RECOMENDAÇÃO Nº 02/2015 – PROPAC Nº 02/2015

EMENTA*:* Defensoria Pública do Estado do Tocantins. Promoção à Defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Assistência Jurídica Gratuita aos candidatos hipossuficientes participantes do Concurso Público da então Secretaria de Defesa Social-SEDS, atual Agência de Defesa e Proteção Social (MEDIDA PROVISÓRIA nº 1, DE 2 DE JANEIRO DE 2015, publicada na edição nº 4.288 do Diário Oficial veiculada no dia 02/01/2015), destinado ao **provimento de vagas para os cargos de CARGOS DE ASSISTENTE SOCIOEDUCATIVO – TÉCNICO EM ENFERMAGEM E MOTORISTA; TÉCNICO EM DEFESA SOCIAL; TÉCNICO SOCIOEDUCADOR; ANALISTA EM DEFESA SOCIAL - ESPECIALIDADES: SERVIÇO SOCIAL, PEDAGOGIA E PSICOLOGIA; ANALISTA SOCIOEDUCADOR - ESPECIALIDADES: SERVIÇO SOCIAL, PEDAGOGIA, PSICOLOGIA, DIREITO, MEDICINA CLÍNICA, EDUCAÇÃO FÍSICA, ENFERMAGEM, NUTRIÇÃO, ODONTOLOGIA E TERAPIA OCUPACIONAL.** Legitimidade insculpida no art. 134 da CRFB/88(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014), c/c art. 128, inciso X, da Lei Complementar Federal nº 80/94, c/c art. 2º, *caput*, e seus incisos VII, VIII, X e XI, c/c art. 53, inciso IX, todos da Lei Complementar Estadual nº 055/2009 c/c art. 1º, incisos IV e VIII, c/c art. 5º, inciso II, ambos da Lei Federal nº 7.347/85, c/c art. 81, incisos I e II na forma do art. 90 do Código de Defesa do Consumidor, valendo-se do microssistema de tutela jurisdicional coletiva formado pela completa interação entre as Leis Federal nº 7.347/85 e 8.078/90[1]. **Recomendação** endereçada à **Presidente da Fundação Professor Carlos Augusto Bittencourt-FUNCAB, com vistas a que promova** a divulgação das respostas aos recursos contra a Prova Objetiva; **DAS NOTAS DA PROVA OBJETIVA E À CONVOCAÇÃO PARA O TESTE DE APTIDÃO FÍSICA - TÉCNICO EM DEFESA SOCIAL E**

[1]Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado **Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso**. (REsp 1098669/GO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 12/11/2010).

TÉCNICO SOCIOEDUCADOR, consoante se extrai do cronograma constante do anexo II do EDITAL 04/001 DE 15 DE OUTUBRO DE 2014, publicado na edição nº 4.235 do Diário Oficial, veiculado no dia 15/10/2014. **Suspensão ilegal do certame sob o pretexto de descumprimento contratual por parte do Estado do Tocantins, consubstanciado no suposto inadimplemento dos serviços efetivamente prestados até aquela oportunidade**; Medida violadora ao princípio da boa-fé objetiva e teoria dos atos próprios, tendo em relevo que os **42.827**[2] candidatos efetuaram o pagamento regular das inscrições e acreditaram no fiel cumprimento pela FUNCAB no que se refere ao cronograma do certame público em referência – **Violação ao princípio da intranscendência subjetiva das sanções e medidas restritivas de ordem jurídica - O postulado da intranscendência impede que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão estritamente pessoal do infrator** – PRECEDENTES DO STF - **(AC 1033 AgR-QO/DF, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. 25/05/2006, DJ 16/06/2006).** ACO 1289 MC, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, julgado em 21/11/2008, publicado em DJe-227 DIVULG 27/11/2008 PUBLIC 28/11/2008). **Inobservância pela FUNCAB do subitem 20.1.2.** do EDITAL 04/001 DE 15 DE OUTUBRO DE 2014, publicado na edição nº 4.235 do Diário Oficial, veiculado no dia 15/10/2014, o qual estabelece que quaisquer alterações nas regras fixadas no Edital somente poderão ser feitas por meio de edital de retificação.

A Defensoria Pública do Estado do Tocantins, mediante atuação do seu Núcleo Especializado de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, denominado **Núcleo de Ações Coletivas – NAC**, por intermédio do Órgão de Execução natural que ao final subscreve, no exercício das prerrogativas que lhe confere o art. 134 da CRFB/88(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014), c/c art. 128, inciso X, da Lei Complementar Federal nº 80/94, c/c art. 2º, *caput*, e seus incisos VII, VIII, X e XI, c/c art. 53, inciso IX, todos da Lei Complementar Estadual nº 055/2009c/c art. 1º, incisos IV e VIII, c/c art. 5º, inciso II, da Lei Federal nº 7.347/85, c/c art. 81, incisos I e II na forma do art. 90 do Código de Defesa do Consumidor, e, ainda, de acordo com os preceitos gerais estatuídos no Código de Processo

[2] http://conexaoto.com.br/2014/12/11/concurso-da-defesa-social-tem-42-827-inscritos-com-157-por-vaga-motorista-e-o-cargo-mais-concorrido-seguido-por-cargos-para-tecnicos-na-area

Civil e no microssistema de tutela jurisdicional coletiva, formado pela completa interação entre as Leis 7.347/85 e 8.078/90[3], **CONSIDERANDO** que:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e **a defesa em todos os graus, judicial e extrajudicial**, **dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita**, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014);

A função institucional de promover a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República do Brasil outorga à Defensoria Pública legitimidade **para promover a ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes**, na forma do art. 1º, incisos IV e VIII, c/c art. 5º, inciso II, da Lei Federal nº 7.347/85, além de toda a legislação que compõe o Microssistema de tutela coletiva (Lei da Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor, Lei da Ação Popular);

A atuação da Defensoria Pública, no presente caso, importa na defesa de interesses ou direitos coletivos, assim entendidos como os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, nos termos do art. 81, inciso II, da Lei Federal nº 8.078/90, com a observância da demonstração de hipossuficiência dos assistidos, conforme dessume-se das declarações de hipossuficiência que instruem o referido PROPAC;

O art. 1º, inciso III, da Lei Federal nº 7.347/85, com a redação dada pela **Lei Federal nº 13004, de 24 de junho de 2014**, outorgou à Defensoria Pública e aos demais legitimados a defesa do patrimônio público e social;

[3]Os arts. 21da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, com normas de envio, **possibilitaram o surgimento do denominado Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso**, no qual se comunicam outras normas, com o Estatuto do Idoso eo da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar diretos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83do CD). RECURSO ESPECIAL Nº 1.21.254-RJ (201/0190387-2); Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Data do Julgamento: 05 de julho de 2012.

A FUNCAB e o **ESTADO DO TOCANTINS** celebraram contrato administrativo, no importe de R$ 4.725.000,00 (quatro milhões setecentos e vinte e cinco mil reais) - PROCESSO N°: 2014.23000.002759. CONTRATO Nº: 043/2014, publicado na edição nº 4.227 do Diário Oficial, veiculada no dia 03 de outubro de 2014 – com vistas à contratação da aludida instituição para a realização de concurso público para Provimento de Cargos do Quadro de Pessoal da Secretaria de Defesa Social e Segurança Pública Penitenciária do Estado do Tocantins, mediante dispensa de licitação. Confira-se:

> **EXTRATO DE CONTRATO**
> PROCESSO N°: 2014.23000.002759.
> CONTRATO Nº: 043/2014
> CONTRATANTE: Secretaria de Estado da Administração e Secretaria de Estado da Defesa Social.
> CONTRATADA: Fundação Professor Carlos Augusto Bittencourt – FUNCAB.
> **OBJETO: Contratação de empresa para realizar concurso público para Provimento de Cargos do Quadro de Pessoal da Secretaria de Defesa Social e Segurança Pública Penitenciária do Estado do Tocantins.**
> **MODALIDADE: Dispensa de Licitação, de acordo com o disposto no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93.**
> **VALOR: Estimado de R$ 4.725.000,00 (quatro milhões setecentos e vinte e cinco mil reais).**
> DOTAÇÃO: consignada no programa de trabalho nº 24950.04.122.1033.3119, elemento de despesa 3.3.90.39, fonte 0240.
> **DATA DA ASSINATURA: 01/10/2014**
> VIGÊNCIA: de 12 (doze) meses, podendo ser prorrogado de acordo com a Lei nº 8.666/93.
> SIGNATÁRIOS: Lúcio Mascarenhas Martins e Nilomar dos Santos Farias – Contratantes; Rosana Nobre Machado Bittencourt Silva – Representante Legal da Contratada.

Chegou ao conhecimento da Defensoria Pública que a **Fundação Professor Carlos Augusto Bittencourt-FUNCAB deixou de promover**: **1 -** a divulgação das respostas aos recursos contra a Prova Objetiva; **2** – a divulgação das **NOTAS DA PROVA OBJETIVA e 3 - a CONVOCAÇÃO DOS CANDIDATOS INSCRITOS NOS CARGOS DE TÉCNICO EM DEFESA SOCIAL E TÉCNICO SOCIOEDUCADOR PARA REALIZAREM O TESTE DE APTIDÃO FÍSICA** – o que seria levado a efeito na data de 7 de janeiro de 2015, consoante se extrai do cronograma constante do anexo II do EDITAL 04/001, DE 15 DE OUTUBRO DE 2014, publicado na edição nº 4.235 do Diário Oficial, veiculado em 15/10/2014, ao argumento de que houve o **descumprimento contratual por parte do Estado do Tocantins, consubstanciado no suposto inadimplemento dos serviços**

efetivamente prestados pela aludida Fundação, conforme amplamente divulgado pelos veículos de comunicação tocantinense[4];

Vários candidatos procuraram o Núcleo de Ações Coletivas-NAC da Defensoria Pública noticiando os fatos e solicitando a adoção de providências em relação à conduta da FUNCAB, consistente em abster-se de promover o resultado da 1ª fase do certame em questão;

A medida adotada pela FUNCAB vem causando uma série de dissabores e prejuízos aos candidatos participantes do certame da então Secretaria de Defesa Social-SEDS, atual Agência de Defesa e Proteção Social (MEDIDA PROVISÓRIA nº 1, DE 2 DE JANEIRO DE 2015, publicada na edição nº 4.288 do Diário Oficial veiculada no dia 02/01/2015), os quais possuíam a legítima expectativa de que o cronograma oficial fosse devidamente respeitado;

Eventual inadimplemento do Estado do Tocantins com relação às obrigações assumidas no PROCESSO N°: 2014.23000.002759 - CONTRATO Nº: 043/2014, publicado na edição nº 4.227 do Diário Oficial, veiculado no dia 03 de outubro de 2014, não é apto a ensejar medidas restritivas que transcendam a esfera subjetiva daquele que incidiu na prática reputada ilícita; vale dizer**, os 42.827[5]candidatos não podem suportar as sanções aplicadas ao Estado do Tocantins**, sob pena de restar violado, na espécie, o **princípio da intranscendência subjetiva das sanções e medidas restritivas de ordem jurídica,** segundo o qual "não é possível à transferência de obrigações e sanções jurídicas a pessoa diversa daquela que, por lei ou contrato, esteja compelida ao adimplemento". (TRF-1 - AMS: 8319 DF 0008319-64.2006.4.01.3400, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS, Data de Julgamento: 02/03/2011, QUINTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.277 de 25/03/2011);

[4] http://www.clebertoledo.com.br/estado/2015/01/07/66076-funcab-anuncia-interrupcao-do-concurso-da-defesa-social-resultado-da-prova-objetiva-nao-sera-divulga
http://www.t1noticias.com.br/estado/funcab-segura-resultado-do-concurso-da-defesa-social-por-falta-de-pagamento/63576/
http://www.t1noticias.com.br/estado/divida-com-funcab-e-de-r23-mi-governo-garante-que-concurso-nao-sera-cancelado/63592/
http://conexaoto.com.br/2015/01/06/funcab-confirma-que-governo-anterior-nao-pagou-prestacao-de-servicos-pagamentos-de-fiscais-dependem-de-repasse
http://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2015/01/concurso-e-suspenso-por-falta-de-pagamento-e-governo-alega-desvio.html

[5] http://conexaoto.com.br/2014/12/11/concurso-da-defesa-social-tem-42-827-inscritos-com-157-por-vaga-motorista-e-o-cargo-mais-concorrido-seguido-por-cargos-para-tecnicos-na-area

A 'teoria dos atos próprios' ou a proibição de "venire *contra factum proprium*" protege uma parte contra aquele que pretende exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente, pois, **depois de criar uma expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra de princípios de lealdade e confiança (e, por conseguinte, o postulado da boa-fé objetiva) se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte**, o que se aplica ao caso em tela, na medida em que **42.827**[6] **(quarenta e dois mil oitocentos e vinte e sete)** candidatos se inscreveram e efetuaram o pagamento regular das inscrições buscando participar do concurso público destinado ao provimento de vagas no âmbito da Defesa Social e Segurança Penitenciária do Estado do Tocantins, acreditando que o cronograma do certame seria efetivamente respeitado e cumprido, o que não ocorreu. Por oportuno, confira-se:

> EMENTA – TJMG - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DEMOLITÓRIA - CONDOMÍNIO EDILÍCIO - CONSTRUÇÃO EM ÁREA COMUM - IRREGULARIDADE FORMAL - ÁREA UTILIZADA POR TODOS OS CONDÔMINOS PARA AMPLIAÇÃO DE ÁREA PRIVATIVA - CONSTRUÇÃO REALIZADA INCLUSIVE PELAS AUTORAS - CONTRADIÇÃO - **TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS** - PERÍCIA JUDICIAL - AUSÊNCIA DE DANOS RELACIONADOS À OBRA PROMOVIDA PELO RÉU - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO - SENTENÇA MANTIDA. (...) A hipótese dos autos é amparada pela **teoria dos atos próprios, segundo a qual se entende que a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé, ou quando o exercício posterior se choque com a lei, os bons costumes e a boa-fé**. (TJ-MG - AC: 10105082741049001 MG , Relator: Tibúrcio Marques, Data de Julgamento: 09/05/2013, Câmaras Cíveis / 15ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/05/2013).

[6] http://conexaoto.com.br/2014/12/11/concurso-da-defesa-social-tem-42-827-inscritos-com-157-por-vaga-motorista-e-o-cargo-mais-concorrido-seguido-por-cargos-para-tecnicos-na-area

A situação em comento, que, inclusive, provocou manifestação[7] pública dos candidatos ao certame, demanda adoção de providências, com a finalidade de que seja retomado o cronograma do concurso;

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o edital é a Lei do concurso, razão pela qual também deveria ter sido observada pela **FUNCAB** a disposição inscrita no **subitem 20.1.2**[8] do EDITAL 04/001, o qual estabelece que "**Quaisquer alterações nas regras fixadas neste Edital somente poderão ser feitas por meio de edital de retificação**", a despeito do que houve a suspensão do certame, e a alteração do seu cronograma, a partir de anúncio veiculado no sítio da FUNCAB. Acerca do tema, registre-se:

> EMENTA – STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REALIZAÇÃO DE PROVAS ORAIS EM DESACORDO COM AS REGRAS PREVISTAS NO EDITAL. (...) Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Ceará:Concurso público. **O edital do concurso público faz lei entre as partes. O descumprimento de um dos seus requisitos infringe o princípio da legalidade que deve reger o ato administrativo**. No caso concreto, se para a prova oral o edital prevê o exame por meio de banca examinadora e este é feito individualmente, desvirtuando a recomendação dele constante, e acrescendo o grau de subjetividade na imposição das notas, **com evidente prejuízo para os candidatos, deve o ato ser anulado**. Sentença mantida (fl.165). (STF - RE: 413777 CE , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 19/08/2009, Data de Publicação: DJe-166 DIVULG 02/09/2009 PUBLIC 03/09/2009)

Dessarte, a Defensoria Pública do Tocantins, por intermédio de seu Núcleo de Ações Coletivas, no exercício das atribuições e prerrogativas outorgadas pelo art. 134 da Constituição Federal, e demais disposições constantes da Lei Complementar Federal nº 80/94 e Lei Complementar Estadual nº 55/09, **RECOMENDA** à **Presidente da Fundação Professor Carlos Augusto Bittencourt-FUNCAB que dê prosseguimento ao concurso público para provimento de cargos do Quadro da Defesa Social e Segurança**

[7] http://conexaoto.com.br/2015/01/14/grupo-faz-manifestacao-no-palacio-pedindo-que-funcab-de-andamento-a-concurso-da-defesa-social

[8] ITEM 20 – DAS DISPOSIÇÕES FINAIS - **20.1.2.** Quaisquer alterações nas regras fixadas neste Edital somente poderão ser feitas por meio de edital de retificação.

Penitenciária do Estado do Tocantins, com a observância do cronograma constante do anexo II do Edital 04/001, de 15 de outubro de 2014.

Requer-se, na hipótese de a presente recomendação não ser atendida, sejam encaminhados os fundamentos da negativa a este Núcleo de Ações Coletivas-NAC, no endereço constante do rodapé, no **prazo 05 (cinco) dias**, a contar do seu recebimento.

Por fim, a Defensoria Pública, no exercício das atribuições e prerrogativas outorgadas pelo art. 134 da Constituição Federal, e demais disposições constantes da Lei Complementar Federal nº 80/94 e Lei Complementar Estadual nº 55/09, **REQUISITA** da FUNCAB, por meio desta, cópia integral do CONTRATO ADMINISTRATIVO Nº: 043/2014, celebrado com o Estado do Tocantins, bem como cópia de todas as notificações administrativas remetidas ao ente público ora mencionado acerca de sua noticiada mora.

Atenciosamente,

Palmas-TO, aos 19 de janeiro de 2015.

Isabella Faustino Alves
Defensora Pública
Coordenadora do Núcleo de Ações Coletivas-NAC