

Fls.

Processo: 0101610-76.2018.8.19.0001

Processo Eletrônico

Classe/Assunto: Ação Civil Pública - creches e escolas

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO

Réu: MUNICIPIO DO RIO DE JANEIRO

Nesta data, faço os autos conclusos ao MM. Dr. Juiz
Mirela Erbisti

Em 03/07/2018

Decisão

Trata-se de ação civil pública interposta pelo Ministério Público em face do Município do Rio de Janeiro visando a assegurar o padrão de qualidade da educação infantil na rede pública de ensino. Afirma na exordial - instruída pelo inquérito civil n. 2017.00917489 - que a Municipalidade vem terceirizando a atividade-fim da educação infantil, valendo-se de contratações nulas, por meio de dispensa de licitação calcada em emergência inexistente, fazendo com que creches e pré-escolas venham sendo integralmente geridas por profissionais que não atendem à qualificação legal. Alega violação ao princípio constitucional do concurso público e ao Plano Nacional de Educação. Informa que no ano de 2017 foram firmados pelo menos 15 contratos com pessoas jurídicas para prestação de serviço operacional às atividades de creche, em especial para "prestação de serviço de atividade de Auxiliar de Atendimento à Criança", nomenclatura essa inexistente na legislação municipal, cujas atribuições assemelham-se, entretanto, aos agentes de educação infantil, antigos agentes auxiliares de creche. Sustenta que a diferença de terminologia se presta a burlar a lei, eis que o ingresso no cargo de agente de educação infantil se dá exclusivamente por meio de concurso público de provas e títulos.

Prossegue alegando que a própria figura do agente de educação infantil é prejudicial à qualidade do serviço prestado, considerando que o mesmo detém atribuições que deveriam ser exercidas por profissionais docentes, eis que suas funções são semelhantes às do magistério, o que, inclusive, já foi objeto de parecer do Ministério da Educação (Parecer CNE/CEB n. 20/09, aprovado em 11.11.09), do Conselho Nacional de Educação (Parecer CNE n. 22/98 - CEB - aprovado em 17.12.98, disponível em http://www.crmariocovas.sp.gov.br/pdf/diretrizes_p0481-0500_c.pdf, consulta em 08 mar. 2018) da Política Nacional de Educação Infantil e das Diretrizes Curriculares Nacionais para a Formação de Docentes da Educação Infantil e dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental, em Nível Médio, Modalidade Normal (artigo 1º). Infirma que com esse atuar o Município delega a profissionais dos quais se exige apenas o ensino fundamental completo exercer funções que na realidade deveriam ser atribuídas a profissionais com no mínimo ensino médio na modalidade normal. Com isso, economiza o Município, eis que os agentes de educação infantil não tem o mesmo piso salarial dos professores. No entanto, tal economia se dá às custas da qualidade de ensino, eis que tais profissionais não têm tampouco a qualificação desejada. Questiona a possibilidade de se utilizar recursos da FUNDEB para financiar a remuneração dos agentes terceirizados, salientando que os mesmos se destinam ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício na rede pública, não podendo servir um fundo criado para a

valorização dos profissionais da educação para, em realidade, desprestigiá-los.

Instado a se manifestar sobre o pedido liminar, o Município apresentou contestação impugnando o valor atribuído à causa, sob o argumento de que a presente demanda não tem conteúdo econômico, eis que encerra obrigação de fazer, em especial de envio de projeto de lei, e fixação de plano de ação, para alteração da escolaridade do cargo de Agente de Apoio à Educação e posterior realização de certame, com declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal, hoje em vigor, e que fixa como de nível elementar esse cargo de Agente de Apoio. Quanto à liminar pretendida, afirma que a matéria tem efeito financeiro-funcional, afeta a vantagens/benefícios pecuniários, como ingresso em serviço público, e aumento estipendial por revisão de escolaridade, bem como no concernente ao aumento exponencial da despesa pública sem a anterior previsão da correspondente fonte de custeio, sendo absolutamente vedada a concessão de liminar ou tutela antecipada em hipóteses que tais. Alega dano inverso da Administração, na medida em que a alteração do regime funcional implica em custo alto, demandando o dispêndio de verbas públicas, que não poderão ser revertidas em favor da Municipalidade, caso o pedido venha a ser julgado improcedente. No mérito, sustenta que o Eg. Tribunal de Justiça, no julgamento do AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0004228-86.2018.8.19.0000, determinou a manutenção dos contratos temporários, e portanto, do funcionamento das unidades de ensino fundamental, afastando a liminar então deferida pelo Juízo a quo no processo de origem nº 0018078-10.2018.8.19.0001. Afirma que por ocasião daquele julgamento foram consideradas legítimas as contratações emergenciais, de forma que se evitasse colocar em risco a vida de inúmeras crianças, caso permanecessem sozinhas em seus lares ou acompanhadas por pessoas que não tenham condições de lhes oferecer cuidados, enquanto os seus genitores se encontram trabalhando. Acrescenta que os procedimentos mencionados na inicial foram objeto do Pregão Eletrônico n. 535/2017 que restou anulado pelo Subsecretário de Gestão da Secretaria de Educação, em razão da restrição de competitividade encerrada pela regra do Edital e que por via de consequência a Administração iniciou procedimento de contratação emergencial a fim de evitar a paralização do serviço e buscar proposta mais vantajosa para o Poder Público.

Argumenta ainda que está em trâmite projeto de lei alterando a escolaridade mínima do agente de educação infantil e que dos 5355 servidores que compõem o quadro, 5171 já recebem gratificação por desempenho e, portanto, possuem nível médio. Acrescenta que não obstante as citadas contratações temporárias de pessoal, as creches e pré-escolas municipais são geridas por profissionais integrantes do quadro do magistério da Rede Pública Municipal de Ensino e que os agentes de educação infantil atuam em funções de apoio às atividades cotidianas, não desempenhando função docente. Informa que esta fica à cargo do Professor de Educação Infantil e, na sua ausência, do Professor Articulador. Invoca, por fim a Teoria da Reserva do Possível para justificar sua atuação discricionária, por vezes política, segundo critérios de conveniência e oportunidade dentro da esfera que lhe é outorgada pela lei e segundo a previsão orçamentária para tal. Por fim, salienta que o objeto desta demanda já foi alvo de apreciação por parte do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a Repercussão Geral da matéria, no RE nº 684.612, Relatora Exma. Sra. Ministra Carmem Lucia, nos seguintes termos: "Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção (arts 6º, 23, II; 30, II; 34, VII, 35, III, 194, 196, 197 e 227). Alega ofensa ao Princípio da Separação de Poderes.

É o breve relatório. Passo a decidir a tutela de urgência.

O direito à educação é o primeiro dos direitos sociais listados pelo artigo 6º da CRFB. Embora a fundamentalidade dos direitos sociais ainda seja controversa, Alexandre de Moraes a defende em sua obra Direito Constitucional, afirmando peremptoriamente que os mesmos se inserem na

categoria de direitos fundamentais em razão do disposto no artigo 1º, IV, da CRFB e qualificando-os como "verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhora de condições de vida aos hipossuficientes, visando a concretização da igualdade social." (op. cit., 6ª ed., Atlas, pág. 186). Neste mesmo sentido Guilherme Peña de Moraes, In Curso de Direito Constitucional., 7ª. Ed., Atlas, p. 597).

Um Estado que não garante educação de qualidade à sua população é um Estado fraco e frágil, sujeito a toda sorte de infortúnios, que não sabe defender seus interesses legítimos e assim não prospera.

Indubitavelmente, para se garantir a qualidade da educação é preciso investimento. Tanto em material quanto em mão de obra de boa qualidade. Quanto mais preparado o profissional e melhores suas condições de trabalho, mais eficiente o resultado em sala de aula e, conseqüentemente, melhor a formação de seus alunos.

Um professor é um multiplicador não só de conteúdo, mas de boas ou más práticas. É dentro das salas de aulas ao redor do mundo que se encontram a maior parte das mentes em formação. Crianças e adolescentes de todas as nacionalidades ingressam diariamente em suas escolas para se encher do conhecimento repassado por seus mestres, sendo influenciados diretamente pelo que lhes é apresentado. Dependendo da idade e da capacidade crítica, a lição aprendida é tida como absolutamente verdadeira e real, passando a fazer parte do arcabouço de ideias e a formar a mentalidade daquele ser em desenvolvimento.

Narra o Parquet que o Município do Rio de Janeiro, ente federativo responsável pela educação infantil, vem se valendo de uma prática prejudicial à qualidade do ensino, qual seja: onde deveriam haver professores, com exigência mínima do ensino médio completo, existem via de regra agentes de educação infantil, cuja formação mínima é o ensino fundamental completo e cujas atribuições são as mesmas dos docentes. Trata-se dos antigos auxiliares de creche que, alegando desvio de função, vem requerendo judicialmente a equiparação salarial ao professor, muitas vezes com sucesso, perante as Varas de Fazenda Pública.

Neste sentido:

"0477581-96.2015.8.19.0001 - APELACAO / REMESSA NECESSARIA

1ª Ementa

Des(a). LUIZ FELIPE MIRANDA DE MEDEIROS FRANCISCO - Julgamento: 19/06/2018 - NONA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA DE DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS. DESVIO DE FUNÇÃO. AUXILIAR DE CRECHE DESEMPENHANDO FUNÇÕES RELATIVAS AO CARGO DE PROFESSOR DE EDUCAÇÃO INFANTIL. CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS QUE CORROBORA AS ALEGAÇÕES AUTORAIS, NO SENTIDO DE QUE, SENDO AGENTE AUXILIAR DE CRECHE, REALIZAVA, DESDE SUA POSSE, TAREFAS PRÓPRIAS DO CARGO DE PROFESSOR, FAZENDO JUS, PORTANTO, À REMUNERAÇÃO INERENTE A ESTE CARGO. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 378 DO STJ, SEGUNDO A QUAL O SERVIDOR PÚBLICO DESVIADO DE SUA ATRIBUIÇÃO LEGAL POSSUI DIREITO À PERCEPÇÃO DAS VANTAGENS E VENCIMENTOS CORRESPONDENTES ÀS FUNÇÕES POR ELE DESENVOLVIDAS, NÃO IMPORTANDO TAL RECONHECIMENTO EM REENQUADRAMENTO OU ASCENSÃO FUNCIONAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 37, II, DA CRFB/88, BEM COMO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 37 DO STF. PRETENSÃO DA MUNICIPALIDADE DE LIMITAÇÃO DO PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS AO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A DATA DA PUBLICAÇÃO DA LEI Nº 5.217/2010 (02.09.2010), QUE CRIOU O CARGO DE PROFESSOR DE EDUCAÇÃO INFANTIL E DO DECRETO Nº 516/2011 (02.05.2011), QUE DEU PROVIMENTO AOS CARGOS, QUE NÃO PODE SER ACOLHIDA. OS VALORES DEVIDOS À AUTORA ABRANGEM O PERÍODO

COMPREENDIDO ENTRE A DATA DE SUA POSSE ATÉ A DATA EM QUE CESSOU O DESVIO.
DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Data de Julgamento: 19/06/2018 (*)"

Projeto de lei alterando a escolaridade mínima não atende às necessidades atuais de melhores condições de estudo nem afasta o prejuízo dos inúmeros alunos dos 184 agentes de educação infantil que continuam recebendo educação prestada por agentes com quase a mesma escolaridade que a sua (quantidade de agentes que segundo o Município não recebem gratificação por desempenho).

Como se não bastasse, esses mesmos agentes de educação infantil cujo desvio de função se discute - que prestam concurso público para ingresso na carreira - vem sendo substituídos por uma nova categoria profissional, ainda mais precária, ora denominada auxiliar de atendimento à criança, figura que não está sequer prevista na legislação municipal. Os profissionais não são nem mesmo escolhidos diretamente pela Municipalidade; são indicados pelas sociedades empresárias contratadas pelo ente federativo por meio de dispensa de licitação para atender a situação dita emergencial. O próprio Subsecretário de Gestão da Secretaria de Educação anulou o Pregão Eletrônico para prestação de serviços de apoio operacional às atividades de creche para auxiliar no atendimento à criança em unidades de Educação Infantil da Secretaria Municipal de Educação da Cidade do Rio de Janeiro, o que deu azo à contratação sem licitação por questão emergencial. Segundo apurado pelo Ministério Público somente no ano de 2017 foram firmados quinze contratos com pessoas jurídicas com essa finalidade (fls. 183/256).

Ora, não se pode considerar a educação infantil emergencial. Trata-se de obrigação continuada e totalmente previsível, de responsabilidade do ente municipal. Nem mesmo a alegação de aumento da procura poderia ser tida como situação inesperada, na medida em que a Edilidade tem plenas condições de tomar ciência da quantidade de crianças nascidas em seu território, seja pelo controle hospitalar, seja por censo ou controle dos registros públicos, e se preparar durante os anos que antecedem o ingresso dessas crianças na vida escolar, fazendo as previsões e os investimentos adequados para a quantidade já estimada de alunos.

Dessa forma, em análise sumária a dispensa de concurso público salta aos olhos como indevida e violadora do que dispõe o artigo 37, II, da CRFB.

O argumento de que o Eg. Tribunal de Justiça afastou a liminar deferida pelo Juízo da 16ª Vara de fazenda Pública, considerando legítimas as contratações temporárias não merece prosperar, eis que no Agravo de Instrumento n. 0004228-86.2018.8.19.0000 o Juízo ad quem cassou a decisão interlocutória agravada por uma questão meramente processual, qual seja a inobservância do contraditório, eis que a medida urgente foi concedida ao arrepio do artigo 10 do novo CPC, ou seja, sem a oitiva da parte contrária.

Após tal decisum, a demanda n. 0018078-10.2018.8.19.0001 foi extinta sem julgamento do mérito por ausência de interesse, eis que o autor não atendeu a determinação judicial.

A alegação de que o autor pretende medida liminar que implica em aumento exponencial de despesa pública sem a anterior previsão da respectiva fonte de custeio não merece acolhida tampouco, visto que o pagamento dos agentes contratados sem concurso público vem sendo feito com o FUNDEB, fundo de natureza contábil que atua no âmbito de cada Estado, captando parte dos recursos dos Estados e Municípios, redistribuindo-os de acordo com o número de alunos matriculados por nível de ensino.

Trata-se da mesma fonte de custeio, a ser utilizada de outra forma. Assim, não se aplica in casu, o entendimento esposado pelo Eg. STF no RE N. 684.612, até porque o precedente trata especificamente de execução de obras que atendam o direito social da saúde. Tampouco há que

se falar, portanto, na Teoria da Reserva do Possível, visto que o que se pretende na presente demanda é a realocação de recursos.

Ademais, consoante ensinamento de Guilherme Peña de Moraes, em sua obra supra citada (págs. 613 e 614):

"Sob o ângulo financeiro, malgrado os doutrinadores concluíam que a implementação dos direitos sociais está condicionada às dotações de receitas públicas, sob pena de transfiguração da legalidade orçamentária, e, ainda que o Estado dispusesse de todos os recursos para a consecução das necessidades materiais, seria impossível a extensão das prestações a outras pessoas, sob pena de transgressão da igualdade, o limite da reserva do possível não é parâmetro definidor de sindicabilidade das prestações materiais do Estado previstas em normas definidoras de direitos sociais.

"A um, porque os direitos, liberdades e garantias podem exigir a alocação de recursos públicos, como, por exemplo, a segurança física, da mesma forma que os direitos sociais, econômicos e culturais podem dispensar os aportes orçamentários financiados pelas receitas de tributos, como por exemplo, os referentes às prestações materiais do Estado condicionadas ao pagamento de tarifas ou preços públicos, de modo que a diferença entre os direitos individuais e sociais, no que toca ao custo, é uma questão de grau, não de natureza.

"A dois, porque não se pode transferir ao próprio agente estatal responsável pela obrigação a exclusiva e unilateral competência de definir o que é possível, ou não, em termos de efetivação dos direitos sociais.

"A três, porque a norma veiculada pelo art. 100, caput, e §§ 1º, 3º e 5º, da CRFB é alusiva à execução por quantia certa, não atingindo a execução de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública e, portanto, não significando uma limitação do poder jurisdicional na imposição de medidas de coerção ou sub-rogação tendentes à satisfação da obrigação exequenda.

"A quatro, por que a recepção do limite da reserva do possível, do sistema jurídico germânico pelo ordenamento normativo brasileiro, não foi objeto de aclimações, negativas ou positivas, que possibilitariam a adequação do modelo jurídico ao quadro sociopolítico nacional.

"À guisa de epílogo, firmada a premissa da justiciabilidade dos direitos sociais, a qualificação e quantificação das prestações demandadas do Estado não são imunes à controvérsia doutrinária e jurisprudencial, em torno do conceito de mínimo existencial."

Por via de consequência, acolho a impugnação ao valor da causa, considerando que a demanda não encerra conteúdo econômico direto e mensurável neste momento, eis que, como bem salienta o próprio réu, pretende o autor cumprimento puro e simples de obrigação de fazer concernente em projeto de lei e fixação de plano de ação. Atribuo à causa, portanto, o valor de R\$ 1.000,00.

Por todo o exposto, presentes os elementos da probabilidade do direito e o perigo de dano, DEFIRO EM PARTE A TUTELA DE URGÊNCIA, para determinar que o réu que:

1) ao fim do prazo de vigência dos contratos administrativos descritos no item a supra, se abstenha de aditá-los, bem assim de celebrar novos contratos tendo por objeto a terceirização de mão-de-obra de agentes de educação infantil, ainda que sob terminologia diversa (como por exemplo auxiliares de atendimento à criança);

2) até o fim do prazo dos contratos descritos no item a ou em 6 (seis) meses - o prazo que for menor - apresente o devido PLANO DE AÇÃO, o qual deverá conter, no mínimo, os seguintes elementos: (i) número de cargos de agente de educação infantil existentes na estrutura do Município do Rio de Janeiro, de acordo com o PCCR e eventual legislação aplicável; (ii) quantidade de cargos de agente de educação infantil vagos; (iii) quantidade de cargos de agente de educação infantil atualmente ocupados, discriminando-se a natureza do vínculo (servidor público efetivo, cargo comissionado, contratação temporária e contratação por terceirização de mão-de-obra); (iv) quantidade de agentes

de educação infantil terceirizados nos anos de 2017 e 2018 (ainda que o contrato seja anterior a esses anos, mas ainda vigente neles), discriminando-se quantidades por contrato administrativo e prazo de validade de cada um; (v) mapeamento de carência da rede, discriminando-se necessidades de agentes de educação infantil por unidade escolar e por CRE, as quais, a seu turno, deverão levar em consideração, pelo menos, os parâmetros da Revisão das Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil 120, entre os quais se destaca a proporção de 6 a 8 crianças pro professor (no caso de crianças de zero a 1 ano), 15 crianças por professor (no caso de criança de 2 a 3 anos) e 20 crianças por professor (nos agrupamentos de crianças de 4 e 5 anos); (vi) cronograma de realização de concurso(s) público(s), contendo prazos para edital, inscrições, realização do(s) certame(s) (de provas ou provas e títulos), recursos, homologação e convocação dos aprovados, entre outros, em todo o caso levando-se em consideração tanto a carência da rede, diagnosticada no item v supra, quanto o número de agentes de educação infantil contratados por terceirização de mão-de-obra; (vii) previsão orçamentária, com cronograma financeiro estimado para custeio das despesas decorrentes do PLANO DE AÇÃO;

3) contemple, no PLANO DE AÇÃO e, em especial, no cronograma de realização de concurso(s) público(s), quantitativo de vagas que permita seja atingido, no mínimo, o percentual de 90% (noventa por cento) dos profissionais do magistério da educação infantil ocupantes de cargos de provimento efetivo e em exercício nas redes escolares a que se encontrem vinculados, na forma do PNE;

4) para fim do PLANO DE AÇÃO, exija, no mínimo, ensino médio, na modalidade normal, para a admissão ao cargo de agente de educação infantil;

5) adote todas as medidas necessárias à previsão, no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual, do orçamento necessário à execução do PLANO DE AÇÃO, em todos os anos previstos nesse, encaminhando ao Poder Legislativo, inclusive, as propostas de alteração que se fizerem necessárias, nos termos e nos prazos previstos nas disposições do artigo 166, parágrafo 5º, da Constituição da República;

6) preste informações pormenorizadas em 15 dias sobre todos os contratos atualmente vigentes em cada uma das 11 CRE's - e também na Secretaria Municipal de Educação, se houver - que tenham por objeto a terceirização de mão-de-obra de agentes de educação infantil, ainda que sob terminologia diversa (ex vi auxiliares de atendimento à criança), e em especial sobre: (i) em que data foi instaurado cada processo administrativo, com os respectivos números; (ii) se houve licitação ou não, e a modalidade; (iii) qual o número do contrato administrativo; (iv) quem é o(a) contratado(a), com dados qualificativos e para contato; (v) qual o seu objeto; (vi) qual o seu valor; (vii) qual o seu prazo de vigência;

Saliento, outrossim, que em nenhuma hipótese deverá haver descontinuidade do serviço de educação, devendo todas as medidas tendentes a cumprir a liminar ser informadas pelo Município ao Juízo até o julgamento final.

Diante da possibilidade de acordo com vistas a se encontrar a forma mais adequada de se atender ao interesse público defendido por ambas as partes, bem como adequar qualquer determinação desta decisão para maior efetividade no atingimento do seu objetivo, designo audiência de conciliação para o dia 28/08/2018 às 15h, devendo comparecer ao ato o Secretário Municipal de Educação ou quem o substitua, como poderes para transigir.

Sem prejuízo, em provas, justificadamente.

Intimem-se.



Rio de Janeiro, 17/07/2018.

Mirela Erbisti - Juiz Titular

Autos recebidos do MM. Dr. Juiz

Mirela Erbisti

Em ____/____/____

Código de Autenticação: **4ZUN.QLG1.JPVG.6W12**

Este código pode ser verificado em: www.tjrj.jus.br – Serviços – Validação de documentos

