



APELAÇÃO CÍVEL Nº. 0029276-32.2019.8.19.0026

Apelante: RAUL DE OLIVEIRA

Apelado: MUNICÍPIO DE ITAPERUNA

Relator: DES.EDUARDO ANTÔNIO KLAUSNER

**APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO.
MUNICÍPIO DE ITAPERUNA. CONCURSO PÚBLICO.
CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE
VAGAS. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO POR
CONTRATAÇÃO DE TERCEIRIZADOS. RECURSO
DESPROVIDO.**

1. Apelação cível interposta contra sentença que julgou improcedente pedido autoral visando a sua nomeação e posse em cargo público de auxiliar de enfermagem, sob alegação de preterição em razão de contratações temporárias.
2. O candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital possui mera expectativa de direito à nomeação, salvo comprovação de preterição arbitrária e imotivada pela Administração.
3. A contratação de servidores temporários, por si só, não caracteriza preterição, pois tais vínculos atendem a necessidades transitórias e não implicam, automaticamente, o surgimento de vagas para provimento efetivo.
4. O reconhecimento do direito subjetivo à nomeação pressupõe, cumulativamente, a existência de cargos vagos e a contratação de terceirizados em número suficiente para alcançar a classificação do candidato, o que não foi comprovado nos autos.



APELAÇÃO CÍVEL Nº. 0029276-32.2019.8.19.0026

5. A prova pericial requerida pelo autor foi corretamente indeferida, pois a controvérsia pode ser dirimida apenas pela prova documental já constante dos autos.

Apelação conhecida e desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos desta Apelação Cível, **ACORDAM** os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em **CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO** nos termos do voto do Desembargador Relator.

VOTO

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, o recurso deve ser conhecido.

Cinge-se a controvérsia recursal em verificar existência de direito subjetivo da parte autora à nomeação e posse em concurso público promovido pelo réu, em razão de suposta preterição, ante a contratação de terceirizados.

Conforme se observa dos autos, o autor participou de certame público promovido pelo réu, para o cargo de auxiliar de enfermagem, que previa 25 (vinte e cinco) vagas, tendo obtido a 57ª colocação (id. 69 – fl. 118).

Por outro lado, aduz o autor que foi preterido na convocação, em razão da contratação de servidores temporários, durante os anos de 2013/2019 e que tais nomeações totalizaram 462 convocações sem concurso público, o que lhe garantiria direito subjetivo a nomeação no cargo público.



APELAÇÃO CÍVEL Nº. 0029276-32.2019.8.19.0026

Contudo, razão não lhe assiste.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o candidato classificado em concurso público fora do número de vagas previstas no edital ou para cadastro de reserva tem mera expectativa de direito à nomeação, sendo certo 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, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 837.311/PI, pelo regime da repercussão geral sobre a questão, firmou a seguinte tese (Tema 784):

“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. Neste diapasão, **o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público surge nas seguintes hipóteses: 1 - Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2 - Quando houver preterição na nomeação**



APELAÇÃO CÍVEL Nº. 0029276-32.2019.8.19.0026

por não observância da ordem de classificação; 3 - 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.” Grifou-se.

No presente caso, o autor não se desincumbiu do ônus de provar fato constitutivo do seu direito no sentido de que está sendo preterido na investidura do cargo público, posto que a documentação constante dos autos não demonstra que a alegada terceirização seria ilícita ou que houve preterição arbitrária e imotivada, sendo certo que a contratação de terceirizados, por si só, não configura a alegada preterição.

O autor para defender o seu direito subjetivo, fundamentando-se na soma do número de contratações temporárias realizadas durante 7 anos, quando, na realidade, deveria demonstrar que, preenchidas todas as vagas oferecidas, outras existiriam a ponto de configurar sua preterição pelos terceirizados.

No caso em análise, não foi comprovada a existência dos cargos efetivos vagos, mas apenas a contratação de servidores temporários, cuja natureza é transitória, não se prestando para o preenchimento de cargo efetivo, cujo vínculo é permanente com a administração pública, do que se concluiu que tais contratações, no caso em análise, não feriram o alegado direito subjetivo do autor.

Sobre o tema, confira-se julgado deste e. Tribunal de Justiça:



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Segunda Câmara de Direito Público



APELAÇÃO CÍVEL Nº. 0029276-32.2019.8.19.0026

0001642-27.2022.8.19.0068 - APELAÇÃO

Des(a). ROSE MARIE PIMENTEL MARTINS -
Julgamento: 04/04/2024 - QUINTA CAMARA DE DIREITO
PUBLICO (ANTIGA 16ª CÂMARA CÍVEL)

APELAÇÃO CÍVEL. Ação de Obrigação de Fazer. Concurso Público. MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS. Candidata que obteve a 172ª colocação para o cargo de Enfermeiro II. Alegação de preterição. Sentença de improcedência. Recurso da autora. Ausência de comprovação pela demandante da suposta preterição em razão de contratação de forma irregular de pessoal para a mesma função. Recorrente aprovada fora do número de vagas previsto no edital que, em regra, tem mera expectativa de direito. Contratação temporária realizada em caráter emergencial pelo ente municipal para adequação das unidades de saúde para enfrentamento da pandemia de COVID-19. Ausência de comprovação do direito subjetivo à nomeação e posse no cargo pretendido. Sentença que merece ser mantida. Precedentes do STJ e deste Tribunal de Justiça. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

0800773-91.2023.8.19.0069 - APELAÇÃO

Des(a). EDUARDO GUSMAO ALVES DE BRITO NETO -
Julgamento: 26/05/2026 - OITAVA CAMARA DE DIREITO
PUBLICO





APELAÇÃO CÍVEL Nº. 0029276-32.2019.8.19.0026

Apelação Cível. Mandado de Segurança. Direito Administrativo e Processual Civil. Concurso Público para o cargo de Professor II do Município de Iguaba Grande. Pretensão de nomeação e posse de candidata aprovada fora do número de vagas sob alegação de preterição em razão da contratação de servidores temporários. Sentença de improcedência. Inconformismo da autora. 1. Mandado de Segurança que exige a demonstração cabal de direito líquido e certo, comprovado de plano por prova documental pré-constituída. 2. Ao julgar o RE 837.311, leading case do tema 784 de repercussão geral, o Supremo decidiu que "comprovada a necessidade de pessoal e a existência de vaga, configura preterição de candidato aprovado em concurso público o preenchimento da vaga, ainda que de forma temporária". 3. "A paralela contratação de servidores temporários, só por si, não caracteriza preterição na convocação e nomeação de candidatos, ou autoriza a conclusão de que tenham automaticamente surgido vagas correlatas no quadro efetivo, a ensejar o chamamento dos aprovados em cadastro de reserva. É que os temporários, admitidos mediante processo seletivo fundado no art. 37, IX, da Constituição Federal, atendem necessidades transitórias da Administração, enquanto os servidores efetivos são recrutados mediante concurso público (Art. 37, II e III da CF) e suprem necessidades permanentes do serviço. Cuidam-se, pois, de institutos diversos, com fundamentos fáticos e jurídicos que não se confundem." (AgRg no RMS 48.331/PI, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/3/2016, DJe 1º/4/2016). 4. O



APELAÇÃO CÍVEL Nº. 0029276-32.2019.8.19.0026

reconhecimento do direito subjetivo à nomeação, no que toca ao candidato aprovado fora do número de vagas oferecidas no edital do concurso, pressupõe, cumulativamente: a existência de cargos vagos e a nomeação de terceirizados em número suficiente a alcançar a classificação do candidato. 5. Hipótese dos autos em que se pretende identificar o direito subjetivo na soma do número de candidatos temporários, quando se deveria demonstrar que, preenchidas todas as vagas oferecidas, outras existiriam a ponto de configurar sua preterição pelos terceirizados. 6. Ausência de prova pré-constituída a atestar de forma inequívoca a existência do direito líquido e certo alegadamente violado. Dilação probatória que é incompatível com a estreita via mandamental. 7. Recurso improvido.

0020869-20.2016.8.19.0001 - APELAÇÃO

Des(a). LUIZ HENRIQUE OLIVEIRA MARQUES -
Julgamento: 09/04/2026 - VIGESIMA CAMARA DE
DIREITO PRIVADO (ANTIGA 11ª CÂMARA CÍVEL)

Apelação Cível. Direito administrativo e processual civil. Concurso público. Classificação fora do número de vagas. Cadastro de reserva. Mera expectativa de direito. Preterição não comprovada. Ônus da prova do autor (art. 373, I, do CPC). Ausência de exibição de documentos pela ré que não isenta o autor do ônus probatório mínimo. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido. I.? Caso em exame Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Autor em face de sentença que julgou



APELAÇÃO CÍVEL Nº. 0029276-32.2019.8.19.0026

improcedente o pedido de convocação e admissão em concurso público para o cargo de Técnico de Manutenção Júnior - Mecânica. O Recorrente, aprovado em 73º lugar, alegou preterição em razão da contratação de terceirizados pela Recorrida para exercer a mesma função. A decisão de primeira instância, proferida após determinação de exibição de documentos pela Ré, manteve a improcedência, reconhecendo que o Autor não produziu prova mínima do fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil. II.? Questão em discussão As questões postas em discussão versam sobre: a) A distribuição do ônus da prova no processo civil, especialmente em ações que discutem preterição em concurso público e a necessidade de prova mínima por parte do Autor, conforme o artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil. b) A natureza jurídica da classificação de candidato fora do número de vagas (cadastro de reserva) e a configuração do direito à nomeação. c) A suficiência da prova produzida e a aplicabilidade da presunção de veracidade (art. 400, I, do CPC) diante da ausência de exibição de documentos pela parte ré. III.? Razões de decidir a) A jurisprudência dos Tribunais Superiores (Tema 784/STF) e desta Corte é pacífica no sentido de que candidatos aprovados fora do número de vagas oferecidas no edital possuem apenas expectativa de direito à nomeação. A convocação dessa expectativa em direito subjetivo ocorre apenas em situações excepcionais, nas quais se comprove, de forma clara, a existência de vagas e a preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração Pública, através da



APELAÇÃO CÍVEL Nº. 0029276-32.2019.8.19.0026

contratação precária de terceiros para o exercício das mesmas funções. b) Incumbe ao Autor, nos termos do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito. A simples alegação de preterição, desacompanhada de prova mínima, não é suficiente para fundamentar o pedido de nomeação. A inércia da parte ré em exhibir documentos, por si só, não autoriza a presunção automática de procedência da ação, devendo ser observada a regra de distribuição do ônus probatório e a necessária demonstração, ainda que indiciária, do direito alegado, conforme o entendimento sumulado nº 330 deste Tribunal. No caso, o Autor não logrou demonstrar que as funções exercidas pelos terceirizados contratados pela Ré correspondem exatamente àquelas do cargo para o qual foi aprovado, nem que houve preterição na ordem classificatória. c) A sentença de primeiro grau, ao avaliar o conjunto probatório, concluiu corretamente pela insuficiência de provas, sendo incabível a reforma da decisão com base apenas na presunção prevista no artigo 400 do CPC, visto que a prova do fato constitutivo do direito é ônus que não pode ser integralmente transferido ao réu sem a demonstração de um início de prova por parte do autor. IV.? Dispositivo e tese Recurso de apelação desprovido, mantendo-se integralmente a sentença de improcedência.

Por fim, não há que se falar em nulidade da sentença para a realização de prova pericial requerida pelo autor. O juiz é o destinatário das



APELAÇÃO CÍVEL Nº. 0029276-32.2019.8.19.0026

provas, consoante previsão do art. 370 do CPC, cabendo a este indeferir aquelas que se mostrarem desnecessárias.

Em se tratando de demanda na qual se discute preterição em certame público, a prova cabível é, em regra, a documental, sendo certo que o autor pretende com a prova pericial é computar o número de contratações temporárias, o que poderia ser feito através dos documentos já constantes dos autos.

Assim, não evidenciada a alegada preterição, deve ser mantida a sentença de improcedência da pretensão autoral.

Isso posto, **VOTO** no sentido de **CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO** para manter integralmente a sentença. Majoro os honorários advocatícios para 12% (doze por cento) na forma do art. 85 § 11 do CPC, suspensa a exigibilidade, ante a concessão de gratuidade de justiça na origem, na forma do art. 98, § 3º do CPC.

Rio de Janeiro, na data da sessão de julgamento.

DESEMBARGADOR RELATOR EDUARDO ANTÔNIO KLAUSNER