



REEXAME DE SENTENÇA NECESSÁRIO.
SENTENCIANTE: JUIZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE PACAJÁ.
SENTENCIADO: MUNICIPIO DE PACAJÁ.
SENTENCIADO: ROBERTO CHIARELLA GODOY.
PROCESSO: 0005909-92.2013.8.14.0069
RELATORA: DESA. NADJA NARA COBRA MEDA

REEXAME NECESSÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. MUNICÍPIO DE PACAJÁ. FARMACEUTICO BIOQUIMICO. CADASTRO RESERVA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRETERIÇÃO VERIFICADA.

1. A jurisprudência deste Tribunal e dos Tribunais Superiores é firme no sentido de que o direito oponível contra a Administração que possui o candidato aprovado para cadastro de reserva e fora das vagas especificadas no Edital para nomeação é o de não ser, durante o prazo de validade do concurso, preterido na ordem de classificação, somente surgindo seu direito subjetivo à investidura no cargo se a Administração desrespeitar aquela ordem (1), ou se, durante o prazo de validade do concurso, surgirem vagas, seja em virtude da criação de novos cargos mediante lei, seja em razão de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento (2), ou, ainda, se demonstrando necessitar de pessoal para aquele cargo, a Administração lançar mão de expedientes dissimulados, como a terceirização ou contratação temporária, burlando a força obrigatória do concurso (3).

2. Caso concreto em que evidenciada a preterição alegada, em razão de terceirização para a mesma função para a qual aprovado o candidato autor.

3. Ação julgada procedente na origem.

SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO.

ACÓRDÃO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento da Comarca de Belém,

ACORDAM os Exmos. Desembargadores que integram a egrégia 3ª Câmara Cível Isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade de votos, conhecer e dar provimento ao recurso interposto, nos termos do voto da relatora.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos dois dias do mês de junho de 2016.

Este julgamento foi presidido pela da Exma. Sra. Desembargadora Maria Filomena de Almeida Buarque.

RELATÓRIO

ROBERTO CHIARELLA GODOY ajuizou o presente mandamus contra o MUNICÍPIO DE PACAJÁ, pretendendo nomeação e posse no cargo de Farmacêutico Biológico para o qual restou aprovado e classificado em 1º lugar, para cadastro reserva, no Concurso Público regulado pelo Edital n°



002/2011.

Aduz que ainda dentro da validade do mencionado concurso, a autoridade coatora contratou para o cargo de farmacêutico bioquímico, pessoa estranha ao certame (Dra. Larissa de Lima Batista) em detrimento do requerente.

O comando sentencial de fls. 117/124, restou assim redigido:

Com essas considerações, CONCEDO A SEGURANÇA determinado a imediata nomeação do impetrante sob pena de remessa dos autos ao Ministério Público para providências referentes a eventual ato de improbidade administrativa, já que conforme reiterada jurisprudência dos tribunais, a nomeação tardia do impetrante poderá causar prejuízos ao Erário Municipal já que, em sendo confirmada essa decisão, o impetrante poderá ser indenizado pela demora(RE 724.347).

Custas pelo impetrado. Sem honorários advocatícios, por força de Lei.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição. Com ou sem recurso, remetam-se os autos ao Tribunal de Justiça, com as nossas homenagens.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Transcorrido o prazo recursal voluntário, foram os autos remetidos a esta Corte sem recurso das partes.

Os autos foram inicialmente distribuídos a relatoria da Desembargadora Odete da Silva Carvalho (fls. 138), que em razão de aposentadoria determinou a redistribuição do feito (fls.149), cabendo-me a relatoria do feito (fls.154).

O Ministério Público opinou pela manutenção da sentença (fls. 142/147).

É o relatório.

VOTO

Deve ser confirmada a douta sentença.

A jurisprudência deste Tribunal e dos Tribunais Superiores é firme no sentido de que o direito realmente oponível contra a Administração que possui o candidato aprovado para cadastro de reserva e fora das vagas especificadas no Edital para nomeação é o de não ser, durante o prazo de validade do concurso, preterido na ordem de classificação, somente surgindo seu direito subjetivo à investidura no cargo se a Administração desrespeitar aquela ordem (1), ou se, durante o prazo de validade do concurso, surgirem vagas, seja em virtude da criação de novos cargos mediante lei, seja em razão de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento (2), ou, ainda, se demonstrando necessitar de pessoal para aquele cargo, a Administração lançar mão de expedientes dissimulados, como a terceirização ou contratação temporária, burlando a força obrigatória do concurso (3).

Confira-se a jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. VAGAS SUPERVENIENTES. DIREITO SUBJETIVO À CONVOCAÇÃO. RECONHECIMENTO.

1. A aprovação do candidato dentro do cadastro de reserva, ainda que fora do número de vagas inicialmente previstas no edital do concurso



público, confere-lhe o direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo se, durante o prazo de validade do concurso, demonstrado o interesse da Administração Pública, surgirem novas vagas, seja em virtude da criação de novos cargos mediante lei, seja em razão de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento. Precedentes.

2. No caso, a Administração Pública, por meio do Edital nº 002-CG/2011, convocou mais 585 candidatos, habilitados em cadastro de reserva, para a opção regional do recorrente. O surgimento de 113 vagas decorrente da desclassificação de candidatos implica a convocação do recorrente para submeter-se às etapas seguintes do certame, atendidos os requisitos exigidos dos demais candidatos convocados.

3. Recurso ordinário provido. (RMS 38.011/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/03/2013, DJe 21/03/2013).

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO CADASTRO DE RESERVA PREVISTO EM EDITAL. ABERTURA DE NOVAS VAGAS NO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME.

1. O tema relacionado à nomeação de candidatos aprovados em concurso público tem sido objeto de profundos debates e grande evolução no âmbito dos Tribunais Superiores. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao regime de repercussão geral, estabeleceu os princípios constitucionais (segurança jurídica, boa-fé e proteção à confiança) e os limites que regem a nomeação de candidatos aprovados em concurso público e a adequação da Administração Pública para a composição de seus quadros. O importante julgado da Corte Constitucional também estabeleceu que em situações excepcionais, a Administração Pública pode justificar o não cumprimento do dever de nomeação do candidato aprovado em certame, as quais serão efetivamente motivadas pelo administrador e sujeitas ao controle do Poder Judiciário, e desde que presentes os seguintes requisitos: superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade. (RE 598.099/MS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 3.10.2011).

2. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça adota entendimento segundo o qual a regular aprovação em concurso público em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital confere ao candidato direito subjetivo à nomeação e posse dentro do período de validade do certame (AgRg no AREsp 57.493/BA, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 24/02/2012). Também tem reconhecido direito líquido e certo à nomeação de candidatos aprovados em cadastro de reserva nos casos de contratação precária para o exercício do cargo efetivo no período de validade do certame público (RMS 31.847/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 30/12/2011).

3. Entretanto, não obstante a inequívoca evolução jurisprudencial dos Tribunais Superiores sobre o tema concurso público, a questão que envolve o instituto do denominado "cadastro de reserva" e as inúmeras interpretações formuladas pelo Poder Público no tocante às nomeações



dos candidatos, que tem permitido o efetivo desrespeito aos princípios que regem o concurso público, merecem ser reavaliadas no âmbito jurisprudencial.

4. A aprovação do candidato dentro do cadastro de reservas, ainda que fora do número de vagas inicialmente previstas no edital do concurso público, confere-lhe o direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo, se, durante o prazo de validade do concurso, houver o surgimento de novas vagas, seja em razão da criação de novos cargos mediante lei, seja em virtude de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento .

5. A exceção a esta regra, desde que devidamente motivada pelo Poder Público e sujeita ao controle do Poder Judiciário, deve estar fundada nas características fixadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral. Nesse sentido, se houver sido alcançado o limite prudencial de dispêndios com folha de pessoal, assim declarado este fato pelos órgãos de controle interno e externo respectivos da Administração, tudo em razão do que dispõe o art. 22, parágrafo único, inciso IV, da Lei Complementar nº 101/2000.

6. Os Tribunais Superiores têm reconhecido direito à nomeação de candidatos aprovados em cadastro de reserva nos casos de surgimento de novas vagas. Precedentes: RE 581.113/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 31.5.2011; MS 18.570/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 21/08/2012; DJe 29/05/2012; RMS 32105/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 30/08/2010.

7. No caso concreto dos autos, a recorrente ficou colocada em 44º lugar no concurso público para provimento do cargo em questão, que tinha 20 vagas, ou seja, foi aprovada fora do número de vagas previstas em edital. A Administração Pública, conforme seu critério de conveniência e oportunidade e observando a ordem de classificação, nomeou até o 41º candidato aprovado, dentro do prazo de validade do concurso.

8. Verifica-se, pela leitura das informações prestadas pela Secretaria de Estado da Fazenda, que existem 138 Auditores da Receita Estadual na ativa, sendo 118 no cargo de Auditor da Receita Estadual e 20 no cargo de Auditor da Receita Estadual II. A Lei nº 2.265/2010 do Estado do Acre, que estabeleceu nova estrutura da carreira para os servidores públicos estaduais da Secretaria de Estado da Fazenda - SEFAZ, fixou o quantitativo de 140 cargos para Auditor da Receita Estadual (Anexo XIII - fls. 90), ou seja, como estão preenchidos, conforme informação acima, 138 cargos, existem 2 vagas a serem supridas.

9. Ocorre que a recorrente foi aprovada, dentro do cadastro de reserva, na posição classificatória 44ª (quadragésima quarta), ou seja, a 3ª que deve ser convocada, uma vez que o último a ser chamado foi o 41º (quadragésimo primeiro), conforme relatado na petição inicial e confirmado nas informações. Porém, como visto acima, mesmo com a criação de novas vagas, há apenas 2 que não foram preenchidas. Dessa forma, obedecendo a ordem de classificação e preenchendo as duas vagas restantes, a colocação da candidata não é atingida para sua convocação.

10. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. (RMS



37.882/AC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 14/02/2013).

O STJ adota o entendimento de que a mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público (fora do número de vagas) convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.

O exame dos autos mostra que o autor foi aprovado em primeiro lugar no concurso público realizado para o cargo de Farmacêutico Bioquímico de Pacajá, cadastro reserva (fl. 23).

Durante o prazo de validade do certame, os candidatos aprovados dentro das vagas previstas pelo edital, bem como os aprovados fora desse número mínimo, poderão ser chamados pela Administração Pública, atendendo, no primeiro caso, ao poder vinculado e, no segundo, ao poder discricionário.

Destaca-se que segundo o entendimento do autor, a preterição no concurso em razão da contratação de profissional da área de Farmacêutico Bioquímico, por meio de contratação de pessoa estranha ao certame, lhe confere direito à nomeação no cargo ao qual logrou êxito no certame em 1º lugar.

Quanto à efetiva ocorrência de contratação em caráter precário/temporário, verifico a existência de exame médico firmado pela Dra. Larissa Batista, na qualidade de Farmacêutica Bioquímica do Laboratório de Análise Clínicas do Hospital Público de fls. 89, bem como a informação prestada pelo Prefeito Municipal, constante à fl. 114, onde dá conta de que houve a contratação da referida profissional para exercer o cargo e função pleiteado pelo impetrante.

Mesmo sendo o autor o primeiro classificado no certame para cadastro reserva e, portanto, apto a tomar posse no cargo, a administração optou pela contratação de profissional para exercer a função em regime precário, o que não pode ser acolhido. O poder discricionário, inerente à Administração Pública, não pode ser confundido com poder arbitrário, como já alertava o ilustre administrativista Hely Lopes Meirelles, em sua célebre obra "Direito Administrativo Brasileiro":

Convém esclarecer que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido"

Em casos como o presente, onde há aprovação de candidatos no concurso realizado e o ente público, mesmo assim, segue provendo cargos públicos com nomeações em caráter precário, a jurisprudência deste e. TJ/PA vem trilhando entendimento no sentido do reconhecimento da existência de um direito subjetivo à nomeação.

Nesse sentido, trago à baila o seguinte julgado:

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. MUNICÍPIO DE SANTARÉM. TÉCNICO NÍVEL SUPERIOR ENFERMEIRO. CADASTRO RESERVA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.



PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA AFASTADA. PRETERIÇÃO VERIFICADA.

1. A exigência de prova pré-constituída faz do mandado de segurança um processo de documentos, sem os quais nem a ação pode ser admitida nem o mérito da causa pode ser examinado, o que não se verifica nos autos, pois a impetrante carrou aos autos, o edital que previu o número de vagas ofertada no certame, os editais que indicaram a vacância dos cargos e sua preterição no edital que convocou apenas 13 candidatos em substituição as 28 vagas não preenchidas na primeira convocação, impondo-se a rejeição da prejudicial.
2. A jurisprudência deste Tribunal e dos Tribunais Superiores é firme no sentido de que o direito oponível contra a Administração que possui o candidato aprovado para cadastro de reserva e fora das vagas especificadas no Edital para nomeação é o de não ser, durante o prazo de validade do concurso, preterido na ordem de classificação, somente surgindo seu direito subjetivo à investidura no cargo se a Administração desrespeitar aquela ordem (1), ou se, durante o prazo de validade do concurso, surgirem vagas, seja em virtude da criação de novos cargos mediante lei, seja em razão de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento (2), ou, ainda, se demonstrando necessitar de pessoal para aquele cargo, a Administração lançar mão de expedientes dissimulados, como a terceirização ou contratação temporária, burlando a força obrigatória do concurso (3).
3. Caso concreto em que evidenciada a preterição alegada, em razão do Edital nº 020/2010 não ter observado os 28 cargos vagos da convocação anterior e a terceirização para a mesma função para a qual aprovada a candidata autora.
4. Ação julgada procedente na origem.

SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DESPROVIDO. (TJPA, Apelação nº 20133006462-1, Relatora Desa. Maria Filomena de Almeida Buarque, 3ª Câmara Civil Isolada, Data Publicação: 22/05/2015).

E, no mesmo sentido, segue a orientação do e. STJ:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. ABERTURA DE NOVAS VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXPECTATIVA DE DIREITO QUE SE CONVOLA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. O STJ adota o entendimento de que a mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público (fora do número de vagas) convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. 2. Agravo Regimental não provido. (AgRg no RMS 36.831/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 15/06/2012)

Destarte, deve ser reconhecido o direito subjetivo à nomeação, pois há necessidade de serviço e a vaga deve ser preenchida por aqueles que



lograram classificação no concurso público.
O voto, pois, é pela confirmação da sentença em reexame necessário.
Belém, 02 de junho de 2016.

Desa. NADJA NARA COBRA MEDA.
Relatora