



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Público

Registro: 2025.0000279096

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2354758-79.2024.8.26.0000, da Comarca de Miracatu, em que é agravante VALDEMIR MARIANO DA SILVA, é agravado MUNICÍPIO DE MIRACATU.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) E JARBAS GOMES.

São Paulo, 24 de março de 2025.

MÁRCIO KAMMER DE LIMA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Agravo de Instrumento nº 2354758-79.2024.8.26.0000

Agravante: Valdemir Mariano da Silva

Agravado: Município de Miracatu

Comarca: Foro de Miracatu

Juiz(a) de Direito: Luiz Gustavo Rosá

Voto nº 5.336

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. TUTELA DE EVIDÊNCIA. NOMEAÇÃO E POSSE DE CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS.

1. Insurgência recursal tirada contra r. decisão que indeferiu pedido de tutela de evidência voltado à imediata nomeação e posse de candidato aprovado em certame público, dentro do limite de vagas ofertado.
2. Tutela de evidência que, não obstante dispense a demonstração de risco ao resultado útil do processo, reclama elevado grau de probabilidade do direito invocado, consoante hipóteses taxativas inscritas no art. 311 do Código de Processo Civil.
3. Tese firmada pelo Pretório Excelso no bojo do Tema nº 161 de Repercussão Geral (RE nº 598.099/MS) que, conquanto assentada a segurança jurídica conferida aos candidatos aprovados em concursos públicos, admite “situações excepcionabilíssimas” aptas a justificar - desde que devidamente motivadas - a recusa da nomeação de novos servidores. Necessidade de abertura da fase instrutória sob a ótica do contraditório para eventual demonstração de fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito invocado pela Administração Pública.
4. Decisão ornada de fundamentação suficiente, ausente teratologia perceptível de plano que legitime a suspensão de sua eficácia. Recurso desprovido.

VALDEMIR MARIANO DA SILVA interpõe agravo de instrumento contra r. decisão que, no âmbito da ação de obrigação de fazer ajuizada em face do MUNICÍPIO DE MIRACATU, indeferiu pedido de tutela de evidência ao fundamento de que desatendidos, à completude, os pressupostos circunscritos no art. 311, inciso II, do Código Processual Civil.

Inconformado, sustenta, *ad summam*, que a tutela de evidência será concedida independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao

resultado útil do processo, mormente quando as alegações de fato puderem ser comprovadas documentalmente, além de se avistar tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em verbete sumular vinculante. Assevera comprovar, *in casu*, ter sido aprovado em concurso público para o cargo de “operador de máquinas agrícolas” dentro do número de vagas ofertadas no edital. Não bastasse, ancora sua pretensão na tese firmada no bojo do Tema nº 161 de Repercussão Geral pelo Pretório Excelso, em que restou assentada a segurança jurídica conferida aos candidatos aprovados em concursos públicos, em prestígio ao princípio da legalidade e da vinculação ao edital. Nesse panorama, ao não se debruçar sobre os argumentos e provas documentais apresentadas, malfere a r. decisão recorrida os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, além do princípio da motivação dos pronunciamentos judiciais, na forma do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Com tais argumentos, requer seja o presente processado com o almejado efeito suspensivo/ativo e, no mérito, seja o agravo na forma de instrumento provido para que concedida a tutela de evidência pretendida, determinando-se a imediata nomeação e posse do autor, ora agravante.

Admitido o recurso sem que deferido o almejado efeito suspensivo/ativo, transcorreu *in albis* o prazo para oferecimento de resposta (fl. 259).

Essa, a síntese do necessário.

Em que pesem os relevantes fundamentos expendidos pelo agravante, descomporta provimento a insurgência recursal.

Cifra-se a insurgência, como visto, pedido de tutela de evidência para que determinadas a nomeação e posse de candidato aprovado em certame público, dentre o limite de vagas ofertado, promovido pelo Município de Miracatu, nos

termos do Edital nº 01/2018. Sem embargo do prazo de validade de 2 (dois) anos, este fora prorrogado por mais 2 (dois) anos, por meio do Decreto Municipal nº 1.641/2020, contados a partir de 20 de setembro de 2020.

Exaurido o prazo da validade do referido certame em 19 de setembro de 2022, insurgiu-se o candidato, quando há muito transcorrido o encerramento oficial do certame, pugnando por sua nomeação e posse, lastreado no entendimento assentado no julgamento do RE nº 598.099/MS – Tema 161 de Repercussão Geral, para além de documentos.

Bem pavimentado o terreno a palmilhar, conquanto a tutela de evidência não reclame a presença de risco ao resultado útil do processo, exige-se, para a sua concessão, elevado grau de probabilidade do direito invocado que se expressa em uma das hipóteses alistadas no art. 311 do Código de Processo Civil.

Para o caso, pretende-se a concessão da tutela provisória de evidência com fundamento nos incisos II e IV do aludido dispositivo legal, *in verbis*:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

(...)

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

(...)

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Ao apreciar a questão, assim deliberou o d. juízo de origem (fls.

245-248, autos principais):

“(…).

3. *A tutela de evidência postulada é de ser indeferida.*

4. *De plano, nos termos do artigo 311, inciso II, do Código de Processo Civil, a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, nas hipóteses em que "as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante".*

E, de fato, o eg, Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento, no julgamento do RE 598.099/MS, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, quanto à existência do direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas em edital de certame, durante o prazo de validade do concurso, mitigando referido direito, porém, ao dispor sobre as situações excepcionais que justifiquem a ausência de nomeação pela Administração Pública. Veja-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSOPÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. (...). III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Público

características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário (...). (RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314 RTJ VOL-00222-01 PP-00521)(Destaquei).

Notadamente, existe o dever da boa-fé por parte da Administração Pública em relação ao candidato à vaga em concurso público, devendo ser cumpridas as disposições e previsões do edital para que não haja violação aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade, além da necessidade de preservação da ordem jurídica.

Por outro lado, há de se reconhecer, em tese, a possibilidade de situações excepcionais que possam vir a impedir o exercício de referido direito.

Com efeito, nos termos do julgado supramencionado, a mitigação do direito será realizada nas situações que comprovadamente forem supervenientes, imprevisíveis, graves e necessárias.

Ou seja, o direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas não é absoluto, em razão de possível situação excepcional que impossibilitaria a nomeação e posse do autor.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Público

Neste sentido, graves razões de limitações orçamentárias, por exemplo, passadas após a elaboração do edital do combatido concurso público, poderiam culminar, em tese, na impossibilidade de proceder-se à nomeação, de modo que forçar tal ato sem a apresentação do contraditório pela Fazenda Municipal poderia ensejar sérios riscos de prejuízos aos cofres públicos.

A propósito:

PROCESSO. Concurso Público Auxiliar de enfermagem – Aprovação dentro do número de vagas previsto no edital Situação superveniente, imprevisível e grave Não nomeação Possibilidade: A aprovação em concurso gera direito subjetivo à nomeação e posse nas vagas constantes do edital, salvo se a Administração demonstrar situação econômico-financeira superveniente, imprevisível e grave que caracteriza interesse público prevalente. (Apelação Cível no.1006881-03.2018.8.26.0565, Relatora Teresa Ramos Marques, 10ª Câmara de Direito Público, data de julgamento: 27-03-2020) (Destaquei).

Tem-se, ainda, o fato de ter decorrido mais de dois anos desde o encerramento do prazo de validade do certame.

Por fim, não se pode ignorar a eventual ocorrência de outro fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor.

Dessarte, revela-se necessário oportunizar o contraditório e eventual dilação probatória antes de se deferir a tutela de direito almejada.

Cumpre ressaltar, ainda, que, ao final, em caso de procedência integral dos pedidos formulados pelo autor, eventuais prejuízos sofridos no decurso deste processo poderão ser apurados em sede de liquidação/execução de sentença.

Logo, por um ou outro motivo, INDEFIRO o pedido de tutela de evidência formulado pelo requerente.

(...)” – destaquei

De se notar, outrossim, que a r. decisão vergastada mostra-se, ao que parece, ornada de fundamentação suficiente, ausente teratologia perceptível de plano

que legitime a suspensão de sua eficácia, merecendo ser prestigiadas as conclusões das quais se valeu o MM. Juiz de origem.

Sem embargo das relevantes considerações deduzidas pelo subscritor da peça recursal, não se pode olvidar que o controle dos atos administrativos pelo Judiciário é limitado, cabível apenas em relação à legalidade dos atos e, no caso de atos discricionários, para verificar o cumprimento dos princípios da razoabilidade e da moralidade, sem se imiscuir em critérios de valoração utilizados pela autoridade competente.

Rememora-se, por oportuno, que “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: **i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); 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 (...)**” (STF, RE nº 837311 PI, Relator: LUIZ FUX, Data de Julgamento: 09/12/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 18/04/2016 – destaquei).

Escusado lembrar, outrossim, que os atos administrativos são ornados com presunção relativa de legitimidade, parecendo o caso de prestigiá-los, ao menos em juízo de cognição sumária, como bem assinalado pelo d. magistrado *a quo*, não havendo se cogitar, ao menos por ora, a ausência de qualquer fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito ora invocado, uma vez admitir-se, consoante o entendimento perfilhado pelo Pretório Excelso no âmbito do Tema nº 161, “*situações excepcionalíssimas*” aptas a justificar - desde que devidamente motivadas - a recusa da nomeação de novos servidores, o que parece exigir a abertura da fase instrutória sob a ótica do contraditório.

E conforme ensina Hely Lopes Meirelles, uma das consequências dessa presunção *“é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico ou de motivo, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia”* (Direito Administrativo Brasileiro, 37ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 163).

Nesse sentido a jurisprudência deste e. Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. IMEDIATA NOMEAÇÃO E POSSE. Candidata aprovada dentro do número de vagas. Em repercussão geral (RE 598.099/MS, Tema 161), o c. STF decidiu que "O candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital possui direito subjetivo à nomeação", ressalvadas situações excepcionais, caracterizadas por superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade, em que se poderá deixar de nomear os candidatos aprovados. Necessidade de oitiva da Administração. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2122768-30.2019.8.26.0000; Relator (a): Alves Braga Junior; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 2ª. Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 23/07/2019; Data de Registro: 23/07/2019 – destaquei)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR – CONCURSO PÚBLICO -NOMEAÇÃO – Candidato aprovado para o cargo de Oficial Administrativo da Polícia Militar dentro do número de vagas previstas no Edital nº DP-2/231/14 – Vencimento do prazo do concurso - Direito subjetivo à nomeação - Possibilidade de situação excepcional que justifique a ausência de nomeação – RE nº 598.099 (Repercussão Geral Tema nº 161) – Necessidade de aguardar informações da Autoridade Coatora – Decisão de indeferimento da liminar mantida – Agravo de Instrumento desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2187033-12.2017.8.26.0000; Relator (a): Ana Liarte; Órgão

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Público

Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 2ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21/05/2018; Data de Registro: 24/05/2018 – destaquei)

*AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – Concurso Público – Oficial Administrativo da Polícia Militar – **Aprovação para o cargo dentro do número de vagas – Exaurimento do prazo de validade do certame, sem a nomeação da agravante – Indeferimento do pedido liminar do writ, consistente na sua imediata nomeação – Exegese dos requisitos previstos pelo artigo 7.º, inciso III, da Lei n.º 12.016/09 – O Supremo Tribunal Federal, em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral, compreendeu que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, mas é necessário levar-se em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público – Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública em nomear novos servidores (RE 598.099) – Necessidade de abertura do contraditório, com a vinda das informações no writ – Recurso desprovido.** (TJSP; Agravo de Instrumento 2186259-79.2017.8.26.0000; Relator (a): Osvaldo de Oliveira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 11ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/03/2018; Data de Registro: 15/03/2018 – destaquei)*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. Concurso público. Edital nº DP-2/321/14. Certame que visou ao provimento de 5.000 cargos de Oficial Administrativo Padrão 1-A. **Candidato classificado dentro do limite do número de vagas. Pedido de liminar para sua imediata nomeação e posse ou para reserva de vaga. Indeferimento. Manutenção. Necessidade de formação do contraditório para apuração de eventual situação excepcional justificadora do fato. Tese firmada pelo STF, com repercussão geral (RE nº 598099 – Tema nº 161).** Agravo não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2233823-54.2017.8.26.0000; Relator (a): Paulo Galizia; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro*

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Público

Central - Fazenda Pública/Acidentes - 11ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 05/02/2018; Data de Registro: 07/02/2018 – destaquei)

*Agravo de Instrumento – MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR – CONCURSO PÚBLICO – OFICIAL ADMINISTRATIVO DA POLÍCIA MILITAR – EDITAL DP-2/321/14 - **CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS** – Pedido liminar deduzido pelo impetrante, voltado ao reconhecimento de seu suposto direito líquido e certo a ser nomeada para o cargo de Oficial Administrativo, após aprovação em certame oficial dentro do número de vagas previstas no edital - Impossibilidade – **Embora aprovada dentro do número de vagas, é imprescindível o aguardo das informações prestadas pelas autoridades coatoras para elucidação da causa da não nomeação, ocasião em que a Administração poderá comprovar situação excepcional, imprevisível e grave que justifique o descumprimento do dever de nomeação – Inteligência do quanto decidido pelo STF no RE 598.099 - Ausência dos requisitos necessários para a concessão da tutela de urgência – Na hipótese, não restou evidenciada a prova inequívoca da verossimilhança do direito deduzido em Juízo (fumus boni iuris) ou o risco de demora inerente ao provimento jurisdicional (periculum in mora) - Inteligência do art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009 – Decisão agravada mantida - Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2187019-28.2017.8.26.0000; Relator (a): Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 11ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/10/2017; Data de Registro: 07/11/2017 – destaquei)***

Da compaginação disso, não se avistando conjunto capaz de infirmar, ao menos neste passo de análise perfunctória, o ato administrativo vergastado, de rigor a preservação da r. decisão alvejada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional mencionada pelas partes, sublinhando-se pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça em ordem a considerar que, em se tratando de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Público

prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205 / SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Ante o exposto, por meu voto, **nego provimento o agravo de instrumento**, nos termos ora delineados.

Eventual insurgência apresentada em face deste acórdão estará sujeita a julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 549/2011 do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, ressaltando-se que as partes poderão, no momento da apresentação do recurso, opor-se à forma do julgamento ou manifestar interesse no preparo de memoriais. No silêncio, privilegiando-se o princípio da celeridade processual, prosseguir-se-á com o julgamento virtual, na forma dos §§ 1º a 3º do artigo 1º da referida Resolução.

MÁRCIO KAMMER DE LIMA

Relator