



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR VICE-PRESIDENTE DO EGRÉGIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL**

Refere-se aos autos nº. 1410584-15.2015.8.12.0000/50000

DAFNE REICHEL CABRAL E OUTROS, já qualificados nos autos do Mandado de Segurança em epígrafe, em que contendem contra o ato coator praticado pelo **PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DE MATO GROSSO DO SUL** vem, por intermédio de seus advogados que esta subscrevem, respeitosamente, à honrosa presença de Vossa Excelência, interpor **RECURSO ORDINÁRIO**, com fulcro no art. 1.027 II, “a” do CPC, por meio do qual almeja a reforma do acórdão publicado no Diário da Justiça nº 3.577, do dia 17 de maio de 2016.

R. Calil José Domingos, 231 – Jd. São Bento – Campo Grande-MS – CEP 79004-240
Fone: (67) 3324-8737 – (67) 3384-7028 – avelinoduarte@avelinoduarte.com.br



1. Requer o recebimento, processamento e encaminhamento do presente recurso ao STJ, visto que preenchidos todos os pressupostos legais.

2. A decisão recorrida foi publicada no Diário da Justiça em 17/05/2016, iniciando-se o prazo recursal em 18/05/2016 e desconsiderando os dias 26 e 27 de maio como dias úteis, como se vê da Portaria nº 06/2016 (em anexo), tendo, portanto, até o dia 09/06/2016, para o protocolo, razão pela qual o presente recurso é tempestivo.

Nestes termos,
Respeitosamente,
Pede deferimento.

Campo Grande - MS, 07 de junho de 2016.

LEONARDO AVELINO DUARTE
OAB/MS 7.675

ELVIO MARCUS DIAS ARAUJO
OAB/MS 13.070

WILSON R. ROSILHO JUNIOR
OAB/MS 17.000

RAZÕES DO RECURSO

RECORRENTE: DAFNE REICHEL CABRAL E OUTROS

RECORRIDO: PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DE MATO GROSSO DO SUL

EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

COLEDA TURMA RECURSAL.

I – Do Acórdão Recorrido

1. Cuida-se de recurso ordinário em Mandado de Segurança em que o TJ/MS reformou em sede de Embargos de Declaração sua própria decisão que determinava ao Tribunal de Contas do Estado nomear os aprovados em concurso público para a vaga de auditores estadual de controle externo.

Noutras palavras: **no julgamento do MS, após várias sessões, com amplo debate, o Tribunal de Justiça reconheceu a existência do direito dos recorrentes, em razão da existência de preterição.** Porém, após os Embargos de Declaração, o Tribunal de Justiça voltou atrás.

Como se verá, nos tópicos abaixo, os embargos não tinham qualquer natureza infringente, posto que não trouxeram qualquer omissão, contradição ou obscuridade. O recorrido apenas pugnou por outro julgamento, esquecendo-se da existência da Súmula 169 do STJ¹.

É disso, basicamente, que se tratam os autos: um duplo julgamento em Mandado de Segurança. Em um, os impetrantes tiveram a segurança concedida. Noutro, o Tribunal de Contas sagrou-se vencedor.

Contudo, não pode haver novo julgamento.

¹ Súmula 169 – São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança.

Para um melhor entendimento, é necessária uma breve digressão dos fatos que envolvem este processo.

2. Os recorrentes submeteram-se ao concurso público de provas e títulos com vistas ao preenchimento de vagas existentes e das que viessem a existir dentro do prazo do certame para o cargo de Auditor Estadual de Controle Externo do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul.

3. Insta esclarecer, que o Tribunal de Contas do MS, antes do mencionado certame, ficou mais de 20 anos sem realizar concurso para provimento de suas vagas, utilizando-se sempre de mão de obra de terceirizados e comissionados, situação que ocasionou investigações culminando com a determinação de realização de concurso público, além da extinção de vários cargos comissionados pelo STF.

4. Muito embora o concurso visasse a regularização de pessoal do Tribunal de Contas, os Recorrentes, após a publicação da relação dos provados, tiveram conhecimento de que o TCE/MS, na vigência do concurso público, mantém a prática de utilizar-se de mão de obra terceirizada, de comissionados, de funcionários efetivos de nível médio e fundamental, bem como de estagiários, para realizar os serviços de atribuição EXCLUSIVA dos Auditores de Controle Externo, que se encontram disciplinadas na Lei Estadual 3.877/2010, caracterizando nítida PRETERIÇÃO.

5. Assim, impetraram Mandado de Segurança, para o fim de ver assegurado o direito líquido e certo de serem nomeados ao cargo de Auditor Estadual de Controle Externo, em razão de terem sido aprovados no concurso e preteridos por terceiros, juntando-se **auditorias realizadas, no prazo de vigência do concurso, por 99 (noventa e nove) pessoas, sendo elas terceirizados comissionados, efetivos de nível médio e fundamental e estagiários (fls. 117/730 – autos principais)**, além de outros documentos.

6. O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, concedeu a segurança, por maioria, nos seguintes termos:

*“EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE CONTAS DE MATO GROSSO DO SUL – AUDITOR ESTADUAL DE CONTROLE EXTERNO – IMPETRANTES APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO – **SERVIDORES COMISSIONADOS E FUNCIONÁRIOS CONTRATADOS DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO – PRETERIÇÃO CONFIRMADA ATRAVÉS DO CONJUNTO PROBATÓRIO – CONTRATAÇÕES A TÍTULO PRECÁRIO QUE REVELAM O SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS ALÉM DAQUELAS INICIALMENTE PREVISTAS NO EDITAL – VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS CONSTITUCIONAIS QUE DEVEM NORTEAR A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA** – DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE AS PRETERIÇÕES OCORRERAM EM QUANTIDADE SUFICIENTE PARA ALCANÇAR AS CLASSIFICAÇÕES OBTIDAS PELOS IMPETRANTES – PRESCINDIBILIDADE DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO – NOMEAÇÕES QUE DECORREM DE ORDEM JUDICIAL PARA ESTE FIM – **SEGURANÇA CONCEDIDA.**”*

I – Verificada a inobservância pela autoridade coatora dos princípios administrativos e constitucionais que devem nortear a atuação da Administração Pública, tendo em vista que diversas contratações a título precário foram realizadas para o desempenho da função para qual houve a realização de concurso público ainda dentro do prazo de validade, situação documentalmente comprovada no mandamus, há de se reconhecer a ocorrência de preterição, pois a situação revela o surgimento de novas vagas além daquelas inicialmente previstas no edital.

II – Desnecessária a demonstração de que as preterições ocorreram em quantidade suficiente para alcançar as classificações obtidas pelos impetrantes, sendo prescindível o litisconsórcio passivo nos feitos que discutam nomeação em concurso público, caso a nomeação dos classificados em posição inferior decorra de ordem judicial.” (grifos nossos)

7. Irresignado com esta decisão, o Estado de Mato Grosso do Sul, litisconsórcio passivo do writ, opôs Embargos Declaratórios (fls. 1/14), requerendo efeitos modificativos do acórdão que concedeu a segurança, sob a alegação de que após o julgamento do mandamus, algumas investigações realizadas pelo Ministério Público, a respeito das preterições, foram arquivadas (Processos Administrativos nº 000535.2014.24.000/8, nº 000457.2015.24.000/00, nº 105/2014 e nº 034/2015).

8. Ditos Embargos de Declaração tramitaram de maneira bastante peculiar: o julgamento inicialmente pautado para 02/03/2016, foi adiado a pedido do Relator para 09/03/2016, quando os rejeitou e o primeiro vogal pediu vista. No dia 16/03/2016, com a rejeição dos Embargos pelo detentor da vista, outro membro pediu vista. A sessão subsequente não foi realizada por determinação do Presidente do TJ/MS, que transferiu o julgamento para 30/03/2016, contudo, nesta data, o detentor da vista encontrava-se de férias, adiando-se o julgamento para 27/04/2016, quando então foi finalizado, com o acolhimento, por maioria, dos Embargos de Declaração com Efeitos Infringentes e Denegada a Segurança.

Os adiamentos do julgamento pareceu estar ligado a uma data mais favorável ao acolhimento dos Embargos de Declaração, vez que nesse período, veio a público, ligação existente entre parentes Desembargadores do TJ/MS – membros do Órgão Especial, entre eles o Presidente – e o TCE/MS, objeto de ação popular e reclamação no CNJ.

Neste cenário, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por maioria, acolheu os Embargos de Declaração (fls. 61/74) modificando a decisão do *writ*, sob a **suposta** alegação de que o fato novo é apto a demonstrar que não houve irregularidade nas contratações apontadas pelo recorrentes.

9. Malgrado o entendimento esposado no acórdão de fls. 61/74, são totalmente equivocadas as razões da decisão que será combatida em linhas abaixo.

II – RAZÕES PARA A REFORMA DO ACÓRDÃO

II.I – DA AUSÊNCIA DE MOTIVO PARA SE OPOR EMBARGOS DECLARATÓRIOS

10. Antes que se descortine qualquer argumento sobre a matéria fática, é importante dizer que **a decisão, assim como o recorrido, não esclareceram qual foi a contradição, obscuridade ou omissão** – hipóteses previstas dos Embargos no art. 1.022 do CPC – havida no julgado do Mandado de Segurança.

11. Ao contrário, **infiere-se que o objetivo dos Embargos foi o de rediscutir a prova dos autos, o que não é permitido em sede de Mandado de Segurança.**

12. Salta aos olhos que em nenhum momento antes do julgamento do Mandado de Segurança, o recorrido tenha apresentado as **supostas** provas novas – vez que os documentos apresentados pelo recorrido já existiam antes do julgamento do writ (documentos de fls. 15/32 são do ano de 2015 enquanto que o julgamento do processo ocorreu em 27.01.2016) – capazes de elidir todas as produzidas pelos recorrentes.

Com exceção da Des. Tânia, todos os demais membros do Órgão Especial do TJ/MS, **já haviam discutido em diversas sessões o processo, antes de exararem voto final na sessão ocorrida no dia 27.01.2016.**

13. **Nota-se que de novo, não há absolutamente nada.**

14. Sem embargo, os aclaratórios não tiveram como condão esclarecer pontos equivocados do julgado. **Nota-se que ocorreu o rejuízo da causa, prolongando, ainda mais, o andamento do processo, sem razão alguma.**

15. O presente recurso na verdade revela-se ser de natureza precipuamente infringente ao invés de aclaratório.

16. Sucede que, **não é possível o cabimento de embargos infringentes em processo de mandado de segurança** (art. 25 da Lei n. 12/016/09² e Súmula do STJ, n. 169³), porque *“com a interposição dos embargos infringentes, haveria, mais uma vez, o rejuízo da causa, prolongando, ainda mais, o andamento do processo”*⁴.

² Art. 25 Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

³ N. 169 “São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança”.

⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie e CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo, Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3. Ed. JusPodium, 12ª edição. P. 207.

17. Só por estas razões o recurso sequer deveria ser acolhido e a decisão ora objurgada merece ser desconsiderada.

II.2 – DA AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OMISSÃO E OBSCURIDADE

18. O alegado fato novo de inovador não tem nada, além dos documentos juntados não terem nenhuma influência ao deslinde da causa, a saber:

19. Os documentos de fls.15/20 referem-se à promoção de arquivamento de procedimento investigativo acerca de *“irregularidades no Pregão Presencial n. 001/2014, para contratação de serviços continuados de apoio administrativo, operacional e de natureza geral, com fornecimento de software que permitisse o controle das atividades laborais a serem desenvolvidas nas dependências daquele tribunal”*.

No tocante ao referido Pregão, os recorrentes na petição inicial do Mandado de Segurança informaram que este foi revogado pelo próprio TCE/MS (vide item 9, fls. 09), não se tratando de fato novo nem trazendo influência para causa.

Em verdade, os recorrentes utilizaram este fato como **prova subsidiária** para demonstrar a contumácia do Tribunal de Contas em realizar contratações para o preenchimento de vagas do quadro de serviço sem concurso.

A propósito, destaca-se parte do voto do ilustre Desembargador Fernando Mauro Moreira Marinho nos Embargos de Declaração:

“Analisando os documentos juntados às fls. 15/20, verifica-se que embora o Órgão Ministerial tenha procedido o arquivamento do Procedimento Preparatório nº 105/2014 que motivou a apuração de diversas irregularidades no Pregão Presencial nº 001/2014, do Tribunal de Contas Estadual que tinha por objeto a seleção da melhor proposta para contratação de pessoa jurídica para a terceirização de serviços continuados de apoio administrativo, operacional e de natureza geral, com fornecimento de software que permitisse o controle das atividades laborais a serem desenvolvidas nas dependências do tribunal, tudo conforme afirmado no Ofício nº 883/2015/GAB-PCJ, de 08 de julho de 2015, à f. 19, é imprescindível observar a ressalva feita pelo Ministério Público “o direito de proceder a novas pesquisas, caso de outras provas tiver notícias, bem como de ajuizar a ação cabível, caso necessário”. (f. 20).

No entanto, **cabe, ainda, esclarecer que o referido ofício não se trata de documento novo, visto que constou a data de 08 de julho de 2015 (f. 19), as informações prestadas no Mandado de Segurança se deu em 06 de outubro de 2015 (f.1581/1.592) e o julgamento da ação em 27 de janeiro de 2016 (f. 1636/1649), da mesma forma os demais documentos de f. 20/32, não podendo ser aplicado no caso o artigo 462 do Código de Processo Civil, como pretende o embargante.**” (grifos nossos)

20. Os documentos de fls. 21/22 referem-se à **promoção de arquivamento de inquérito que apurou possível desvirtuamento de contrato de estágio, em razão de estagiários não estarem sendo contratados com base em critérios objetivos.** O procedimento investigativo restou arquivado após o Tribunal de Contas baixar Resolução regulamentando o estágio superior.

A forma como os estagiários **são contratados não influencia o julgamento do Mandado de Segurança.** Noutras palavras, a regulamentação da maneira como deve ocorrer a contratação de estagiários de nível superior no TCE/MS não elide o fato de que eles desempenharam os serviços dos embargados, durante o prazo de validade do certame.

21. Os documentos de fls. 23/28 tratam-se do arquivamento de procedimento investigativo da contratação dos filhos do Deputado Rinaldo Modesto pelo TC/MS, apontando nepotismo. O arquivamento se deu após comprovação de exoneração dos mesmos.

A possível prática de nepotismo não traz influência ao *decisum* que observou a preterição dos impetrados, conforme consignado no voto condutor do acórdão que deliberou por maioria pela concessão da segurança – **“do vasto acervo documental acostado aos autos, verifica-se que existem indícios suficientes para apontar que diversos servidores comissionados e até mesmo terceirizados vêm desempenhando funções que, em tese, deveriam ser reservadas apenas aos auditores de controle externo.”** (fl. 1644 – autos principais).

22 Por outro lado, os documentos de fls. 29/32, não tem relação alguma com esta causa, eis que se trata de uma suposta denúncia genérica de preterição havida

dentro do Tribunal de Contas sem o detalhamento se é relacionado aos auditores estaduais de controle externo.

Assim, como se infere do pedido de promoção de arquivamento do inquérito civil datado de 01/09/2014, trata-se de *suposta* preterição relacionada ao desempenho de serviços de natureza-meio do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul (ex. telefonia, vigilância, recepção e auxiliar administrativos).

Por não guardarem relação nenhuma com os fatos envolvidos nos autos, sequer foram considerados na decisão dos embargos.

23. Ainda, impende destacar um fato importante, aventado pelo Desembargador Fernando Mauro Moreira Marinho em seu voto divergente da maioria nos Embargos de Declaração:

Apenas acrescentado no voto do E. Relator, verifiquei em pesquisa na rede mundial de computadores, no sítio da internet do Ministério Público Estadual, onde consta a publicação no Diário Oficial do Ministério Público (DOMP-MS nº 1238, p. 15), datada de 14/03/2016, que a 29ª Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Comarca de Campo Grande-MS, tornou pública a instauração de três Inquéritos Cíveis, assim definidos:

1 - Edital nº 23/2016- IC nº 06.2016.00000383-7 – objeto: Apurar eventual excesso de servidores comissionados no Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul;

2 - Edital nº 24/2016- IC nº 06.2016.00000384-8 – objeto: Apurar eventuais contratações de funcionários terceirizados a desempenhar atividade-fim em detrimento de nomeação de servidores efetivos (concurados);

3 - Edital nº 25/2016- IC nº 06.2016.00000386-0 – objeto: Apurar eventual ocorrência de desvio de função por servidores comissionados e efetivos.

Dessa forma, as questões debatidas continuam em análise pela Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social dessa Comarca, não podendo se falar que foram sanadas tais irregularidades. (grifos nossos)

24. Como se vê não, além de não haver nenhum fato novo que possa ter acarretado alguma contradição no julgamento do *writ*, apto a ensejar um novo julgamento da causa, o *Parquet* continua a investigar o Tribunal de Contas pelas preterições havidas no certame, mesmo após o julgamento do *Mandamus*.

25. O que importou para o julgamento favorável do *writ* foi a extensa documentação juntada, como as **auditorias⁵ realizadas, no prazo de vigência do concurso, por 99 (noventa e nove) pessoas, sendo elas terceirizados comissionados, efetivos de nível médio e fundamental e estagiários (fls. 117/730 – dos autos principais), o Relatório de Análise Documental (doc. 9 da petição inicial), ratificado pelo Procurador do Trabalho (doc. 10 petição inicial), que concluiu: “*as irregularidades perpetradas pelo Tribunal de Contas são realizadas em caráter permanente e não eventual. Restou demonstrada a usurpação de atividade destinada exclusivamente aos Auditores, de pelo menos 106 (cento e seis) pessoas, dentre funcionários terceirizados, servidores comissionados, servidores efetivos ocupantes de cargo de nível médio e fundamental, bem como estagiários, em total afronta às normas legais e constitucionais.*”**

De igual, a tese firmada pelo Ministério Público Estadual, no Inquérito Civil nº 065/2014 (**doc. 6 da petição inicial**), de que o TCE/MS possui convênio com empresas que terceirizam funcionários para executar atividade-fim do órgão.

Referida informação, além de ratificada pelo TCE/MS no Termo de Ajuste de Conduta firmado com o Ministério Público Estadual (**doc. 7 da petição inicial**), foi relatada com maior propriedade pela Procuradoria do Trabalho que, após instaurar e instruir o Inquérito Civil n. 000758.2014.24.000/8, concluiu em despacho circunstanciado (**doc. 8 da petição inicial**):

Sem prejuízo do curso das investigações para robustecer as provas carreadas aos autos do presente inquérito, cabe concluir que restam comprovadas as irregularidades perpetradas pelo Tribunal de Contas, seja na contratação direta, sem atender aos requisitos de processo licitatório e nem a dispensa da exigibilidade, na contratação irregular de estagiários com desvirtuamento dos objetivos, ou por meio de empresas interpostas, onde há pessoalidade nas contratações, a usurpação das

⁵ Ditas auditorias são atividade fim do órgão, de competência exclusiva de auditores de controle externo, a teor que dispõe o inciso I do artigo 6º da Lei 3.877/2010, com redação dada pela Lei 4.223/2012

atividades fins e a odiosa prática do assédio moral em face de seus servidores.

Os depoimentos colhidos nas diligências demonstram que o TCE/MS não apenas delegava a execução de atividades reservadas exclusivamente aos Auditores para os empregados terceirizados, como continua a fazê-lo, mas agora com os ocupantes de cargos comissionados, estagiários e até mesmo menores aprendizes, em total afronta às normas legais e constitucionais

(...)

A situação constatada causa sério efeitos deletérios para a sociedade e para os trabalhadores pois ocasiona (1) precarização das condições de trabalho; (2) discriminação entre os servidores, terceirizados, contratados e estagiários; (3) burla à realização de concurso; (4) ofende a expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público e; (5) agride a dignidade daqueles trabalhadores assediados moralmente.

26. Como se vê, a preterição por meio de terceirizados ocorreu e restou sobejamente demonstrada pelos recorrentes e contra isto o **recorrido não se irresigna (não há questionamento deste fato nos Embargos de Declaração).**

27. O conjunto probatório apresentado pelos recorrentes e apreciado pelo Tribunal de Justiça é robusto no sentido de que ocorreram diversas contratações precárias e até mesmo desvio de funções para a realização das atribuições relacionadas ao cargo efetivo de auditor estadual de controle externo, durante o prazo de validade para o preenchimento destas vagas, como restou assentado pelo Desembargador Luiz Tadeu Barbosa Silva:

Foi amplo o debate neste colegiado quanto às mencionadas preterições (contratações de diversos funcionários sem concurso público, entre eles estagiários, cargos comissionados etc), para ocuparem função de exclusividade dos agentes de controle externo da Corte de Contas, hostilizando-se o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, na medida em que dava-se preferência aos cargos precários ao invés de contratar os aprovados no concurso público em pleno andamento.

As preterições, como dito, restaram provadas à exaustão, e os documentos juntados nesta oportunidade não retratam fato novo, como quer fazer crer o embargante, já que existiam ao tempo do julgamento.

Quanto ao mais, a questão da preterição trazida no mandado de segurança não necessitava de dilação probatória, já que as provas, como dito, eram fartas e foram trazidas com a inicial, inclusive dando conta de um termo de ajustamento de conduta feito entre o TCE e o Ministério Público Estadual, no sentido de que a Corte de Contas regularizasse a situação dos funcionários precários e contratasse os concursados, situação essa que fere postulados constitucionais que disciplinam a atuação da administração pública.

Assim, evidenciado que o embargante pretende apenas a releitura do julgado segundo o seu interesse pessoal (e não o interesse público), é de rigor a rejeição dos embargos, vez que estes não servem à rediscussão do julgado.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

28. Desse modo, o voto condutor da Denegação da Segurança afrontou diretamente o art. 1.022 do Novo CPC, vez que não foram demonstrados nenhum dos vícios previstos no referido artigo, antes disciplinado pelo art. 535 no antigo CPC.

29. O STJ acerca do tema já declarou: Não estando demonstrados nenhum dos vícios previstos no art. 535 do Código de Processo Civil, torna-se inviável a concessão de efeitos infringentes ao acórdão. Precedentes: EDcl no MS 15.507/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 18.4.2013; EDcl no MS 17.583/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 5.6.2013.

30. Julgando caso análogo, o Superior Tribunal de Justiça assentou:

Nos termos do art. 535 do CPC, os embargos de declaração são cabíveis para integrar o julgado que se apresentar omissos, contraditórios ou obscuros, bem como para sanar possível erro material existente na decisão.

No caso concreto, todavia, nenhum desses vícios encontram-se presentes, uma vez que o acórdão embargado decidiu a controvérsia mediante a adoção de fundamentação clara, precisa e suficiente, ao asseverar

que a Primeira Seção desta Corte já firmou a jurisprudência no sentido de que ...

Destarte, não há como se acolher os presentes embargos declaratórios, uma vez que a irresignação da UNIÃO resume-se ao seu mero inconformismo com o resultado do julgamento, que lhe foi desfavorável. (EDcl no MS 15.507/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 18.4.2013)

No Precedente acima, não se acolheu os embargos declaratórios porque a irresignação resume-se ao mero inconformismo com o resultado do julgamento. Já, o TJ/MS julgando Embargos de Declaração com nítido propósito de rediscussão da causa, vez que a fundamentação adotada foi suficientemente clara, precisa, amplamente debatida e superada, os acolheu com efeitos infringentes.

Assim, **evidente que a conclusão adotada pelo TJ/MS diverge frontalmente do precedente do Superior Tribunal de Justiça.**

31. Daí porque merece reforma o acórdão recorrido, notadamente porque, divergindo dos julgados acima referidos, possibilitou a rediscussão da causa em afronta ao art. 1022 do Novo CPC.

III – DA PRETERIÇÃO E DA EXISTÊNCIA DE VAGAS

32. A preterição (**fls. 81/1403** – autos principais) e a existência de vagas restaram amplamente provadas (**fls. 76** autos principais) e não foram objeto de contraprova.

33. O Supremo Tribunal Federal já decidiu favoravelmente à nomeação decorrente da existência de vagas ou que viessem existir:

"DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO DE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE VAGAS PARA CARGO PÚBLICO COM LISTA DE APROVADOS EM CONCURSO VIGENTE: DIREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA

DE DIREITO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO EM PROVER CARGOS VAGOS: NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. ARTIGOS 37, INCISOS II E IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO

1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso. (...)”⁶ (grifos nossos).

34. Como há 198 cargos de auditor de controle externo vagos os recorrentes têm o direito de serem nomeados para assumirem as funções no referido cargo, sob pena de violação do direito da segurança jurídica e da boa-fé da Administração em respeito as regras do edital que estabeleceu que “concurso destina-se ao preenchimento de vagas ora existentes e as que vierem a surgir (...)”⁷.

35. De igual, se a Administração Pública realiza a contratação de serviços públicos típicos pela via de comissionados e terceirizados, preterindo a contratação de funcionários aprovados em concurso público, há afronta as regras do interesse público.

36. A jurisprudência do STF repudia a preterição como se vê de aresto infra:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. INSPECTOR DE SEGURANÇA. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE PESSOAL. PRETERIÇÃO CARACTERIZADA. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO E DE CLÁUSULAS DE EDITAL. SÚMULA 279 E 454 DO STF. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS ABUSIVOS E ILEGAIS. AGRAVO IMPROVIDO. (...) II - O STF possui orientação no sentido de que a

⁶ STF, RE 227.480/RJ, rel. Min. Menezes Direito, rel. para o acórdão Min. Carmen Lúcia, DJe 14.9.2009. No mesmo sentido no STF: RMS n. 29.915, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 26.9.12, AI n. 728.699-AgR, rel. Min. Rosa Weber, DJe de 31.07.2013, Emb. Decl. AgR. no RE n. 607.590/PR, rel. Min. Roberto Barroso, DJe. 19.08.2014.

⁷ Clausula 1.2 do Edital n.º 01/2013, em anexo.

contratação em caráter precário, para o exercício das mesmas atribuições do cargo para o qual foi promovido concurso público, implica em preterição de candidato habilitado, quando ainda subsiste a plena vigência do referido concurso, o que viola o direito do concorrente aprovado à respectiva nomeação (...)" (RE 629574 AgR; Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 03/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-078 Publicado 23-04-2012)

37. No mesmo sentido é o fundamento das decisões do STJ, destacando-se a decisão proferida pela Primeira Seção do STJ, recentemente, no MS17413:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CLÁUSULA EDITALÍCIA. PREENCHIMENTO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL. FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. VERIFICAÇÃO DE PRETERIÇÃO. AUTORIZAÇÃO DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA.

1. O edital de concurso vincula tanto a Administração quanto o candidato ao cargo público ofertado em edital, fazendo jus o aprovado a ser nomeado dentro do limite de vagas previsto e, durante o prazo de validade do certame, nas vagas que eventualmente surgirem para os incluídos em cadastro de reserva.

2. No caso concreto, o candidato concorreu às vagas ofertadas mas ficou de fora do limite previsto inicialmente, embora inserido, por expressa disposição editalícia, em cadastro de reserva, tendo, no entanto, comprovado o surgimento de tantas vagas quanto fossem necessárias para alcançá-lo no patamar em que se classificou.

3. Reforça também o acolhimento da pretensão a constatação de que a necessidade de pessoal no referido órgão público vem sendo suprida mediante a autorização da contratação temporária de servidores, o que tem o condão de configurar a preterição do direito do candidato aprovado em concurso. Nesse sentido: MS 18.881/DF (Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 05.12.2012) e MS 19.227/DF (Rel. Ministro



Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, julgado em 13.03.2013, DJe 30.04.2013).

4. Mandado de segurança concedido. (Relator para o Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, DJe 18/12/2015)

38. Portanto, como as contratações precárias perpetradas pelo impetrado implicaram na preterição dos aprovados, privilegiando os comissionados e terceirizados, desponta para os impetrantes o direito subjetivo da nomeação ao cargo de auditores de controle externo do Tribunal de Contas.

IV – CONCLUSÃO: PEDIDO E REQUERIMENTO

39. Levadas em conta todas as considerações acima, pede-se o conhecimento e o provimento deste recurso, **para que se reforme o acórdão de fls. 61/74 em sua integralidade**, para que os recorrentes sejam nomeados para o preenchimento do cargo de auditor estadual de controle externo, especialmente porque não há contradição na premissa de que diversas contratações precárias, durante o prazo de validade do certame do cargo de auditor externo ocorreram, fazendo-se valer a decisão original do Mandado de Segurança.

40. Eventualmente, superado o entendimento da impossibilidade dos efeitos infringentes na hipótese, com o rejuízo da causa, requer o provimento deste recurso, reconhecendo-se a preterição dos recorrentes e a existência de vagas, determinando-se a nomeação dos recorrentes ao cargo de auditor estadual de controle externo no Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul.

Nestes termos, sempre respeitosamente,
Pede e espera deferimento.

Campo Grande (MS), 07 de junho de 2016.

LEONARDO AVELINO DUARTE
OAB/MS 7.675

ELVIO MARCUS DIAS ARAUJO
OAB/MS 13.070

R. Calil José Domingos, 231 – Jd. São Bento – Campo Grande-MS – CEP 79004-240
Fone: (67) 3324-8737 – (67) 3384-7028 – avelinoduarte@avelinoduarte.com.br



WILSON R. ROSILHO JUNIOR
OAB/MS 17.000

R. Calil José Domingos, 231 – Jd. São Bento – Campo Grande-MS – CEP 79004-240
Fone: (67) 3324-8737 – (67) 3384-7028 – avelinoduarte@avelinoduarte.com.br