



SECRETARIA ÚNICA DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO
PRIMEIRA TURMA DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

APELAÇÃO CÍVEL Nº: 0004650.34.2016.8.14.0012
APELANTE: PAULO ANTONIO DAMASCENO PINHEIRO
ADVOGADO: PRISCILLA KARLA AFONSO CARVALHO
APELADO: MUNICÍPIO DE CAMETÁ
ADVOGADO: PAULO CESAR CAMPOS DAS NEVES
RELATORA: DESEMBARGADORA ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO NAS VAGAS DE CADASTRO DE RESERVA. ALEGAÇÃO DE CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE TEMPORÁRIOS NO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. SENTENÇA QUE JULGOU O PEDIDO LIMINARMENTE IMPROCEDENTE, NOS TERMOS DO ART. 332, INC. II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO CABIMENTO. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL NA ESPÉCIE.

1. Apelação interposta por candidato aprovado em concurso público para agente administrativo no Município de Cametá/PA, fora das vagas ofertadas, mas compondo cadastro de reserva, contra sentença que julgou liminarmente improcedente seu pedido.
2. A sentença concluiu pela ausência de direito do Apelante, ao argumento de que no julgamento do Recurso Extraordinário n. 837311/PI, com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal teria assentado as hipóteses de reconhecimento de direito à nomeação, excluindo o caso do Apelante.
3. Contudo, no julgamento daquele recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal determinou que se a Administração decide preencher imediatamente determinadas vagas por meio do necessário concurso, e existem candidatos aprovados em cadastro de reserva de concurso ainda válido, o princípio da boa-fé vincula a discricionariedade da Administração e lhe impõe o necessário preenchimento das vagas pelos aprovados no certame ainda em validade. Assentou, ainda, que uma vez comprovada a existência da vaga, sendo esta preenchida, ainda que precariamente, fica caracterizada a preterição do candidato aprovado em concurso.
4. A sentença merece ser reformada porque baseou-se, erroneamente, na autorização legal para julgar liminarmente improcedente o pedido em caso no qual tal julgamento não é cabível, pois o próprio acórdão paradigma utilizado aponta para a necessidade de verificação no caso concreto de disponibilidade de vaga e para saber se houve atuação arbitrária da Administração Pública.
5. A ausência de instrução processual não permite saber, neste momento, se é caso ou não de atuação jurisdicional no sentido do reconhecimento do direito do Apelante à nomeação.
6. Apelação conhecida e provida para reformar a sentença que julgou liminarmente improcedente o pedido e determinar o prosseguimento do feito, com a devida citação do Réu e instrução processual.

Vistos, etc.,



Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO, por unanimidade de votos, em CONHECER E DAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Plenário da 1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ, aos vinte e dois dias do mês de outubro do ano de dois mil e dezoito.

Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador ROBERTO GONÇALVES DE MOURA.

Belém, 22 de outubro de 2018.

Desa. Rosileide Maria da Costa Cunha
Relatora
SECRETARIA ÚNICA DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO
PRIMEIRA TURMA DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

APELAÇÃO CÍVEL Nº: 0004650.34.2016.8.14.0012
APELANTE: PAULO ANTONIO DAMASCENO PINHEIRO
ADVOGADO: PRISCILLA KARLA AFONSO CARVALHO
APELADO: MUNICÍPIO DE CAMETÁ
ADVOGADO: PAULO CESAR CAMPOS DAS NEVES
RELATORA: DESEMBARGADORA ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESA. ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA (RELATORA):

Cuida-se de apelação interposta por Paulo Antonio Damasceno Pinheiro contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Cametá, a qual indeferiu liminarmente seu pedido, ao argumento de que a matéria já teria sido decidida no Recurso Extraordinário n. 837311, Relator o Ministro Luiz Fux, com repercussão geral, no sentido de que o direito à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas apenas subsistiria se houvesse preterição de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração, a saber:

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 NCP. 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.



Ademais, a autora não demonstrou distinção entre o caso dos autos e a tese firmada pelo STF em repercussão geral – DISTINGUISH-. Embora haja alegação de questões de fato, tais esbarram no interesse de agir, visto que, embora provadas, por si só, não darão o condão de nomeação ao candidato, como consequência direta e imediata da decisão judicial. Ressalte-se ainda os critérios de economia e celeridade processual que devem ser sopesados, já que a pretensão do autor se mostra improcedente de plano. Não obstante, o prazo de validade do concurso público expirou em 24/03/2016, não se tendo informações acerca de sua prorrogação. Nestes termos, amparado no art. 332, II do NCPC, indefiro liminarmente o pedido e declaro extinto o processo com resolução de mérito na forma do artigo 487, I do NCPC (28-31).

Inconformado, o Apelante interpôs o presente recurso ao argumento de que teria havido sua preterição no certame de forma arbitrária e imotivada, uma vez que o Município de Cametá teria realizado contratações temporárias para o mesmo cargo no período de validade do concurso (fls. 33-46).

Sustenta, ainda, que o juízo não agiu com o costumeiro acerto, uma vez que no caso dos autos a Administração Pública não procedeu com abertura de novo certame, tampouco com a prorrogação do concurso, mas sim, optou pela contratação irregular de servidores temporários, de forma arbitrária e imotivada, atitude que faz surgir direito subjetivo à nomeação do recorrente, de acordo com a própria tese do Supremo Tribunal Federal colacionada à sentença (fls. 36).

Alega que ter requerido, na petição inicial, que o Juiz determinasse a intimação do Município de Cametá, para apresentar a relação de servidores e quadro de vagas hoje efetivamente disponíveis a serem providas ao cargo, de modo a obedecer a ordem classificatória estabelecida no Edital e a relação de servidores temporários existentes hoje no quadro dos servidores do Município. Contudo, tal requerimento sequer teria sido analisado pelo Juízo de primeiro grau indeferiu liminarmente o pedido do Recorrente (fls. 44).

Ao final, pede que o presente recurso seja conhecido e provido, para reformar a sentença e acolher o pedido inicial do Apelante e determinar ao Município de Cametá a obrigação de nomeá-lo no cargo de agente de apoio de segurança com lotação no Distrito de Juana Coeli.

Em suas contrarrazões, o Município de Cametá alega a inexistência de direito líquido e certo na espécie. Sustenta também que o Apelante foi aprovado fora do número de vagas, compondo cadastro de reserva, pelo que não teria direito adquirido ou interesse de agir (fls. 59-71).

Afirma que todas as convocações foram feitas respeitando a ordem de classificação, não realizando jamais qualquer preterição na ordem, e o mais importante de acordo com a disponibilidade e necessidade orçamentária, nos termos do item 1.2 do edital.

Aduz que o Apelante não produziu qualquer prova quanto à alegação de contratação de temporários e que o Município teria cumprido todas as regras do edital. Ademais, sustenta que o Poder Judiciário não poderia realizar controle do mérito administrativo (fls. 66).

Alega que o Apelante ocupa a 134ª colocação no cadastro de reserva e nada mais lhe restaria porque uma vez que o prazo de validade do concurso já



teria expirado.

Ao final, pede a manutenção da sentença ora recorrida e a condenação do Apelante por litigância de má-fé (fls. 70).

O representante do Ministério Público, em seu parecer, opinou pelo conhecimento e desprovimento desta apelação, argumentando que a sentença recorrida está em consonância com a jurisprudência pátria (fls. 86-91).

Os autos vieram-me conclusos em 10/0/2017.

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. DESA. ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA (RELATORA):

Presentes os pressupostos de admissibilidade, deve ser conhecido o presente recurso.

Passo a analisar o mérito.

Conforme relatado, o Apelante pretende ver reformada a sentença que julgou liminarmente improcedente seu pedido de nomeação no cargo de agente de apoio e segurança no Município de Cametá/PA, após aprovação no cadastro de reserva de concurso público, ao argumento de que a contratação de temporários pelo Município durante o período de validade do concurso seria irregular, pois consistiria em uma das exceções à discricionariedade do Poder Público prevista no julgado paradigma do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria: o Recurso Extraordinário n. 837311, Relator o Ministro Luiz Fux, com repercussão geral reconhecida.

Assim, cinge-se a controvérsia recursal em saber se a situação narrada nos autos se enquadra naquelas em que o Código de Processo Civil de 2015 autoriza a improcedência liminar do pedido por contrariar o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento repetitivo, nos termos do art. 332, inc. II daquele Código.

Da leitura dos autos, verifico que o Apelante sustenta ter direito à nomeação, apesar de ter sido aprovado fora do número de vagas, ao argumento de que o Município teria, no prazo de validade do concurso, contratado temporariamente outras pessoas para o mesmo cargo, preterindo o Apelante.

Ao julgar o Recurso Extraordinário n. 837.311/PI, Relator o Ministro Luiz Fux, o Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese:

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, caracterizada 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, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses:



- I – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;
- II – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação;
- III – 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.

O Apelante sustenta que seu caso se insere na terceira situação acima citada, argumentando que a existência de vagas estaria comprovada pela contratação temporária irregular para o cargo que pretende ocupar e que teria havido sua preterição de forma arbitrária e imotivada por parte do Poder Público Municipal.

Em seu voto, o eminente Ministro Luiz Fux elucida que:

Em suma, se é verdade que a nomeação dos candidatos aprovados em concurso público além do número de vagas do edital está sujeita à discricionariedade da Administração Pública, não menos verdadeiro é que essa discricionariedade deve ser exercida legitimamente.

Desse modo, nenhum candidato, esteja ele dentro ou fora do número de vagas do edital, pode ficar refém de condutas que, deliberadamente, deixem escoar, desnecessariamente e, por vezes, de modo reprovável, o prazo de validade do concurso para que sejam nomeados, apenas, os aprovados em novo concurso. Se a Administração decide preencher imediatamente determinadas vagas por meio do necessário concurso, e existem candidatos aprovados em cadastro de reserva de concurso, ainda, válido, o princípio da boa-fé vincula a discricionariedade da Administração e lhe impõe o necessário preenchimento das vagas pelos aprovados no certame ainda em validade.

Em casos como este, o espaço para a atuação discricionária da Administração quanto à avaliação da oportunidade da nomeação fica tão reduzido que é considerado nulo, em fenômeno identificado pela doutrina alemã como redução da discricionariedade a zero.

Há de se ressaltar que o caso então apreciado pelo Supremo Tribunal Federal dizia respeito à nova realização de concurso ainda no prazo de validade de concurso anteriormente realizado e com candidatos aprovados, mesmo que fora do número de vagas inicialmente ofertadas.

Parece-me que mais grave ainda é a situação em que o Poder Público realiza contratação temporária durante o prazo de validade de concurso com candidatos aprovados.

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. ARTIGO 323, § 1º, DO RISTF. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE CANDIDATOS APROVADOS. CONTRATAÇÃO DE TEMPORÁRIOS. PRETERIÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE.

1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar



decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF).

2. A ocupação precária, por comissão, terceirização, ou contratação temporária, de atribuições próprias do exercício de cargo efetivo vago, para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, equivalente à preterição da ordem de classificação no certame, fazendo nascer para os concursados o direito à nomeação, por imposição do artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal (AI n. 776.070-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe de 22.03.11). (Precedentes: RE n. 555.141-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe de 24.2.11; AI n. 777.644-AgR, Relator o Ministro Eros Grau, 2ª Turma, DJe de 14.05.10; SS n. 4.196-AgR, Relator o Ministro Cezar Peluso, Pleno, DJe de 27.8.10; AI n. 684.518-AgR, Relator o Ministro Eros Grau, 2ª Turma, DJe de 29.5.09; AI n. 440.895-AgR, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ de 20.10.06; RE n. 273.605, Relator o Ministro Néri da Silveira, 2ª Turma, DJ de 28.6.02, entre outros) (RE n. 614.438, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática, DJE 01/08/2012).

Na mesma linha:

Concurso público: terceirização da vaga: preterição de candidatos aprovados: direito à nomeação: uma vez comprovada a existência da vaga, sendo esta preenchida, ainda que precariamente, fica caracterizada a preterição do candidato aprovado em concurso. 2. Recurso extraordinário: não se presta para o reexame das provas e fatos em que se fundamentou o acórdão recorrido: incidência da Súmula 279 (AI nº 440.895/SE-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 20/10/06).

1.Recurso extraordinário. Administrativo. Concurso Público. 2. Acórdão que negou provimento à apelação, assentando a inexistência de direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados em concurso para provimento de cargo de Professor Assistente. 3. Criação de dois cargos de Professor Assistente no Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, quando se encontrava em pleno curso o tempo de eficácia do concurso público. Ocorrência de contratação de professores e renovação de contrato. 4. Precedente da Turma no RE 192.569-PI, em que se assegurou a nomeação de concursados, eis que existentes vagas e necessidade de pessoal. 5. Constituição, art. 37, IV. Prequestionamento verificado. 6. Recurso extraordinário conhecido e provido (RE nº 273.605/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 28/6/02).

Desse modo, como assentado no acórdão paradigma proferido pelo Supremo Tribunal Federal, o direito à nomeação dos aprovados fora do número de vagas do edital só nascerá, e em caráter excepcional, caso fique demonstrado que a Administração pretende e precisa efetivamente nomear



candidatos durante a validade do concurso.

Contudo, no caso em tela, o Apelante sequer teve a oportunidade de realizar tal demonstração porque seu pedido foi julgado liminarmente improcedente.

Ressalte-se, ainda, que a ação ajuizada na origem pelo Apelante é uma ação ordinária e não mandado de segurança, pelo que não lhe poderia ter sido exigida a apresentação de provas pré-constituídas.

Tanto que, na própria petição inicial, o Apelante requerer que seja determinado ao Município a apresentação da relação dos servidores temporários contratado no período de validade do concurso, o que não foi atendido pelo Juízo de primeiro grau.

Assim, a sentença merece ser reformada porque baseou-se, erroneamente, na autorização legal para julgar liminarmente improcedente o pedido em caso no qual tal julgamento não é cabível, pois o próprio acórdão paradigma utilizado aponta para a necessidade de verificação no caso concreto de disponibilidade de vaga e atuação arbitrária da Administração Pública, o que só pode ser constatado se houve instrução processual.

Logo, tais circunstâncias não podem ser avaliadas de plano, pois carecem de instrução e análise probatória.

Ao autorizar o julgamento liminar de mérito, o art. 332 do novo Código de Processo Civil limita essa possibilidade aos casos que cuidem de questões idênticas àquelas tratadas pelos Tribunais superiores em recurso repetitivo.

Ocorre que, na espécie, o julgado apontado como paradigma determina que haja uma análise, em cada caso concreto, quanto à existência de vagas, necessidade de contratação ou preenchimento dessas vagas, e arbitrariedade do Poder Público em preterir o candidato aprovado.

Ora, como o pedido foi julgado improcedente liminarmente, sem qualquer instrução processual, ao Apelante não foi dada a oportunidade de comprovar seu direito e ao Município não foi dada a chance de contraditar o alegado na petição inicial.

Desse modo, não há como dar total provimento a esta apelação, nos termos do pedido do Apelante, pois não houve qualquer instrução probatória apta a comprovar as premissas estabelecidas no acórdão paradigma do Supremo Tribunal Federal, que autorizam ao Poder Judiciário a determinação de nomeação do candidato aprovado fora do número de vagas, especialmente por ele estar no 134º lugar.

Assim, para se considerar a ilegalidade da contratação de funcionários terceirizados, em detrimento de candidatos aprovados em concurso público - mesmo fora do número de vagas previstas no Edital -, é necessário se comprovar a existência de vagas efetivas e que a contratação se deu no prazo de validade do concurso e ainda observar a ordem de classificação.

Por todo o exposto, **VOTO NO SENTIDO DO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DESTA APELAÇÃO**, reformando-se a sentença recorrida para que haja o regular prosseguimento do feito, com citação do Município Réu e devida instrução probatória, nos termos da presente fundamentação.

É como voto.

Belém, 22 de outubro de 2018.



Rosileide Maria da Costa Cunha
Desembargadora Relatora