais, entendeu pela ocorrência de preterição do agravado, eis que a Administração Pública teria nomeado pessoa estranha ao concurso público deflagrado pelo Edital nº 001/2015.

Registro que, ab initio, havia tão somente a previsão de uma vaga para o cargo de Procurador Municipal, conforme demonstrado às fls. 51 destes autos, sendo que o impetrante/agravado restou classificado na terceira colocação, conforme evidenciado às fls. 54. Todavia, a Administração Municipal convocou os dois primeiros colocados no certame (Carla Almeida Volpini e André Luiz de Barros Alves - fls. 59/60-TJ).

Entretanto, a pretensão do impetrante reside na posterior nomeação do Sr. Josué Guimarães Soares, efetivada por meio do Decreto nº 039/2017 (fls. 62-TJ), para exercer o cargo de assessor jurídico, sendo que, segundo deduzido na origem, tal nomeação acabaria por burlar o concurso público outrora deflagrado, sendo que as funções desempenhadas em ambos os cargos são semelhantes.

Pois bem.

Em hodierno pronunciamento, o c. Superior Tribunal de Justiça decidiu que "*o candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas previstas no edital, ao pretender sua nomeação por meio de mandado de segurança fundado em contratações precárias, deve demonstrar de plano a existência de cargo efetivo vago em quantidade suficiente para alcançar sua classificação, bem como que houve contratações precárias irregulares em igual número e para realizar as mesmas funções do cargo disputado, de modo a possibilitar a análise da alegada preterição, haja vista a vedação de dilação probatória na via mandamental. Na espécie, não há comprovação da existência de cargos efetivos vagos, nem tampouco de contratações precárias irregulares.*" (AgInt no RMS

50.429/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 30/03/2017).

Assim, para configuração da preterição, inevitável a comprovação de que o servidor, nomeado em caráter precário durante a vigência do certame, tenha por função desempenhar a mesma atividade do cargo para o qual o candidato foi aprovado, bem como a existência de cargo vago na Administração Pública.

Ao analisar o arcabouço processual destes autos, observo que, de fato, as funções desempenhadas pelo cargo de Procurador (fls. 52) e pelo cargo de Assessor Jurídico (fls. 62) são análogas, situação tal que aparenta, inclusive, provável ilegalidade do cargo em comissão. Todavia, tal discussão extrapola os limites desta lide.

Nada obstante, ao menos nesta etapa embrionária do feito, observo que o impetrante/agravado não demonstrou o outro requisito previsto pela jurisprudência para comprovação da alegada preterição, a, saber, a existência de cargo vago nos quadros da Municipalidade.

Este e. Sodalício, em diversas oportunidades, já condicionou a verificação da preterição com a existência de cargos vagos na Administração. Vejamos os seguintes julgados:

(...) II. A mera contratação temporária de terceiros pelo Ente Público, ainda que no prazo de validade do certame, não enseja, por si só, o direito à nomeação do candidato aprovado fora do número de vagas do Edital. Noutro giro, uma vez verificada a ilegalidade da contratação temporária, aliada à existência de cargo público vago na estrutura da Administração Pública, revela-se evidente a preterição daquele que restou devidamente habilitado para exercício de determinada função pública, porquanto, nessa hipótese, o Ente Público demonstra sua necessidade em executar o trabalho para o qual foi realizado Concurso Público e a disponibilidade de vaga a ser preenchida. (TJES, Classe: Apelação, 69150068828, Relator: NAMYR CARLOS DE SOUZA FILHO - Relator Substituto: RODRIGO FERREIRA MIRANDA, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 04/04/2014, Data da Publicação no Diário: 12/04/2017).

(...) 3. Não restou comprovado pelas agravantes a existência do direito à nomeação, porque não demonstraram a existência de preterição, a manifesta necessidade de pessoal da Administração Pública, tampouco a existência de cargo público vago, o que, conforme exposto, não pode ser presumido pela simples contratação de temporários. 4. Ausentes, portanto, elementos que evidenciem a probabilidade do direito das agravantes, conforme exige o supracitado art. 300, não se mostra possível a antecipação da tutela, revelando-se irreparável a decisão atacada. 5. Recurso conhecido e improvido. (...) (TJES, Classe: Agravo de Instrumento, 24169011475, Relator: EWERTON SCHWAB PINTO JUNIOR, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 14/02/2017, Data da Publicação no Diário: 22/02/2017).

Assim, ausente a demonstração da existência de cargo público vago passível de ser preenchido pela nomeação do agravado, ao menos neste momento processual, tenho por ausentes os requisitos necessários para o deferimento da liminar de origem.

Diante deste contexto, **DEFIRO** o efeito suspensivo pleiteado, determinando a suspensão da decisão recorrida, até posterior julgamento deste recurso.

Intime-se o agravante do inteiro teor desta decisão. **Intime-se** o agravado para que, caso queira, ofereça contrarrazões, na forma do art. 1019, inc. II do CPC/15.

Após, **INTIME-SE** a douta Procuradoria de Justiça Cível para se manifestar no prazo legal.

Comunique-se o inteiro teor desta decisão ao magistrado a quo, para que o mesmo a faça cumprir sua integridade, facultando-o prestar as informações que julgar pertinentes.

Tudo feito, voltem os autos conclusos.

Diligencie-se. Vitória- ES, 16 de maio de 2017, Vitória- ES, 16 de maio de 2017,
JÚLIO CÉSAR COSTA DE OLIVEIRA, Desembargador Substituto.

RESOLVE

Art. 1º - Tornar sem efeito o DECRETO Nº 134/2017, DE 28 DE ABRIL DE 2017, que exonera o Sr. Josué Guimarães Soares, brasileiro, advogado, inscrito no Ordem dos Advogados do Brasil sob o n. 184453/RJ, do cargo de Assessor Jurídico.

Art. 2º - Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, retroagindo seus efeitos 02 de maio de 2017.

REGISTRE-SE

PUBLIQUE-SE

CUMPRA-SE

Atílio Vivacqua - ES, 26 de maio de 2017.

ALMIR LIMA BARROS

Prefeito Municipal