



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ
GABINETE DES. ROMMEL ARAÚJO DE OLIVEIRA

Nº do processo: 0000901-51.2016.8.03.0000
INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS CÍVEL

Parte Autora: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAPÁ

Parte Ré: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ

Terceiro Interessado: BANCO DO BRASIL S/A, RACHEL DA SILVA COSTA, ROBENILDO BORGES DA SILVA, ROSIANE BALIEIRO DA SILVA, SOLANGE SACRAMENTO COSTA

Advogado(a): FABIOLA SOUSA BORDALO - 907AP, FERNANDO DA SILVA JANSEN - 3269AP, JONAS DIEGO NASCIMENTO SOUSA - 16795PA, NEILE MONTENEGRO DE ALBUQUERQUE - 31855CE, SAYMON FRANKLLIN MAZZARO - 24494BPA

Litisconsorte passivo: ESTADO DO AMAPÁ

Procurador(a) de Estado: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO AMAPA - 00394577000125

Interessado: MUNICÍPIO DE MACAPÁ

Procurador(a) do Município: PROCURADORIA GERAL DO MUNICIPIO DE MACAPÁ - 05995766000177

Relator: Desembargador ROMMEL ARAÚJO DE OLIVEIRA

EMENTA

ADMINISTRATIVO. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. REVISÃO DA TESE JURÍDICA. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO SUBJETIVO À CONVOCAÇÃO. CANDIDATO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. 1) A expectativa de direito do candidato aprovado fora das vagas a serem preenchidas no concurso público convola-se em direito subjetivo à convocação para as demais etapas ou para a nomeação, quando passe a figurar dentro do número de vagas em decorrência de desistência, inaptidão, reclassificação ou ausência de candidato melhor classificado, devendo a Administração Pública promover a imediata convocação. 2) Procedência da revisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, o

PLENO DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ, por unanimidade, aprovou a redação da súmula proposta para o IRDR, nos termos do voto proferido pelo Relator.

Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores **JOÃO LAGES (Presidente)**, **ROMMEL ARAÚJO (Relator)**, **EDUARDO CONTRERAS (1º Vogal)**, **GILBERTO PINHEIRO (2º Vogal)**, **AGOSTINO SILVÉRIO (3º Vogal)**, **SUELI PINI (4ª Vogal)** e **CARLOS TORK (5º Vogal)**. Desembargador **CARMO ANTÔNIO (Não proferiu voto nos termos do Art. 128, § único, da LC 35/79)**. Subprocurador-Geral de Justiça **NICOLAU ELÁDIO BASSALO CRISPINO**.

Macapá, 05 de junho de 2019.

Desembargador ROMMEL ARAÚJO DE OLIVEIRA
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de revisão de tese fixada em sede de Incidente de Recursos Repetitivos, relativa ao Tema nº 3, registrado pelo Núcleo de Gerenciamento de Precedentes - NUGEP deste Tribunal de Justiça.

Em sessão realizada no dia 22/02/2017, o Tribunal Pleno desta Corte fixou tese segundo a qual:

“Independentemente do prazo de validade do concurso, a desistência ou eliminação de candidato melhor classificado, ainda que dentro das vagas previstas no edital, por si só, não tem o condão de convolar em direito subjetivo líquido e certo, a mera expectativa de nomeação do candidato posicionado fora do número de vagas ofertadas inicialmente no referido edital.” (ordem nº 110)

Desse julgamento, adveio o Enunciado nº 23 da súmula da jurisprudência local.

Posteriormente, o Ministério Público - autor do incidente - requereu a revisão da tese jurídica firmada, ao argumento de que sobreveio orientação em sentido contrário dos Tribunais Superiores.

O requerimento foi formulado no bojo do Mandado de Segurança nº 948/2016, conforme noticiado por meio da decisão de ordem nº 219 dos presentes autos.

Ato contínuo, admitido o pedido de revisão (ordem nº 293), determinou-se a suspensão das ações individuais e coletivas em trâmite no Estado sobre o tema, bem como a adoção de diligências no sentido de conferir ampla e específica publicidade ao pleito revisório.

Foram expedidas comunicações aos chefes dos demais poderes, a órgãos e entidades interessadas, bem como divulgação à sociedade em geral.

Manifestaram-se:

1. Solange Sacramento Costa (ordem nº 323), a qual defendeu a necessidade de revisar a tese jurídica para vincular a existência de direito líquido e certo à nomeação imediata de candidatos aprovados em classificação posterior ao número de

vagas ofertadas em edital, em decorrência da desistência ou eliminação de candidato anteriormente aprovado durante o prazo de validade do concurso; e

2. Banco do Brasil (ordem nº 331), que em sentido oposto, manifestou pela improcedência da revisão, pois o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 837.311/PI, relativo ao Tema 784, em nenhum momento afirmou que surge direito subjetivo à nomeação quando o candidato melhor classificado desiste e o candidato de classificação inferior passa a figurar dentro do número de vagas.

Por fim, manifestou-se a Procuradoria de Justiça, na ordem nº 340, opinando pela procedência do pedido de revisão para modificar a tese firmada neste incidente, a qual sugeriu seja redigida nos seguintes termos:

“Independentemente do prazo de validade do concurso, a desistência ou eliminação de candidato melhor classificado, por si só, não tem o condão de convolar em direito subjetivo líquido e certo, a mera expectativa de nomeação do candidato posicionado fora do número de vagas ofertadas inicialmente no referido edital, salvo se este passar a figurar dentro desse número de vagas.”

É o relatório.

V O T O S

M É R I T O

O Excelentíssimo Senhor Desembargador ROMMEL ARAÚJO (Relator) - A realização de concurso público para a contratação de pessoal pela Administração Pública é exigência constitucional que atende, a um só tempo, aos princípios da isonomia e da moralidade administrativa, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Se de um lado permite a todos os cidadãos que preenchem os requisitos da lei e do edital disputarem, em pé de igualdade, o acesso a um cargo público, de outro, impede que o órgão ou

a entidade do Poder Público, responsável pela realização do certame, promova aquisição de força de trabalho a partir de critérios pautados em privilégios concedidos a apadrinhados, em franca violação à probidade administrativa.

Por essa razão, aliás, é que se justificam determinados entendimentos emanados do Poder Judiciário - e com o beneplácito da doutrina amplamente majoritária - no sentido de compelir a Administração Pública, como um todo, a realizar a convocação de candidatos aprovados em concurso público, mesmo contra vontade expressa do administrador.

Nesse sentido, vale destacar posicionamento segundo o qual a abertura de certame público para a contratação de pessoal, com expressa indicação do número de vagas a serem preenchidas, gera para a sociedade a expectativa da real necessidade de mão de obra pela Administração Pública, esperança esta pautada em sério sentimento de confiança depositado nos representantes públicos.

Assim, o Supremo Tribunal Federal já assentou que:

“Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.” (STF, RE 598.099, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 10/8/2011, p. em 3/10/2011, Tema 161)

E mais recentemente, isto é, após a fixação da tese neste incidente, as Turmas de direito público do Superior Tribunal de Justiça passaram a entender que o direito subjetivo à nomeação alcança o candidato que, embora originalmente aprovado fora do número de vagas ofertadas, passa a figurar nesse rol após a desistência do candidato melhor classificado.

Nesse sentido:

“[...] 1. Apenas o candidato aprovado dentro do número

de vagas ofertadas no edital do certame tem, em regra, direito público subjetivo à nomeação, conforme decidido no RE 598.099/MS, relator o Em. Ministro Gilmar Mendes, em julgamento com repercussão geral. 2. No entanto, **o candidato originalmente excedente que, em razão da inaptidão de outros concorrentes mais bem classificados, ou de eventuais desistências, reclassifica-se e passa a figura nesse rol de vagas ofertadas, ostenta igualmente o direito à nomeação.** Precedentes. 3. Agravo interno não provido.” [STJ, AgInt no RMS 58.228/AC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, **SEGUNDA TURMA**, j. em 06/12/2018, DJe 13/12/2018]. Destaquei.

“[...] 1. O Superior Tribunal de Justiça tem perfilhado o posicionamento do STF adotado em sede de repercussão geral, reconhecendo que, em regra, existe mera expectativa de direito à nomeação quando o candidato é classificado em concurso público fora do número de vagas previstas no edital ou em cadastro de reserva. **2. A expectativa de direito convola-se em direito subjetivo à nomeação nas situações em que o candidato passa a figurar dentro do número de vagas quando há a desistência de candidato classificado em colocação superior.** Precedentes. 3. Hipótese em que, apesar de o impetrante ter sido aprovado na 2ª posição em cadastro de reserva, a candidata 1ª colocada foi efetivamente convocada, sendo, entretanto, excluída do certame por não ter atendido ao chamamento para a avaliação médica, havendo a configuração do confessado interesse da Administração na nomeação em questão. 4. Agravo interno desprovido.” [AgInt no RMS 55.588/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, **PRIMEIRA TURMA**, j. em 25/09/2018, DJe 24/10/2018]. Destaquei.

Esse posicionamento, aliás, já era perfilhado pelas Turmas do Supremo Tribunal Federal, desde 2015, conforme julgados a seguir:

“[...] O direito à nomeação também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, mas que passe a figurar entre as vagas em decorrência da desistência de candidatos classificados em colocação superior. Precedentes.” [STF, RE 916.425 AgR, rel. min. Roberto Barroso, **1ª Turma**, j. em 28/6/2016, p. em 9/8/2016].

“[...] No caso dos autos, o Tribunal de origem assentou que, com a desistência da candidata classificada em primeiro lugar, a ora agravada, classificada inicialmente em quarto lugar, tornava-se a terceira, na ordem classificatória, passando

a figurar entre os classificados para as três vagas previstas no instrumento convocatório, motivo pelo qual fazia jus à nomeação. Destarte, aplica-se ao caso o que decidido pelo Plenário desta Corte, o qual, no exame do RE nº 598.099/MS, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJE de 3-10-2011, reconheceu a repercussão geral do tema e, no mérito, concluiu que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas tem direito subjetivo à nomeação.” [STF, ARE 866.016 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 2ª Turma, j. em 12/5/2015, p. em9/6/2015].

Portanto, é preciso alinhar a tese fixada neste incidente ao entendimento atual das Cortes Superiores no sentido de que a desistência ou inaptidão do candidato melhor classificado faz surgir o direito subjetivo à nomeação do candidato posterior, quando este passar a figurar dentro do número de vagas ofertadas pelo edital.

É necessário ainda ampliar a conclusão acima, para fins de fixação da tese, de forma a permitir a previsão de outras hipóteses que também configurem avanço de posição do candidato classificado em posição inferior, incluindo-o dentro do número de vagas. Assim, devem ser levados em conta não apenas os casos de desistência ou inaptidão daquele melhor classificado, mas também quando houver reclassificação, ausência ou outro ato que importe a melhora da posição do candidato que se encontrava, inicialmente, fora do número de vagas e que passou a constar da lista de convocados.

Outro ponto importante nesta discussão diz respeito ao momento a partir do qual a Administração Pública deve chamar o candidato que passou a figurar dentro do número de vagas: se de forma imediata, a partir do provimento judicial que reconhece o direito à nomeação, ou dentro do prazo de validade do concurso, em prestígio à discricionariedade administrativa em avaliar a conveniência e oportunidade.

Vale destacar que a incursão nesta seara não importa indevida ampliação objetiva da demanda, alcançando matéria nova. A apreciação se faz necessária para impedir tratamento jurídico diverso a situações fáticas idênticas. Não basta, pois, reconhecer o direito subjetivo ao candidato, é preciso, ainda, estabelecer, como imperativo de isonomia e segurança jurídica, o momento a partir do qual o candidato deve ser chamado para prosseguir no certame, alinhando-se as decisões judiciais em casos como o dos autos.

Quanto a este ponto, o melhor entendimento está em

firmar que a convocação deve ser imediata, isto é, com a concessão do provimento jurisdicional que reconhece o direito do candidato. Isto porque o mérito do ato administrativo, no que diz respeito à convocação dos aprovados, já foi avaliado pela Administração Pública no momento em que publicou o ato convocatório.

Dito de outro modo, o exame da oportunidade da prática do ato e da conveniência em realizar a convocação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas ofertadas é realizado pela Administração no momento em que decide expedir o edital de chamamento.

Assim, “a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação”.

Desse modo, realizada a convocação do candidato aprovado no certame que, entretanto, desiste, não comparece, pede reclassificação, é declarado inapto ou pratica outro ato que importe a colocação em seu lugar do candidato em classificação imediatamente inferior, fica a Administração Pública vinculada à perfectibilização do ato convocatório, chamando o candidato seguinte ao primeiramente convocado.

É preciso ressaltar que essa medida considera os custos de eventual convocação isolada posterior do candidato que passou a figurar dentro das vagas a serem preenchidas, sobretudo quando o chamamento ocorre para prosseguimento nas demais fases do certame.

Por fim, não se verifica qualquer óbice à revisão da tese jurídica fixada neste IRDR, diante do julgamento do RE 837.311/PI, sob o rito da Repercussão Geral (Tema 784). É que no referido recurso extraordinário, a Suprema Corte tratou de caso de preterição ocorrida no preenchimento de vagas novas ou daquelas constantes de novo concurso, enquanto que no caso deste incidente discute-se o preenchimento das vagas indicadas no concurso vigente, quando determinado candidato é convocado e deixa, por algum motivo, de atender tal convocação, dando azo a que o candidato de classificação inferior adentre o quadro de vagas ofertadas.

Diante de tudo o que foi exposto, a revisão da tese jurídica deve abranger quatro pontos: 1º) o reconhecimento do direito; 2º) a finalidade da convocação (para participar das demais etapas ou

para a nomeação); 3º) as hipóteses ensejadoras do reconhecimento do direito; e 4º) o momento da convocação.

Assim, propõe-se, como resulta desta revisão, a seguinte tese jurídica:

A expectativa de direito do candidato aprovado fora das vagas a serem preenchidas no concurso público convola-se em direito subjetivo à convocação para as demais etapas ou para a nomeação, quando passe a figurar dentro do número de vagas previstas no edital em decorrência de desistência, inaptidão, reclassificação ou ausência de candidato melhor classificado, devendo a Administração Pública promover a imediata convocação.

Aprovada a tese jurídica, sugere-se a referida redação como projeto de súmula deste Tribunal, na forma do art. 122, § 4º, do RITJAP, a ser aprovada nesta mesma sessão, atribuindo-lhe nova numeração e procedendo-se ao cancelamento do Enunciado nº 23, como forma de preservar a memória da jurisprudência e a coerência decorrente da alusão ao enunciado pelas decisões anteriores à alteração de entendimento.

Por fim, deve a Secretaria comunicar ao NUGEP deste Tribunal o resultado do julgamento para as anotações e providências necessárias, bem como remeter cópia deste acórdão, via malote digital, a todos os magistrados vinculados ao Poder Judiciário local.

É como voto.

O Excelentíssimo Senhor Desembargador EDUARDO CONTRERAS (1º Vogal) - Acompanhho.

O Excelentíssimo Senhor Desembargador GILBERTO PINHEIRO (2º Vogal) - Acompanhho.

O Excelentíssimo Senhor Desembargador AGOSTINO SILVÉRIO (3º Vogal) - Acompanhho.

A Excelentíssima Senhora Desembargadora SUELI PINI (4ª Vogal) - Acompanhho.

O Excelentíssimo Senhor Desembargador CARLOS TORRILHO (5º Vogal) - Acompanhho.

DECISÃO

“O Pleno do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, por unanimidade, aprovou a redação da súmula proposta para o IRDR, nos termos do voto proferido pelo Relator”.