



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação | Núcleo
Duque de Caxias

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE DUQUE DE CAXIAS/RJ

DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDENCIA AO PROCESSO N. 0055561-48.2017.8.19.0021

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, inscrito no CNPJ nº 28.305.936/0001-40, por intermédio da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva - Núcleo Duque de Caxias, apresentado pela Promotora de Justiça *in fine* firmado, onde recebe intimações legais e pessoais, no uso de suas atribuições legais, fulcrado nos artigos 127 e 129, III, da Constituição Federal de 1988 e nos artigos 1º e 5º da Lei n.º 7.347/85, vem propor a presente:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA, COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA

em face do **MUNICÍPIO DE DUQUE DE CAXIAS**, inscrito no CNPJ sob o número **29.138.328/0001-50**, estabelecido à Alameda Esmeralda, n.º 206, Jardim Primavera, Duque de Caxias, RJ, CEP n.º 25215-260, pelos fatos e fundamentos que se seguem, com lastro no inquérito civil em epígrafe que instrui a presente.

1. DA CONEXÃO COM A AÇÃO CIVIL PÚBLICA N. 0055561-48.2017.8.19.0021:

Em 19.09.2017, propôs o Ministério Público, por intermédio da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva, ação civil pública visando a nomeação dos candidatos aprovados em lista de espera no concurso regido pelo Edital n. 01/2015, para o cargo de assistente administrativo, haja vista a reiterada contratação de profissionais temporários por meio de Processos Seletivos Simplificados, em inobservância ao princípio do concurso público.

A demanda foi livremente distribuída para o Juízo 5ª Vara Cível de Duque de Caxias.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação | Núcleo
Duque de Caxias

Em 18.10.2017, propôs esta Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação ação civil pública ver nomeados professores I, II e especialistas, aprovados no mesmo concurso público e, igualmente, em lista de espera.

Na presente demanda, visa-se a convocação, nomeação e posse de candidatas aprovadas e aguardando convocação em lista de espera para o cargo de Estimulador-materno infantil, em razão da existência de profissionais contratados por meio de Processo Seletivo Simplificado no exercício de tais cargos/funções.

Assim, haja vista a identidade de partes e pedido (nomeação de candidatos aprovados no concurso público n. 01/2015), buscando evitar decisões contraditórias referentes ao mesmo certame, pugna o Ministério Público que seja reconhecida a conexão (art. 55, do Código de Processo Civil) entre a presente ação e aquelas já em trâmite nesta 5ª Vara Cível da Comarca de Duque de Caxias.

2. DOS FATOS:

Trata-se de ação civil pública com pedido de tutela de urgência, proposta a partir dos fatos apurados nos autos do inquérito civil n.º **2013.3769.02**, MPRJ n.º **2013.00439546**, no qual restou constatado que o Município de Duque de Caxias, através da Secretaria Municipal de Educação, realizou procedimento administrativo de seleção simplificada para a contratação de mão de obra típica de servidor efetivo, bem como renovou antigos contratos temporários em detrimento a candidatos regularmente aprovados e constantes do cadastro de reserva de concurso público para cargo de provimento efetivo.

O Município de Duque de Caxias, no ano de 2014, realizou o **Processo Seletivo Simplificado n.º 001/2014**, fundamentado, genericamente, no artigo 37, IX da CRFB/1988, na Lei municipal n.º 1.922/2005 e no Decreto n.º 5.537/2009. Neste, foram abertas vagas temporárias, das quais se destacam as denominadas "Agente de Creche I e Agente de Creche II" [doc. 01].

Para melhor visualização, segue abaixo quadro extraído do Edital do Processo Seletivo Simplificado n. 01/ 2014, contendo o quantitativo de vagas, os requisitos de escolaridade (ITEM 1.1 do Edital) e as atribuições (ITENS 2.10 e 2.11 do Edital), que totalizam 583 (quinhentos e oitenta e três), sendo eles [doc. 01]:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação | Núcleo
Duque de Caxias

Rua Prefeito José Carlos Lacerda, 1422 – 25 de agosto - Duque de Caxias / RJ.
CEP: 25.071-120 - Tel.: 2671-6612 / 2771-5870

AGENTE DE CRECHE I			
FORMAÇÃO	QUANTIDADE		
	VAGAS AMPLA CONCORRÊNCIA	VAGA RESERVADA PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	TOTAL
Nível Médio Completo	224	26	250
Área de atuação	Para todas as áreas da SME		
Requisito do Emprego: Diploma ou certificado, devidamente registrado, de conclusão de curso de Formação de Professores , em nível médio, expedido por instituição de ensino reconhecida pelo Ministério da Educação, Secretarias ou Conselhos Estaduais de Educação.			
AGENTE DE CRECHE II			
FORMAÇÃO	QUANTIDADE		
	VAGAS AMPLA CONCORRÊNCIA	VAGA RESERVADA PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	TOTAL
Nível Médio Completo	359	41	400
Área de atuação	Para todas as áreas da SME		
Requisito do Emprego: diploma ou certificado, devidamente registrado, de conclusão de curso de Formação de Professores , em nível médio, expedido por instituição de ensino reconhecida pelo Ministério da Educação, Secretarias ou Conselhos Estaduais de Educação.			

2.10 AGENTE DE CRECHE I: auxiliar os professores da Educação Infantil nas atividades de higiene, alimentação, recreação e outros cuidados específicos necessários às crianças na faixa etária atendida; e outras funções inerentes ao cargo.

2.11 AGENTE DE CRECHE II: auxiliar os professores da Educação Infantil nas atividades de higiene, alimentação, recreação e outros cuidados específicos necessários às crianças na faixa etária atendida; e outras funções inerentes ao cargo.

Ocorre que, **no ano seguinte, em 2015**, o Poder Executivo Municipal publicou o **Edital de Concurso Público n.º 001/2015**, no qual foram **disponibilizadas vagas para preenchimento de diversos cargos públicos de provimento efetivo e formação de cadastro de reserva, com validade até 29/10/2017**. Dentre os cargos, destaca-se o cargo de "Estimulador Materno Infantil" [doc. 02 A, B, C].

Do mesmo modo, para facilitar a compreensão, segue abaixo quadro contendo o quantitativo de vagas, os requisitos de escolaridade (ITEM 1 do Edital nº 001/2015) e as atribuições do cargo (Anexo III do Edital), no total de 50 (cinquenta) cargos, assim distribuídas [doc. 02 A]:

(...)

VAGAS 1º DISTRITO – CENTRO – DUQUE DE CAXIAS/RJ	AMPLA CONCORRÊNCIA	PcD**	NEGROS E ÍNDIOS	TOTAL
NÍVEL MÉDIO COM HABILITAÇÃO PARA MODALIDADE MAGISTÉRIO OU LICENCIATURA PLENA PARA SÉRIES INICIAIS				
Estimulador Materno-Infantil	14	2	4	20



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação | Núcleo
Duque de Caxias

VAGAS 2º DISTRITO – CAMPOS ELISEOS – DUQUE DE CAXIAS/RJ	AMPLA CONCORRÊNCIA	PcD**	NEGROS E ÍNDIOS	TOTAL
---	--------------------	-------	-----------------	-------

NÍVEL MÉDIO COM HABILITAÇÃO PARA MODALIDADE MAGISTÉRIO OU LICENCIATURA PLENA PARA SÉRIES INICIAIS				
---	--	--	--	--

Estimulador Materno-Infantil	7	1	2	10
------------------------------	---	---	---	----

VAGAS 3º DISTRITO – IMBARIÊ – DUQUE DE CAXIAS/RJ	AMPLA CONCORRÊNCIA	PcD**	NEGROS E ÍNDIOS	TOTAL
--	--------------------	-------	-----------------	-------

NÍVEL MÉDIO COM HABILITAÇÃO PARA MODALIDADE MAGISTÉRIO OU LICENCIATURA PLENA PARA SÉRIES INICIAIS				
---	--	--	--	--

Estimulador Materno-Infantil	7	1	2	10
------------------------------	---	---	---	----

VAGAS 4º DISTRITO – XERÉM – DUQUE DE CAXIAS/RJ	AMPLA CONCORRÊNCIA	PcD**	NEGROS E ÍNDIOS	TOTAL
--	--------------------	-------	-----------------	-------

NÍVEL MÉDIO COM HABILITAÇÃO PARA MODALIDADE MAGISTÉRIO OU LICENCIATURA PLENA PARA SÉRIES INICIAIS				
---	--	--	--	--

Estimulador Materno-Infantil	7	1	2	10
------------------------------	---	---	---	----

ESTIMULADOR MATERNO – INFANTIL

Planejar, junto com a Equipe Técnico-Administrativo-Pedagógica, as atividades a serem executadas, numa perspectiva coletiva e integradora a partir das orientações e diretrizes da Secretaria Municipal de Educação; auxiliar o Professor Regente, de forma eficaz, nas atividades pedagógicas ou outras que lhe forem solicitadas; possibilitar a ampliação das experiências e conhecimentos das crianças fortalecendo sua identidade à medida que considera saberes e valores culturais que ela possui, então refletir e construir novos conhecimentos; preservar a organização e higiene do ambiente e de materiais usados pelos educadores e pelas crianças; responsabilizar-se pela higiene da criança, desenvolvendo hábitos e atitudes saudáveis; permanecer junto às crianças zelando por sua segurança, inclusive no horário determinado de descanso das mesmas; colaborar com a Equipe de Saúde na administração de medicamentos e primeiros socorros; comunicar a Equipe Diretiva os casos de suspeita ou de doenças infectocontagiosas para os devidos encaminhamentos; manter contato direto com a mãe ou responsável no momento da chegada da criança à Creche e do encerramento das atividades do dia; ajudar na distribuição das refeições para que o ambiente seja adequado ao bom aproveitamento alimentar das crianças; zelar pelo bom funcionamento da creche mantendo uma conduta compatível com o ato de educar; selecionar, pesquisar e estudar assuntos específicos de seu campo de trabalho, procurando manter-se atualizado quanto ao processo de desenvolvimento infantil; participar de cursos, seminários, palestras promovidas pela Creche, pela Secretaria Municipal de Educação e Instituições Educacionais. Comunicar à Equipe Diretiva os casos de suspeita ou constatação de maus-tratos aos alunos para os devidos encaminhamentos, conforme estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Neste diapasão, constata-se que o Município Réu realizou procedimento simplificado (Edital 001/2014) com previsão de contratar profissionais para exercerem, em caráter temporário, função de Agente de Creche I e II, cujo requisito era o diploma ou certificado, devidamente registrado de conclusão de curso de Formação de Professores, em nível médio, expedido por instituição de ensino reconhecida pelo Ministério da Educação, Secretarias ou Conselhos Estaduais de Educação.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação | Núcleo
Duque de Caxias

Em seguida, em 2015, deflagrou Concurso Público (Edital 001/2015) para suprir cargos vagos de Estimulador Materno Infantil **com os mesmos requisitos e funções que abarcam aquelas**.

Assim sendo, denota-se que o Réu empregou denominações diversas nos editais de processo seletivo simplificado, digam-se, "Agente de Creche I e Agente de Creche II", para o cargo de Estimulador Materno Infantil previsto no edital de concurso público n.º 001/2015.

Desta forma, ao analisar as funções exercidas pelas agentes de creche (I e II) e pelas estimuladoras materno-infantis, conclui-se pela identidade das atribuições. Logo, é de clareza solar que a efetiva necessidade do Município é de 583 (quinhentos e oitenta e três) vagas e não 50, como aquelas oferecidas em concurso público [doc. 03].

Observe-se que até outubro de 2016¹, a quantidade de profissionais contratados temporariamente para a função de Agentes de Creche I e II era de 481 (quatrocentos e oitenta e um) [doc. 03].

Em contraste com esta realidade, no concurso n.º 001/2015 foram oferecidas apenas 50 (cinquenta) vagas de Estimulador materno-infantil [doc. 02], o que configura uma enorme discrepância, tendo em vista as diversas renovações dos contratos temporários para Agentes de Creche I e II, que exercem as mesmas funções de estimulador materno infantil, conforme ofício encaminhado pela Secretaria Municipal de Educação ao Ministério Público, com diferenças sutis de carga horária e remuneração. Confessadamente, até agosto de 2017, há 583 (quinhentos e oitenta e três) contratos de Agentes de Creche I e II [doc.04].

Diga-se: conforme preceitua a CRFB/88, todo cargo público deve ser criado por lei. A mera abertura de um número expressivo de vagas em processo simplificado de contratação temporária, com funções típicas de cargo público, não é suficiente para criá-lo. Não se pode confundir "cargos vagos" com vagas abertas em processo simplificado, sob pena de transudarmos a forma constitucional de criação de cargos públicos. No entanto, haja vista a discrepância entre o número de cargos oferecidos para preenchimento por concurso público e os contratos temporários em vigor, extrai-se que, caso inexistam, no quadro da Secretaria Municipal de Educação, cargos em número suficiente para provimento, é preciso que as medidas administrativas e legislativas necessárias para sua criação sejam adotadas imediatamente.

Em 2015, com abertura de Concurso Público, a Administração demonstrou a necessidade de preenchimento de cargos públicos vagos. Assim, os candidatos aprovados devem ser chamados, ainda que em cadastro de reserva, para ocuparem os cargos que

¹ <http://transparencia.duquedecaxias.rj.gov.br/portal/images/arquivos/docs/remuneracao/FopagOut16.pdf>
Última atualização do portal da transparência do Município de Duque de Caxias (Acesso em 24.10.2016)



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação | Núcleo
Duque de Caxias

estejam vagos, estando ou não em quantitativo igual às vagas ocupadas pelo processo simplificado.

Para o fim de obter solução extrajudicial para a ilegalidade estampada nos autos, que afronta o princípio do concurso público, inserido no art. 37, inciso II, da CR/88, princípio da eficiência da Administração Pública e do Direito à Educação, além de configurar, a um só tempo, crime de responsabilidade e ato de improbidade administrativa, o MPRJ designou reunião para propor a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, promovendo, para tanto, a notificação das autoridades necessárias.

Na data aprezada pelo MPRJ, no entanto, o Sr. Prefeito não se fez presente na reunião designada, o que impediu por completo a celebração do ajuste necessário a solução do problema. Compareceu apenas a Exma. Sra. Secretária Municipal de Educação, acompanhada do Procurador Geral do Município, para os quais foram expostos os problemas ora judicializados, além de outros ainda pendentes de solução [doc.05].

Na oportunidade, entretanto, o Parquet sugeriu a assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta, apresentando, inclusive, minuta para análise do Município Réu [doc. 06]. Findo o prazo para análise de minuta apresentada, ficou-se inerte o réu [doc. 07].

Ainda na referida reunião, o Procurador Geral do Município, instado a manifestar-se acerca do cargo de estimulador materno-infantil e dos contratados temporários como Agentes de Creches I e II, informou que, por razões orçamentárias, o Município não pretende nomear os Estimuladores materno-infantis que aguardam convocação em lista de espera.

Na mesma oportunidade, a Diretora Jurídica da Secretaria Municipal de Educação esclareceu que, embora as funções de agente de creche I e II sejam as mesmas do estimulador materno infantil, a carga horária é distinta. De fato, analisando-se o edital do Procedimento Seletivo Simplificado nº 01/2014 e do Concurso Público nº 01/2015, a carga horária do Agente de Creche I é 30 (trinta) horas, do Agente de Creche II, 40 (quarenta) horas e do Estimulador materno-infantil, 40 (quarenta) horas [doc. 01 e 02]. Portanto, no que diz respeito à carga horária, não há qualquer prejuízo para o Município Réu, ou para os alunos da rede municipal de ensino, a nomeação dos candidatos aprovados, em substituição dos profissionais contratados.

Apesar de tais assertivas, atualmente, o Município réu mantém a contratação temporária de 583 (quinhentos e oitenta e três) profissionais para exercer a atividade de Agentes de Creche I e II [doc. 04].

Forçoso concluir que todas as funções de natureza temporária estão travestidas de nome diferentes (agente de creche I e II), porém, em seus âmagos, convergem à natureza do cargo de provimento efetivo de Estimulador materno infantil, previsto no edital n.º 001/2015.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação | Núcleo
Duque de Caxias

Nesse ínterim, foram acostadas aos autos diversas notícias de fato no sentido de que o Réu **estaria renovando as contratações temporárias de agentes de creche**, porém, no edital do concurso **n.º 001/2015** só ofereceu 05 (cinquenta) vagas de estimulador materno [doc. 08].

Assim sendo, destaca o Ministério Público que restaram infrutíferas as tentativas extrajudiciais de adequar a conduta do Ente Público, ora Réu, aos princípios da legalidade, eficiência e do concurso público, por inobservância o requisito de excepcionalidade de interesse público previstos no artigo 37, IX, da CRFB/1988 e no artigo 2º, IV, da Lei Municipal n.º 1.922/2005, além de ajustar o descumprimento expresso do § 1º do artigo 2º da lei Municipal n.º 1.922/2005.

Diante do exposto, resta ao Ministério Público requerer a concessão de tutela de urgência, visando o acesso dos candidatos inscritos no cadastro do reserva do Edital n.º 001/2015 aos cargos vagos, devidamente criados por lei, de provimento efetivo de estimulador materno infantil, ilegalmente ocupados por profissionais contratados temporariamente com a nomenclatura de agente de creche I e agente de creche II, e, no mérito, a declaração de ilegalidade do processo seletivo simplificado n.º 001/2014 e de todos os contratos celebrados e renovados após a homologação do concurso público n.º 001/2015.

3. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

3.1 – Da Violação aos Princípios da Legalidade, do Concurso Público e da Eficiência.

De nada valeria a Constituição assegurar que o acesso ao cargo público se dá por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos, se o legislador infraconstitucional e o Administrador Público pudessem, livre e indiscriminadamente, realizar contratações por prazo determinado, em substituição aos cargos de provimento efetivo que somente podem ser providos mediante a realização de concurso público.

É de ser coibido o abuso do Administrador ao violar o comando constitucional, subvertendo as regras vigentes em nosso ordenamento jurídico ao fazer da regra exceção e tornar a exceção como regra geral, ou seja, a frequência com que vem sendo feitas as contratações diretas para cargos temporários e a excepcionalidade da realização de concurso público.

A subversão de valores e a conseqüente violação ao princípio da legalidade, do concurso público e da eficiência estão ocorrendo no município ora Réu, haja vista que as renovações contratuais dos cargos de “agente de creche I e agente de creche II”, previsto no Edital n.º 001/2014, não preenchem os requisitos de excepcionalidade de interesse público previstos no artigo 37, IX, da CRFB/1988 e no artigo 2º, IV, da Lei Municipal n.º



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação | Núcleo
Duque de Caxias

1.922/2005, além de descumprir expressamente o § 1º do artigo 2º da lei Municipal n.º 1.922/2005, sendo eles:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

*IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para **atender a necessidade temporária de excepcional interesse público**;" (Grifo nosso)*

"Art. 2º Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:

IV – atendimento a situações de ordens administrativas internas que importem risco a pessoas, bens ou serviços;

*§ 1º. **Ficam resguardados os direitos dos concursados à chamada prioritária sobre os contratados.**" (Grifo nosso)*

Quanto aos requisitos necessários para se deflagrar uma contratação temporária, se faz necessário trazer a baila os ensinamentos do mestre José dos Santos Carvalho Filho:

"O regime especial deve atender a três pressupostos inafastáveis.

*"O primeiro deles é a **determinabilidade temporal** da contratação, ou seja, os contratos firmados com esses servidores devem ter sempre prazo determinado, contrariamente, aliás, do que ocorre nos regime estatutário e trabalhista, em que a regra consiste na indeterminação do prazo da relação de trabalho.*

*"Depois, temos o pressuposto da **temporiedade da função**: a necessidade desses serviços deve ser sempre temporária. **Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes. Está, por isso, descartada a admissão de servidores temporários para o exercício de funções permanentes**; se tal ocorrer, porém, haverá **indisfarçável simulação e a admissão será inteiramente inválida**. Lamentavelmente, algumas Administrações, insensíveis (para dizer o mínimo) ao citado pressuposto, tentam fazer contratações temporárias para funções permanentes, em flagrante tentativa de fraudar a regra constitucional. Tal conduta, além de*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação | Núcleo
Duque de Caxias

dissimular a ilegalidade do objetivo, não pode ter outro elemento mobilizador senão o de favorecer alguns apaniguados para ingressarem no serviço público sem concurso, o que caracteriza inegável desvio de finalidade.

*"O último pressuposto é a **excepcionalidade** do interesse público que obriga ao recrutamento. Empregando o termo excepcional para caracterizar o interesse público do Estado, a Constituição deixou claro que **situações administrativas comuns não podem ensejar o chamamento desses servidores**. Portanto, pode-se dizer que **a excepcionalidade do interesse público corresponde à excepcionalidade do próprio regime especial**. Algumas vezes o Poder Público, tal como sucede com o pressuposto anterior e em regra com o mesmo desvio de poder, simula desconhecimento de que a excepcionalidade do interesse público é requisito inafastável para o regime especial" (Manual de Direito Administrativo. 9ª edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, pp. 478/479 – alguns grifos são nossos).*

Sobre o tema, não se encontra o mestre acima solitário na doutrina pátria, eis que o Prof. Cretella Júnior também leciona:

*"Há, com efeito, **necessidades permanentes e temporárias**. No **primeiro caso, o cargo ou emprego deverá ser provido por concurso público** de provas ou de provas e títulos. É a regra geral, no funcionalismo. **Se, entretanto, a necessidade é temporária, a prestação acidental e ad hoc do serviço público pode ser feita mediante contrato** — entre o Estado e o agente público —, acordo que fixe a data do desligamento. É a exceção, no campo do funcionalismo. Neste caso, atingido o prazo convencionado, resolve-se o contrato, pelo rompimento do vinculum iuris entre o agente público e o Estado" (JUNIOR, José Cretella. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 4, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 2203).*

Aliás, o Egrégio **Supremo Tribunal Federal** já teve o ensejo de assentar a inconstitucionalidade de norma que autorizava a contratação temporária para o exercício de função permanente, como se pode ver no Informativo 233, *in verbis*:

"Deferido pedido de liminar em ação direta ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores para suspender, até decisão final, a eficácia da alínea c do inciso VI do art. 2º da Lei nº 8.745/93, na redação dada pela Lei nº 9.849/99, que autoriza a contratação temporária de servidores



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação | Núcleo
Duque de Caxias

*para a atividade de análise e registro de marcas e patentes pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, por doze meses, mediante análise do curriculum vitae. **O Tribunal, à primeira vista, reconheceu a plausibilidade jurídica da tese de inconstitucionalidade por ofensa ao art. 37, IX, da CF ('a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público'), uma vez que o cargo a ser preenchido consubstancia uma atividade pública permanente a ser desempenhada por servidores públicos devidamente concursados (CF, art. 37, II), não se configurando, pois, como necessidade temporária de excepcional interesse público. Precedente citado: ADInMC nº 2.125-DF (DJU de 29.9.2000). ADInMC nº 2.380—DF, rel. Min. Moreira Alves, 20.6.2001. (ADI - 2380)" - grifamos.***

Por ocasião do julgamento da ADIn n.º 2.125-7 asseverou nossa Corte Constitucional, por intermédio do Min. Maurício Corrêa:

"Necessidade temporária de excepcional interesse público não pode ser escudo a justificar a contratação temporária ampla e irrestrita de servidores, a pretexto da permissão prevista no inciso IX do artigo 37 da Carta de 1988, em evidente usurpação de cargos específicos e típicos de carreira" (acórdão integralmente publicado na Revista Interesse Público nº 9, p. 291 - confira-se, no mesmo sentido: RE n 168.566/RS, Informativo STF nº 274 e ADInMC nº 2.229/ES, Informativo nº 202). - grifamos

Vê-se que nossa Corte Constitucional vem, acertadamente, considerando afrontosa à Carta Política a contratação temporária de servidores públicos para o exercício de funções permanentes quando não observada a transitoriedade da contratação e a excepcionalidade do interesse público, conforme afirmado pela Ministra Carmem Lúcia:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º, INC. VII, DA LEI 6.915/1997 DO ESTADO DO MARANHÃO. CONTRATAÇÃO DE PROFESSORES POR TEMPO DETERMINADO. INTERPRETAÇÃO E EFEITO DAS EXPRESSÕES "NECESSIDADE TEMPORÁRIA" E "EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO". POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA SUPRIR ATIVIDADES PÚBLICAS DE NATUREZA PERMANENTE. TRANSITORIEDADE CARACTERIZADA. PARCIAL PROVIMENTO DA AÇÃO. 1. A natureza permanente de algumas atividades públicas - como as desenvolvidas nas áreas da saúde, educação e segurança pública - não afasta, de plano, a autorização constitucional para contratar servidores destinados a suprir



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação | Núcleo
Duque de Caxias

*demanda eventual ou passageira. Necessidade circunstancial agregada ao excepcional interesse público na prestação do serviço para o qual a contratação se afigura premente autoriza a contratação nos moldes do art. 37, inc. IX, da Constituição da República. 2. A contratação destinada a atividade essencial e permanente do Estado não conduz, por si, ao reconhecimento da alegada inconstitucionalidade. **Necessidade de exame sobre a transitoriedade da contratação e a excepcionalidade do interesse público que a justifica.** 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição.” ADI 3247 / MA - MARANHÃO - Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA -Julgamento: 26/03/2014. – grifamos.*

Conforme se denota dos autos, as contratações as quais o *Parquet* requer a *declaração de ilegalidade* não preenchem os requisitos da excepcionalidade do interesse público e da transitoriedade, já que renovados e celebrados após a homologação e durante a vigência de concurso público que visa a suprimir a carência de estimulador materno infantil na Secretaria Municipal de Educação.

Sabe-se que o Município de Duque de Caxias possui carência de empregos, todavia, jamais se poderia utilizar a Administração Pública como berço para abarcar parcela dos munícipes desempregados, promovendo-se um inchaço na folha de pessoal em detrimento de candidatos aprovados em concurso público constante do cadastro de reserva, uma vez que tal atitude representa violação expressa ao princípio da legalidade por inobservância do §1º do artigo 2º da Lei Municipal n.º 1.922/2005.

Por outro lado, também não deve prosperar a possível argumentação defensiva do réu no sentido de que os candidatos aprovados em concurso público, constante do cadastro de reserva, não teriam direito líquido e certo à convocação, **haja vista que sobre o tema o Supremo Tribunal Federal se manifestou assegurando ser direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas**, proferindo os acórdãos cujas ementas se reproduzem:

"A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de 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 dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas 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.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação | Núcleo
Duque de Caxias

*Assim, 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 nos termos acima.** (RE 837311, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgamento em 9.12.2015, DJe de 18.4.2016, com repercussão geral - tema 784)*

"Ementa: (...) 1. No RE 607.590, o STF, por força da Resolução TSE n.º 21.832/2004, excepcionalmente reconheceu o direito dos reclamantes, integrantes de cadastro de reserva de concurso público para ingresso nos quadros do TRE/PR, o direito à nomeação, devido à criação de cargos durante o prazo de validade do certame." (Rcl 21507 AgR, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgamento em 2.2.2016, DJe de 24.2.2016)

O concurso público é o meio por excelência, a regra, da qual o Administrador não pode se afastar, à contratação de servidores públicos. Se eventualmente mais oneroso, é este o preço que a sociedade paga para ver garantido o acesso igualitário de todos os cidadãos a cargos e empregos públicos.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 37, incisos I e II e §2º, impõe ao Administrador, para fins de investidura primária em cargo ou emprego público, a aprovação prévia em CONCURSO PÚBLICO de provas ou de provas e títulos, garantido o acesso aos mesmos a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como os estrangeiros, na forma da lei, sob pena de nulidade do ato e punição da autoridade responsável.

Sob outro prisma, há de ser esclarecido que a exigência de concurso público para o provimento de cargos não foi mero capricho do Constituinte. A intenção de tal obrigatoriedade constituiu grande avanço na gestão da coisa pública, pois não se trata somente de concretização do princípio da impessoalidade, mas também do princípio da eficiência, haja vista que o **concurso público impõe ao Administrador a escolha das pessoas com melhor qualificação para o desempenho de funções públicas**, o que não é observado pelo Réu.

Diante do exposto, constata-se que as contratações diretas em apreço desafiam a ordem jurídico-constitucional, não se podendo mais tolerar que elas permaneçam válidas



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação | Núcleo
Duque de Caxias

nem que continuem produzindo seus regulares efeitos, cabendo sua anulação, por ilegalidade, por parte do Poder Judiciário.

4. DA TUTELA DE URGÊNCIA:

Conceder tutela de urgência é uma forma de resguardar os interesses difusos tutelados por intermédio de ação civil pública, regra que deve ser hoje conjugada ao que estabelece o art. 300 do Código de Processo Civil.

Na presente hipótese, os requisitos para a caracterização da urgência estão presentes, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Com efeito, a contratações sem prévio concurso público estão amplamente configuradas através das afirmações feitas nos autos do Inquérito Civil que instruem a presente, bem como a preterição dos candidatos que foram devidamente aprovados e que estão aguardando as respectivas convocações, do que resulta, por conseguinte, a certeza - não a mera verossimilhança - de tudo quanto alegado pelo autor, nos termos e para os fins previstos no art. 300 do Código de Processo Civil. A burla à norma constitucional é evidente e está devidamente comprovada. O *fumus boni iuris*, portanto, salta aos olhos.

Há, por outro lado, fundado receio de dano irreparável ao patrimônio público se não concedida a tutela de urgência aqui perseguida, advindo o *periculum in mora* dos prejuízos ininterruptos que a atual situação causa ao patrimônio público em benefício de felizardos contratados diretamente pela Administração sem passar pela prévia habilitação do Concurso Público, lesionando os princípios constitucionais e as normas infraconstitucionais.

E a lesão, no caso, não é apenas de cunho patrimonial. Com efeito, a situação atual também afeta seriamente os princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade, vetores de atuação da administração pública, substituindo a exigência constitucional contida no art. 37, inciso II, subvertendo, outrossim, a regra contida no art. 37, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil.

Sem embargo da certeza de que os argumentos supra serão acolhidos em sede de pronunciamento jurisdicional final, há que se garantir que não haverá malogro à defesa dos princípios constitucionais que regem a atividade administrativa, em especial a moralidade, a legalidade, a impessoalidade e a eficiência.

Certo é que, caso permaneça a situação atual enquanto perdurar o feito, o direito material tutelado corre sério risco de mácula, pois os contratos temporários e a inobservância dos preceitos constitucionais e legais continuarão sendo violados, os candidatos aprovados para vagas pra preenchidas a título precário continuarão sem ser chamados e o dinheiro público continuará sendo gasto de forma equivocada.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação | Núcleo
Duque de Caxias

Por fim, a validade do Concurso Público de 2015 terminará em 29.10.2017, o que ressalta ainda mais a urgência pleiteada.

Assim, há que se garantir a efetividade da tutela jurisdicional final, o que somente se poderá fazer com o deferimento das seguintes medidas de urgência, em caráter liminar, para:

1. determinar a suspensão de todos os atos administrativos editados pelo Município de Duque de Caxias decorrentes do Processo simplificado de 2014, a partir de 29 de outubro de **2015**, data a partir da qual os candidatos aprovados no Concurso Público n. 001/2015 deveriam ter sido investidos nos respectivos cargos, que importem na contratação temporária ou direta de profissionais para os mesmos cargos objeto dos certames realizados;
2. determinar ao Município que encaminhe a este D. Juízo, no prazo de 72 h (setenta e duas horas) a relação de **todos** os cargos de Estimulador materno-infantil, de Agente de Creche I e II, que se encontram preenchidos por contratação temporária, na Secretaria Municipal de Educação, além de todas as leis municipais que os criaram, com seus respectivos quantitativos, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia de descumprimento, de responsabilidade do Ente Público e do Prefeito Municipal;
3. determinar ao Município que se abstenha de realizar contratações temporárias e renovações de contratos temporários para desempenho das funções de "Agente de Creche I e Agente de Creche II", ou quaisquer outras equivalentes, mas com denominações variáveis desempenhando as mesmas funções permanentes, seja por meio de portaria ou qualquer outra forma de recrutamento direto ou através de terceiro, aí compreendendo fundação, ONG, Instituto ou outro título que o valha, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais), de responsabilidade do Ente Público e do Prefeito Municipal, por dia de descumprimento e pessoa contratada;
4. determinar ao Município que, no prazo de 10 (dez) dias, a contar da data da intimação, sejam nomeados e empossados os candidatos aprovados no Concurso Público de 2015, ainda que em cadastro de reserva, em substituição aos profissionais contratados temporariamente para o exercício das funções de agentes de creche I e II, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais), de responsabilidade do Ente Público e do Prefeito Municipal, por dia de descumprimento;
5. caso não haja cargos públicos vagos em número suficiente para substituição dos profissionais contratados pelos candidatos aprovados a serem nomeados (item 4), que seja determinado que o Município adote as medidas administrativas e legislativas necessárias para a criação dos cargos em número suficientes para tal, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, sob pena de multa de R\$ 1.000,00, por dia de atraso, de responsabilidade do Ente Público e do Prefeito Municipal ou do Presidente da Câmara de Vereadores, de acordo com a responsabilidade a ser cumprida;



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação | Núcleo
Duque de Caxias

6. Intimação pessoal do Prefeito do Município de Duque de Caxias, para dar integral cumprimento a decisão de tutela de urgência.

4. DA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA:

Ora bem, ainda que se desconsidere o lastro probatório coligido pelo Ministério Público, há que se considerar lição nodal da moderna Doutrina do Direito Processual Civil, qual seja: em sede de ação civil pública, especialmente aquela movida pelo Ministério Público (já que o faz em nome e em prol da sociedade), INVERTE-SE OBRIGATORIAMENTE O ÔNUS DA PROVA EM FAVOR DO AUTOR.

O douto Professor Titular de Teoria Geral do processo da UERJ, PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO assim asseverou, *in verbis*:

“A questão relativa à distribuição do ônus da prova nas ações civis públicas em geral é tormentosa.

Não é raro ocorrer, principalmente pelo tipo de interesse em jogo, como exemplificativamente: meio ambiente, consumidor, direitos sociais e outros, a grande dificuldade encontrada pelo autor da ação civil pública para demonstrar com precisão os fatos relevantes que interessam à prova do direito.

Fala-se especificamente no campo do Direito do Consumidor, em decorrência da existência de dois dispositivos legais (artigo 6º, VIII e artigo 38, ambos do CDC), da possibilidade do juiz inverter o ônus da prova.

Sem entrar no exame do alcance e do real significado desses dispositivos legais anteriormente mencionados, que mais confundem do que auxiliam, o juiz, em qualquer hipótese, consumidor ou outro direito difuso, não poderá exigir a prova do fato relevante da parte que não tenha condições de efetuar-la. Nestas hipóteses, **DEVERÁ DETERMINAR A INVERSÃO DO ÔNUS** (...)

Os exemplos acima mencionados estão aqui a indicar que **o juiz nas ações civis públicas deve, na dúvida, em princípio, considerar como bom o direito do autor**, sacrificando o do réu, porque o interesse coletivo, em regra, é mais valioso do que o individual. Aliás, este tipo de opção ocorre a todo momento em outros ramos do direito processual, como nas ações penais, nas quais prevalece o brocardo *in dubio pro reu.*” (*in* “Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública”, pp. 119-120 e 125, editora Forense, RJ, 1999)



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação | Núcleo
Duque de Caxias

Não é diferente a visão do eminente professor de Direito Internacional Público do Instituto Rio-Branco - Ph.D(Cambridge) - ANTÔNIO CANÇADO TRINDADE, em sua excelente obra "A Proteção Internacional dos Direitos Humanos", *verbi gratia*:

"O importante item do ônus da prova quanto ao esgotamento de recursos internos encontra-se naturalmente relacionado a algumas das outras questões processuais revistas no presente estudo. (...) pode-se inferir que o onus probandi quanto ao esgotamento de recursos internos se distribua entre reclamante e reclamado(...) a jurisprudência da Comissão Europeia de Direitos Humanos muito evoluiu, desde a década de cinquenta em que se fazia incidir sistematicamente sobre o reclamante o ônus da prova sobre o esgotamento de recursos internos." (op. cit., p. 196, editora SBERJ, 1988, RJ).

Neste diapasão, diante da desatualização do portal da transparência do Município réu (<http://transparencia.duquedecaxias.rj.gov.br/portal/index.php/relatorio-remuneracao-de-servidores/2-uncategorised/912-remuneracao-prefeitura-de-duque-de-caxias>), que somente permite acesso aos dados de quantitativo de servidores até outubro de 2016, e considerando que as informações necessárias para ratificar e atualizar os dados sobre o quantitativo de cargos e a real carência de estimuladores maternos infantis na Secretaria Municipal de Educação se encontra com o próprio Réu, pessoa jurídica de direito público, requer o Ministério Público a concessão de provimento jurisdicional concedendo a inversão do ônus probatório.

4- DOS PEDIDOS E DOS REQUERIMENTOS ACESSÓRIOS:

Postula o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro:

- 1- que seja recebida a petição inicial e **deferida a conexão** da presente demanda com aquela já proposta pelo Ministério Público, de n. 0055561-48.2017.8.19.0021, em andamento no Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Duque de Caxias, em respeito ao disposto no art. 55, do Código de Processo Civil;
- 2- Em seguida, recebida a inicial, INAUDITA ALTERA PARTE, sejam concedidas todas as tutelas de urgência acima especificadas;
- 3- Após, a citação do réu para, querendo, contestar a presente ação, que deverá seguir o rito ordinário, no prazo legal e sob pena de revelia e confissão;



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação | Núcleo
Duque de Caxias

4- A realização da audiência prévia de conciliação, prevista no art. 334, do Código de Processo Civil, presidida pelo Magistrado;

5- inversão do ônus de prova em prol do autor coletivo;

Ao final, o MINISTÉRIO PÚBLICO elabora os seguintes PEDIDOS:

6- Seja o Réu condenado ao pagamento de honorários de sucumbência ao Fundo Especial do Ministério Público, arbitrados em 20% sobre o valor da causa, nos termos da Lei Estadual nº 2.819 de 07.11.97, regulamentada pela Resolução GPGJ nº 801 de 19.03.1998;

7- Seja confirmada a tutela de urgência concedida, julgando-se procedente o pedido para:

a. anular todas as Portarias ou ato administrativo equivalente, editados pelo Município de Duque de Caxias, que importaram na contratação temporária ou direta de profissionais provenientes do Processo Seletivo Simplificado realizado no ano de 2014, a partir de 29 de outubro de 2015, data em que os candidatos aprovados no Concurso Público n. 001/2015, deveriam ter sido investidos nos respectivos cargos;

b. condenar o Município em obrigação de fazer, consistente em nomear e empossar 583 (quinhentos e oitenta e três) candidatos aprovados de estimulador materno infantil, constantes do cadastro de reserva do Concurso Público de 2015, em substituição aos profissionais contratados temporariamente para o exercício da função de agentes de creche I e II, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais), de responsabilidade do Ente Público e do Prefeito Municipal, por dia de descumprimento;

c. condenar o Município em obrigação de não fazer, consistente em não realizar processo seletivo simplificado para contratação temporária de pessoas para exercerem funções típicas de agente de creche existentes na Secretaria Municipal de Educação, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais), de responsabilidade do Prefeito e do Ente Público, por dia de descumprimento e;

d. condenar o Município em obrigação de fazer de adotar todas as medidas administrativas e legislativas necessárias para criação dos cargos públicos de Estimuladores materno-infantis necessários para cumprimento da determinação contida no item "b", acima, no prazo de 90 (noventa) dias, sob pena de multa de responsabilidade do Ente Público, do Prefeito ou do Presidente da Câmara de Vereadores, de acordo com a obrigação a ser cumprida.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação | Núcleo
Duque de Caxias

Dá-se à causa o valor de R\$ 10.000.00 (dez mil reais), apenas para efeitos fiscais, haja vista o valor inestimável sobre o qual opera a demanda.

Informa, para fins do artigo 180 do CPC, para remessa de autos e para intimação pessoal do Promotor de Justiça, que a Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação - Núcleo Duque de Caxias possui gabinete situado na Rua General Dionísio, Quadra nº 115, 6º andar, bairro Jardim 25 de Agosto, Duque de Caxias/RJ, CEP 27.075-095, para todos os atos do processo, nos termos do art. 41, inc. IV, da Lei n. 8.625/93 e do art. 82, inc. III, da Lei Complementar n. 106/03 do Estado do Rio de Janeiro.

Duque de Caxias, 24 de outubro de 2017.

Elayne Christina da Silva Rodrigues
Promotora de Justiça - Matrícula 2504