



Acórdão n.º

Apelação Cível n.º 0004671-10-2016.8.14.0012

Secretaria Única de Direito Público e Privado

Órgão julgador: 1ª Turma de Direito Público

Comarca: Cametá/PA

Apelante: Janete Farias Teles

Advogada: Priscilla Karla Afonso Carvalho OAB/PA 19.618

Apelado: Município de Cametá

Procuradores: Newton Carlos Freire Pereira OAB/PA 15.448

Giselle Medeiros de Parijós OAB/PA 18.456

Relatora: Desembargadora Elvina Gemaque Taveira

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. AJUIZAMENTO ANTERIOR A EXPIRAÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO (EDITAL N.º 001/2013). CARGO DE PEDAGOGO – TERRITÓRIO MUNICIPAL. CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO EM EDITAL. PEDIDO DE NOMEAÇÃO FUNDAMENTADO NA SUPOSTA EXISTÊNCIA DE PRETERIÇÃO (CARGO EFETIVO VAGO E, CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE TEMPORÁRIOS). SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA LIMINAR COM JULGAMENTO DE MÉRITO, POR SUPOSTA VIOLAÇÃO AO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF NO RE 837.311/PI (TEMA 784). FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DO ARGUMENTO QUE CARACTERIZARIA A PRETERIÇÃO E, DO PEDIDO CONTIDO NA INICIAL (CITAÇÃO DO RÉU PARA A APRESENTAÇÃO INFORMAÇÕES E DOCUMENTAÇÕES NECESSÁRIAS À COMPROVAÇÃO DA PRETERIÇÃO). NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA PARA VERIFICAR SE A PRESENTE DEMANDA SE ENQUADRA NAS HIPÓTESES EXCEPCIONAIS, DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO, PREVISTAS NO RECURSO PARADIGMA. ADEQUAÇÃO DA INSURGÊNCIA AO RITO ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (ARTIGO 373, I, II E, §1º, DO CPC/15). NECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS AO PRIMEIRO GRAU. PRECEDENTES DESTA EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NULIDADE DA SENTENÇA RECONHECIDA DE OFÍCIO. APELAÇÃO PREJUDICADA. UNANIMIDADE.

1. No caso dos autos, a apelante, aprovada fora do número de vagas previsto em edital, ajuizou ação ordinária, dentro do prazo de validade do certame, requerendo a sua nomeação ao cargo de Pedagogo – Território Municipal.
2. Consta da ação principal que, durante a vigência do certame, inobstante a suposta existência de cargo vago e necessidade de serviço, o apelado teria contratado diversos servidores temporários para ocuparem a vaga que supostamente lhe pertencia, o que caracterizaria preterição e, conseqüentemente, convalidaria a mera expectativa de direito à nomeação em direito subjetivo.
3. O magistrado de primeiro grau, com fundamento no artigo 487, I c/c artigo 332, II, ambos do CPC/15, julgou liminarmente improcedente o pedido contida na inicial (nomeação da apelante), por supostamente contrariar o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 837.311/PI (TEMA 784), com repercussão geral reconhecida.
4. Em que pese a sentença recorrida fundamentar-se em recurso



repetitivo, a fundamentação para a improcedência liminar ocorreu de forma genérica, sem sequer apreciar o argumento que caracterizaria a preterição, tampouco, o pedido de citação do apelado para que apresentasse a relação de servidores e quadro de vagas efetivamente disponíveis a serem providas ao cargo de Pedagogo – Território Municipal; a relação de servidores temporários existentes no quadro dos servidores do município e, as informações que o ente municipal entendesse necessárias.

5. Deste modo, considerando que a ação principal permite a dilação probatória e, a presente demanda não dispensa a frase instrutória, não há que se falar em improcedência liminar, pois, caso comprovada a preterição da apelante (existência de cargo efetivo vago e, contratação irregular de temporários para a ocupação do cargo ao qual fora aprovada em cadastro de reserva), o direito à nomeação estará configurado na hipótese excepcional do item 7, subitem iii, da ementa do julgado proferido pelo STF no RE 837.311/PI (TEMA 784).

6. Registra-se, à título de conhecimento, que na presente demanda, o Ente Municipal é quem detém as informações necessárias a análise da preterição arguida (relação de servidores e quadro de vagas efetivamente disponíveis e, relação de servidores temporários), logo, nos termos do §1º, do artigo 373, do CPC/15, há possibilidade de inversão do ônus da prova.

7. NULIDADE DA SENTENÇA RECONHECIDA DE OFÍCIO. DETERMINAÇÃO DO RETORNO DOS AUTOS AO 1º GRAU PARA REGULAR PROCESSAMENTO DO FEITO.

8. Apelação julgada prejudicada.

9. À unanimidade.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma de Direito Público, à unanimidade, em RECONHECER, DE OFÍCIO, A NULIDADE DA SENTENÇA E, JULGAR PREJUDICADA A APELAÇÃO, nos termos do voto da eminente Desembargadora Relatora.

29ª Sessão Ordinária – 1ª Turma de Direito Público, Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos 27 de agosto de 2018. Julgamento presidido pela Exma. Des. Rosileide Maria da Costa Cunha.

ELVINA GEMAQUE TAVEIRA  
Desembargadora Relatora

#### RELATÓRIO



Trata-se de Apelação Cível (processo n.º 0004671-10.2016.8.14.0012) interposta por JANETE FARIAS TELES contra o MUNICÍPIO DE CAMETÁ, diante da sentença proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Cametá/PA, nos autos da Ação Ordinária ajuizada pela apelante.

Consta da petição inicial (fls. 03/14), que a apelante participou do Concurso Público da Prefeitura Municipal de Cametá (Edital n.º 001/2013), que ofertava 02 vagas para o cargo de Pedagogo, Território Municipal, tendo sido aprovada em 37º lugar. Afirmou que a prefeitura convocou até a 2ª colocação. Asseverou que, durante a vigência do certame, foram contratados diversos servidores temporários para ocupar a vaga que supostamente lhe pertencia. Destacou que o prazo de validade do certame expiraria em 24.03.2016. Aduziu a existência de direito à nomeação e posse no cargo de Pedagogo, diante da suposta preterição.

Em seus pedidos, requereu a concessão do benefício da justiça gratuita; a concessão da tutela antecipada, para que o apelado procedesse a sua nomeação; a citação do apelado para que apresentasse a relação de servidores e quadro de vagas efetivamente disponíveis a serem providas ao cargo de Pedagogo – Território Municipal e, a relação de servidores temporários existentes no quadro dos servidores do município, bem como, as informações que entendesse necessárias e, ao final, fosse julgado procedente o pedido contido na antecipação de tutela. Juntou documentos às fls. 15/22.

Em seguida, o Juízo a quo proferiu decisão, ora recorrida, com a seguinte conclusão (fls. 23/26):

(...) Nestes termos, amparado no art. 332, II, do NCPC, indefiro liminarmente o pedido e declaro extinto o processo com resolução do mérito na forma do art. 487, I, do NCPC. Sem custas e honorários, mercê da justiça gratuita. P.R.I. Transitada em julgado, certifique-se e arquivem-se. Cametá (PA), 02 de agosto de 2016. (grifos nossos).

Inconformada, a apelante interpôs a presente apelação (fls. 27/34). Aduziu que o Magistrado de primeiro grau não teria analisado o argumento de que, durante a vigência do certame, inobstante a existência de cargo vago e necessidade de serviço, o apelado teria contratado diversos servidores temporários para ocuparem a vaga que supostamente lhe pertencia. Asseverou que a expiração do concurso público ocorreu após o ajuizamento da ação principal.

Suscitou que a aprovação em concurso público, fora do número de vagas ofertadas em edital, não geraria direito à nomeação, mas apenas expectativa de direito, no entanto, a contratação de temporários, dentro do prazo de validade do certame, para o



preenchimento das vagas existentes, convalidaria essa expectativa em direito subjetivo. Arguiu a existência de direito à nomeação e posse no cargo de Pedagogo, diante da suposta preterição.

Mencionou a falta de apreciação do pedido referente a intimação do apelado para a apresentação da relação de servidores, quadro de vagas efetivamente disponíveis e, a relação de servidores temporários. Afirmou que o referido pedido se deu em razão das inúmeras tentativas infrutíferas junto à Prefeitura Municipal de Cametá, situação que permitiria a inversão do ônus da prova. Asseverou que, após a propositura da ação, conseguiu uma relação incompleta, anexada a apelação, que demonstraria a grande quantidade de servidores temporários contratados durante a vigência do certame.

Por fim, pugnou pelo conhecimento e provimento da apelação, a fim de que seja nomeada no cargo ao qual fora aprovada. Juntou documentos às fls. 35/43.

O Município de Cametá apresentou contrarrazões (fls. 50/61), afirmando que a apelante fora aprovada em cadastro de reserva. Asseverou que a expiração do prazo de validade do certame ocorreu em 24/03/2016. Assegurou que a apelante não teria comprovado a existência de contratações temporárias irregulares, durante a vigência do certame. Arguiu a inexistência de Direito subjetivo à nomeação, uma vez que as convocações teriam obedecido a ordem classificatória e, a disponibilidade/necessidade orçamentária. Aduziu a impossibilidade do Poder Judiciário apreciar o juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública, vez que este estaria interligado ao orçamento disponível. Defendeu a necessidade de aplicação das penalidades referentes à litigância de má-fé. Por fim, pugnou pelo conhecimento e não provimento da apelação.

Coube-me a relatoria do feito por distribuição (fl. 76).

O órgão ministerial, na qualidade de fiscal da ordem jurídica, deixou de se manifestar, afirmando não se tratar de hipótese para a sua intervenção (fls. 79/81).

É o relato do essencial.

#### VOTO

No caso dos autos, a apelante, aprovada fora do número de vagas previsto em edital, ajuizou ação ordinária, dentro do prazo de validade do certame, requerendo a sua nomeação ao cargo de



Pedagogo – Território Municipal.

Consta da ação principal que, durante a vigência do certame, inobstante a suposta existência de cargo vago e necessidade de serviço, o apelado teria contratado diversos servidores temporários para ocupar a vaga que supostamente lhe pertencia, o que caracterizaria preterição e, conseqüentemente, convalidaria a mera expectativa de direito à nomeação em direito subjetivo.

Inobstante os argumentos suscitados, o magistrado de primeiro grau, com fundamento no artigo 487, I c/c artigo 332, II, ambos do CPC/15, julgou liminarmente improcedente o pedido de nomeação da apelante, por supostamente contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento de recurso repetitivo.

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

(...)

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

Segundo o Juízo a quo, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 837.311/PI (TEMA 784), com repercussão geral reconhecida, teria firmado o entendimento de que, o direito subjetivo à nomeação em concurso público, de candidato aprovado fora do número de vagas, surge somente nos casos em que correr a preterição destes de forma arbitrária e imotivada por parte da administração, o que afirmou não ser o caso dos autos, senão vejamos:

(...) A questão de mérito a ser julgada no processo em epígrafe teve repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 837311/PI. No precedente julgado, o STF firmou entendimento de que o direito subjetivo à nomeação em concurso público de candidato aprovado fora do número de vagas surge somente nos casos em que correr a preterição destes de forma arbitrária e imotivada por parte da administração, conforme colacionado abaixo: (...) Portanto, no acórdão referido foi criada tese a partir do julgamento de recurso repetitivo que se aplica ao caso dos autos, comportando o indeferimento liminar do pedido na forma do art. 332, II, do NCPC. A matéria a ser aqui julgada, não se enquadra nas exceções estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal como aptas a gerar direito subjetivo à nomeação em concurso público. (grifos nossos).

Com efeito, verifica-se que, em que pese a sentença recorrida fundamentar-se em recurso repetitivo, a fundamentação para a improcedência liminar, por suposta ausência de enquadramento ao RE 837.311/PI (TEMA 784), ocorreu de forma genérica, sem sequer apreciar o argumento que caracterizaria a preterição, tampouco, o pedido de



citação do apelado para que apresentasse a relação de servidores e quadro de vagas efetivamente disponíveis a serem providas ao cargo de Pedagogo – Território Municipal; a relação de servidores temporários existentes no quadro dos servidores do município e, as informações que o ente municipal entendesse necessárias.

Deste modo, considerando que a ação principal permite a dilação probatória e, a presente demanda não dispensa a frase instrutória, não há que se falar em improcedência liminar dos pedidos contidos na ação ordinária, pois, caso comprovada a preterição da apelante (existência de cargo efetivo vago e, contratação irregular de temporários para a ocupação do cargo ao qual fora aprovada em cadastro de reserva), o direito à nomeação estará configurado na hipótese excepcional do item 7, subitem iii, da ementa do julgado proferido pelo STF no RE 837.311/PI (TEMA 784), senão vejamos:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÁRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...) 7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (Ermessensreduzierung auf Null), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais:

(...)

iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. (grifos nossos).

Em caso análogo, envolvendo o mesmo concurso público, este Egrégio Tribunal de Justiça assim decidiu:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO



PÚBLICO. DIREITO DE NOMEAÇÃO E POSSE DE CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. ALEGAÇÃO DE CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE TEMPORÁRIOS. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA PARA COMPROVAR O ALEGADO. CABIMENTO EM SEDE DE AÇÃO ORDINÁRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CAPAZ DE JUSTIFICAR O JULGAMENTO LIMINAR DA DEMANDA (ART. 332, II C/C ART. 489, §1º, V, AMBOS DO CPC/15). ACOLHIMENTO DA PRELIMINAR SUSCITADA PELA RECORRENTE. SENTENÇA ANULADA E RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE PISO PARA QUE PROCEDA AO REGULAR PROCESSAMENTO DOS AUTOS. RECURSO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

(TJPA, 2018.01855323-47, 189.681, Rel. ROBERTO GONCALVES DE MOURA, Órgão Julgador 1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO, Julgado em 2018-04-02, Publicado em 2018-05-10). (grifos nossos).

Registra-se, à título de conhecimento, que na presente demanda, o Ente Municipal é quem detém as informações necessárias a análise da preterição arguida (relação de servidores e quadro de vagas efetivamente disponíveis e, relação de servidores temporários), logo, nos termos do §1º, do artigo 373, do CPC/15, há possibilidade de inversão do ônus da prova.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

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

§1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Portanto, a declaração de nulidade da sentença é medida que se impõe, restando, conseqüentemente, prejudicada a apreciação da apelação que tem por objeto a imediata nomeação da autora.

Ante o exposto, nos termos da fundamentação, esta turma julgadora RECONHECE, DE OFÍCIO, A NULIDADE DA SENTENÇA RECORRIDA e, determina o retorno dos autos ao 1º grau para regular processamento do feito, bem como, JULGA PREJUDICADA A APELAÇÃO.

É o voto.

P.R.I.C.

Belém (PA), 27 de agosto de 2018.

ELVINA GEMAQUE TAVEIRA  
Desembargadora Relatora