



Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
Agravado: ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
Relator: Des. Custodio de Barros Tostes

## ACÓRDÃO

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADMINISTRATIVO. ULTIMAÇÃO DA POSSE DE APROVADOS EM CONCURSO PARA PROFESSOR DA REDE DE ENSINO ESTADUAL, JÁ CONVOCADOS E LIBERADOS PELO EXAME DE ADMISSÃO. CRISE ECONÔMICA QUE NÃO PODE SER ALÇADA A TABU INTRANSPONÍVEL, DE MODO A JUSTIFICAR MAIOR VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. NECESSIDADE DE ANALISAR A DEMANDA À LUZ DAS NORMAS APLICÁVEIS, ANTES DE SUBMETÊ-LA A CONSEQUENCIALISMO PARALISANTE. POSSIBILIDADE DE O JUDICIÁRIO IMPOR AO EXECUTIVO A CONDUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUANDO EMPENHADO NA CONSECUÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. *RATIO* EXTRAÍVEL DA TESE FIRMADA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL Nº 592.581. (IN)DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA A IMPOR AS CHAMADAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” (*TRAGIC CHOICES*). IMPOSITIVA OBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO DE PRIORIDADE À EDUCAÇÃO PREVISTO PELO ARTIGO 212 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. BOM DIREITO QUE TAMBÉM SE FIRMA NO PLANO DA LEGALIDADE ESTRITA. AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO MATERIAL À INVESTIDURA DOS CANDIDATOS.**



Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000

**INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 8º, I DA LEI COMPLEMENTAR Nº 159/2017 E DO ART. 4º DA LEI ESTADUAL Nº 7.629/17. DISPOSITIVOS QUE, VERSANDO A CRIAÇÃO DO REGIME DE RECUPERAÇÃO FISCAL DOS ESTADOS, PERMITEM A REPOSIÇÃO DAS VACÂNCIAS E NOMEAÇÃO DOS APROVADOS EM CERTAME CUJA DATA DE HOMOLOGAÇÃO SEJA ANTERIOR A JUNHO DE 2016. POR OUTRO LADO, OS CANDIDATOS JÁ CONVOCADOS TÊM DIREITO ADQUIRIDO À POSSE. TESE FIRMADA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL Nº 837.311. NECESSIDADE DA MÃO DE OBRA EXPRESSAMENTE EXPLICITADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO CONVOCÁ-LOS PARA PERÍCIA OFICIAL. PRECEDENTES DESTE EG. TJRJ EM AÇÕES INDIVIDUAIS VERSANDO A MESMA PRETENSÃO. AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO PROCESSUAL À LIMINAR. JURISPRUDÊNCIA DO COL. STJ SOBRE A INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 1º, §3º DA LEI 8.437/92 À HIPÓTESE DE NOMEAÇÃO DE APROVADO EM CONCURSO. IRREVERSIBILIDADE QUE É ÍNSITA ÀS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS E DEVE SER SÓPESADA PELO MAGISTRADO NO CASO CONCRETO. MEDIDAS DE MITIGAÇÃO DO *PERICULUM* INVERSO QUE DEVEM SER ADOTADAS. POSTERGAÇÃO DA EFICÁCIA DA LIMINAR PARA O INÍCIO DO PRÓXIMO ANO LETIVO A FIM DE PERMITIR O PLANEJAMENTO DA DESPESA E AGUARDAR OS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO FISCAL JÁ INICIADA. ESCALONAMENTO DAS CONVOCAÇÕES EM TRÊS CHAMADAS, TODAS COM O MESMO NÚMERO DE CANDIDATOS, NOS MESES DE**



Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000

**JANEIRO, MAIO E SETEMBRO.  
SUBSTITUIÇÃO DAS ASTREINTES  
POSTULADAS PELA FISCALIZAÇÃO DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO. CONCENTRAÇÃO  
DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS EM UM ÚNICO  
PROCESSO DE MODO A GARANTIR A  
SEGURANÇA E HOMOGENEIDADE  
JURÍDICAS. PARECER DA D.  
PROCURADORIA DE JUSTIÇA EM  
RESPALDO.**

**PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.**

**Vistos**, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000 em que é agravante **O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** e agravado **O ESTADO DO RIO DE JANEIRO**.

**ACORDAM** os Desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o Eminentíssimo Desembargador Fábio Dutra, que negava provimento.

Hipótese de agravo de instrumento desafiado pela decisão que indeferiu tutela de urgência em ação civil pública ajuizada pelo **Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** contra o **Estado do Rio de Janeiro**. O pedido visava à imediata investidura de candidatos aprovados em concursos para professor da rede de ensino estadual.

Neste recurso, o *Parquet* sustenta que o Estado do Rio de Janeiro, através da sua Secretaria Estadual de Educação – SEEDUC, realizou concursos públicos para os cargos de Professor Docente I - 16 horas e Professor Docente I - 30 horas, relativos aos Editais 2011, 2013, 2013.2 e 2014.

Com efeito, diante da notória falta de professores, a Comissão de Programação Financeira – COPOF autorizou a admissão de 3.000 (três mil) novos servidores na área.



### Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000

Neste sentido, em 31/03/2016, foi publicada a convocação de, pelo menos, 1.649 (mil seiscentos e quarenta e nove) aprovados no concurso de 2013, cuja homologação se deu em 21/08/2013. Os candidatos, então, se submeteram à perícia admissional e, liberados, procederam à abertura de conta salário junto à instituição financeira responsável pelo pagamento do funcionalismo.

Nada obstante, com o advento do Decreto nº 45.682, de 08 de Junho de 2016 a proibir qualquer nomeação para cargo efetivo, apenas 524 (quinhentos e vinte e quatro) tiveram seus processos levados a termo, com a devida posse. Assim, considerando a desistência de outros 198 (cento e noventa e oito), permanecem aguardando 927 (novecentos e vinte e sete) já aprovados em perícia médica oficial e com conta salário regularizada.

Daí o pleito de confirmação nos respectivos cargos, deduzido sob os seguintes fundamentos: *i) a carência de professores na rede estadual é crônica, notória e grave; ii) à luz do artigo 493 do Código de Processo Civil, a superveniência da Lei Estadual nº 7.629/2017, que regulamenta o Regime de Recuperação Fiscal do Estado do Rio de Janeiro, ressaltaria do impedimento de nomeação as “reposições de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesas, aquelas decorrentes de vacância de cargo efetivo ou vitalício, bem como a convocação dos aprovados em concursos públicos realizados ou homologados antes da edição do Decreto n. 45.692, de 17 de junho de 2016.”; iii) a consolidação de direito subjetivo dos candidatos, eis que, ao convocá-los, a Administração revelou a sua necessidade e se autovinculou a este juízo de conveniência e oportunidade; iv) a preterição destes aprovados em à vista de contratos temporários, circunstância reconhecida pela própria Secretaria de Educação; e v) a priorização dos serviços educacionais públicos, ditame constitucional que, a um só tempo, deve prevalecer sobre o estado de calamidade decretado (Lei Estadual nº 7.483/2016) e excepcionar os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme expressa previsão do artigo 22, § único, IV da Lei Complementar nº 101/00.*

O recurso é tempestivo e dispensa preparo.

Às fls. 37/39, adita-se a peça de razões para explicitar a presença dos requisitos de concessão de liminar.

Indeferida a suspensividade ativa conforme decisão de fls. 41.



### Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000

Às fls. 43/50, o agravante junta decisões havidas em demandas individuais, todas favoráveis ao pleito aqui deduzido.

Contraminuta às fls. 52/71. O Estado replica, em síntese, que: *i*) a natureza satisfativa e irreversível da tutela pretendida encontraria óbice nos artigos 1º, §3º da Lei 8.437/92 e 300,§3º do Novo Código de Processo Civil; *ii*) consoante decisão do E. STF em sede de repercussão geral (RE nº 598.099), os candidatos potencialmente beneficiários desta ação não têm direito subjetivo à posse, posto que 75% (setenta e cinco por cento) foi aprovado fora do número de vagas e, no mais, haveria situação extraordinária (a crise financeira sem precedentes) a excepcionar legitimamente o direito daqueles que se classificaram dentro das vagas oferecidas; *iii*) a efetiva situação de penúria das contas públicas, impeditivo material de qualquer aumento de despesas; *iv*) a drástica redução das contratações temporárias a prejudicar o argumento de preterição; e *v*) a potencial afronta à Separação dos Poderes acaso o Judiciário tome as rédeas das políticas públicas a serem implementadas pelo Poder Executivo.

A d. Procuradoria de Justiça, em seu parecer de fls. 77/92, opina pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

### VOTO

Cinge-se a controvérsia a definir, nos limites da cognição sumária permitida pelo momento processual, se é legítimo, viável e judicioso impor ao Poder Executivo a imediata investidura de candidatos aprovados em concurso para professor da rede estadual de ensino e já convocados para os exames admissionais.

### I- PREÂMBULO: A CRISE E O PODER JUDICIÁRIO

Neste desiderato, impõe-se, de saída, circunstanciar o contexto social, político e econômico que subjaz a lide.

Todos têm ciência da gravíssima crise econômica pela qual passa o Estado do Rio de Janeiro.



## Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000

Os cofres públicos, consumidos em particular pela ganância criminosa de alguns, apontam a contabilidade de falência; não mais suportam o próprio peso e deixam à insolvência a estrutura estatal básica. Os serviços essenciais, cronicamente em colapso, hoje são inexistentes e denegam liminarmente ao cidadão que deles necessita o resguardo de seu mínimo existencial – em última análise, a sua dignidade.

O quadro, tão devastador, pode levar à mesma conclusão assentada, com acurácia e pertinência, pela i. magistrada de origem: *“inviável a criação de mais despesas enquanto o mínimo não é equacionado.”*

De fato, enquanto os servidores já integrantes do quadro não recebem sua remuneração sequer no mesmo bimestre do respectivo vencimento, parece utópico ou até mesmo irresponsável a pretensão de admitir novos funcionários.

**Nada obstante**, o Direito não deve se dobrar a um estado de coisas inconstitucional<sup>1</sup> como se, por pragmatismo ou consequencialismo, sua autoridade não prevalecesse diante da desordem.

Ora, senão à paz social, a que serve o ordenamento jurídico?

Da mesma forma, tampouco deve o Poder Judiciário omitir-se nesta situação, sob pena de se restringir aos casos em que é menos necessário.

Em uma palavra: o sistemático desrespeito à ordem legal e constitucional não deve – aliás, não pode – servir de justificativa bastante, por si só, a fomentar maior afronta.

---

<sup>1</sup> O termo foi importado, pelo E. STF, do Direito Constitucional Colombiano, no julgamento da ADPF 347 MC / DF- Min. Rel. Marco Aurélio Mello- Pleno- julgado em: 09/09/2015.

Em breve síntese, aquela Corte estrangeira cogita de três requisitos essenciais para configurar o “estado de coisas inconstitucional”, a saber: *i)* situação de violação generalizada de direitos fundamentais; *ii)* inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; e *iii)* a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades (*Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T – 025, de 22 de janeiro de 2004*).



### Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000

Portanto, o argumento metajurídico relativo à crise financeira não pode ser alçado a um tabu intransponível, como se paralisasse qualquer reação. Deve, isso sim, constituir aviso de cautela para que, na maior medida legal possível, evite-se a oneração do orçamento.

Mas, ao fim e ao cabo, a solução do processo deve ser colhida das regras e princípios aplicáveis, sempre na direção que aproxime o estado fático (*ser*) do estado jurídico (*dever ser*).

Pois bem.

Assentada essa premissa, passemos ao mérito.

## II- QUANTO A POSSIBILIDADE DE O JUDICIÁRIO IMPOR AO EXECUTIVO A PERSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Por ordem necessária, parte-se de assentar a possibilidade de o Judiciário, no controle da legalidade administrativa, impor a persecução de políticas públicas aos outros Poderes.

A grosso modo, esta tese – atualmente bem estabelecida na jurisprudência das Cortes Superiores – assenta-se em duas premissas básicas.

Em primeiro lugar, considera-se a **eficácia plena e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais** outorgados pela Constituição Federal de 1988. Esta percepção, típica do momento neoconstitucionalista, rompe com a ideia de direitos meramente programáticos sem exigibilidade perante o Poder Público para consolidar, em favor do cidadão, uma posição subjetiva de tutela.

Nos termos melhores e mais pragmáticos de Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, “ *o que importa destacar, neste contexto, é o fato de que um direito fundamental não poderá ter a sua proteção e fruição negada pura e simplesmente por conta do argumento de que se trata de direito positivado como norma programática e de eficácia meramente limitada, pelo menos não no sentido de que o reconhecimento de uma posição subjetiva se encontra na completa dependência de uma interposição legislativa*<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 316



**Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000**

Em segundo lugar, coloca-se a **cláusula de inafastabilidade de jurisdição**, contida no artigo 5º, XXXV daquela Carta Democrática:

*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*

Ora, se o cidadão detém um título subjetivo perante o Poder Público (um direito exigível e pleno), poderá, à iminência de sua lesão ou ameaça, protegê-lo na seara judicial. Então, competirá ao Judiciário dar concretude àquele direito, mesmo se, para tanto, tiver de se impor aos outros Poderes.

É esta a jurisprudência do Col. Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê dos seguintes julgados, os quais, por concisão, chamo por seus números: *REsp 1150392/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016; AgRg no AgRg no AREsp 679.845/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 05/09/2016; REsp 1488639/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 16/12/2014; AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010.*

No mesmo eito, a construção jurisprudencial da Suprema Corte culminou, recentemente, na edição de precedente em sede de repercussão geral com tal diretriz.

Transcrevo a ementa do julgado cuja *ratio* se emprega analogicamente à hipótese dos autos:

**REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRAACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVAA EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DEURUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA**



**Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000**

SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFRANQUEABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL.

*I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.*

*II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.*

*III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal.*

*IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes.*

*V - Recurso conhecido e provido. (RE nº 592581- Min. Rel. Ricardo Lewandowski- Pleno- Julgado em: 01/02/2016).*

Enfim, do que se vem se expor, percebe-se a perfeita compatibilidade entre a cláusula de Separação dos Poderes e o pedido ora em análise.



**Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000**

Afinal, não se pode desconhecer ou negar a estatura constitucional do direito à educação pública e universal, insculpido que está de maneira central na Lei Magna de 1988. *In verbis*:

*Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*

.....

*Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:*

(...)

*V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;*

.....

*Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.*

.....

*Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*

Mais do que isso e já trazendo a fundamentação para o caso concreto, refere-se a questão das “escolhas trágicas” (*tragic choices*).



## Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000

Como se sabe, a efetivação de direitos implica necessariamente um custo<sup>3</sup>. Disso, a demanda é bom exemplo: o provimento do recurso, consoante estima o próprio Ministério Público às fls. 20 da peça de razões, terá impacto de R\$ 25.584.317,68 (vinte e cinco milhões, quinhentos e oitenta e quatro reais mil, trezentos e dezessete reais e sessenta e oito centavos).

Ocorre que, é cediço, as vontades são infinitas, mas os recursos finitos.

Deste modo, articula-se uma “tensão dialética” entre os deveres constitucionalmente impostos à Administração Pública e a disponibilidade orçamentária sob sua gestão. Daí a necessidade de sacrifícios ou, como enunciado, de “escolhas trágicas” (*tragic choices*).

Nesta disputa, o Judiciário deve inclinar-se à concretização – na maior medida possível – dos direitos fundamentais, observando os critérios de prioridade estabelecidos pelo constituinte. No particular, melhor esquadrinha a questão o Ministro Celso de Mello em trecho virtuoso de julgado de sua relatoria:

*Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas “escolhas trágicas” (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices”, 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.*

*Mas, como precedentemente acentuado, a missão institucional desta Suprema Corte, como guardiã da superioridade da Constituição da República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam,*

<sup>3</sup> Sobre o tema, recomenda-se a leitura de “Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores” de Flávio Galdino, publicado pela Editora *Lumen Juris* em 2005.



**Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000**

*por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde.*

*Cumpra não perder de perspectiva, por isso mesmo, que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.*

*O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “Comentários à Constituição de 1988”, vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) – não pode convertê-la em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.*

*Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as ações e prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação –, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República, tal como este Supremo Tribunal tem reiteradamente reconhecido:<sup>4</sup>*

<sup>4</sup> ARE 745745 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014



### Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000

Sucedo, então, que, no difícil – melhor dizendo, trágico – sopesamento entre obrigações e possibilidades, a Constituição sinaliza os critérios de priorização orçamentária.

De maneira expressa, impõe aos Estados a alocação mínima de 25% da receita resultante de impostos na manutenção e desenvolvido do ensino:

*Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, **no mínimo**, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.*

A toda evidência, a norma não é acidental: bem ao revés, faz ver a preocupação sistêmica do legislador originário em, antes de qualquer composição político-financeira, garantir um **mínimo** à educação. Cria-se, com isso, uma categoria especial e intangível a preceder qualquer divisão das receitas.

Por conseguinte, o Judiciário deve ser deferente ao parâmetro entronizado na Constituição, de modo que, quando em lide os auspícios do serviço educacional, coloque-os em linha de primazia sobre eventuais dificuldades orçamentárias.

Com isto asseverado, sigo à análise sob o prisma da legalidade estrita.

### III- QUANTO À OBRIGAÇÃO LEGAL DE REPOR AS VACÂNCIAS

De todo modo, mesmo se não fosse permitido ao Poder Judiciário suprir a omissão inconstitucional de outras funções do Estado, ainda assim, **em um juízo unicamente legalista**, haveria jus ao pleito formulado pelo Ministério Público.



### Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000

Para compreendê-lo, cita-se primeiramente o Decreto nº 45.682 de 08 de Junho de 2016<sup>5</sup>, fundamento da paralisação dos processos de posse no âmbito da Secretaria de Educação. Eis a sua regência no que relevante à espécie:

*Art. 4º - Fica vedada, por 12 (doze) meses, a nomeação para ocupação de cargos efetivos, ressalvadas as nomeações decorrentes de cumprimento de decisão judicial.*

***Parágrafo único - Poderão ser excepcionadas, a critério do Governador, as nomeações decorrentes de concursos públicos em andamento quando da publicação deste Decreto para as áreas de educação, saúde e segurança.***

Desde esse ponto, já se verifica a expressa ressalva quanto à possibilidade de se excepcionarem, a critério do Governador, as nomeações decorrentes de concursos públicos em andamento na área de educação.

Há mais, porém.

Como se sabe, essas medidas só existem e se justificam enquanto tentativas de, com austeridade fiscal, solucionar a crise financeira em que imerso o Estado do Rio de Janeiro. Logo, sua pertinência sistêmica e teleológica deve ser analisada no bojo do pacote de medidas de redução de despesas e aumento de receitas adotado pelo governo estadual.

Por isso, o alcance da norma deve ser aferido à luz dos dispositivos da Lei de Recuperação Fiscal dos Estados, a Lei Complementar nº 159/2017, aprovada pelo Congresso Nacional.

Neste diapasão, eis o que prevê o artigo 8º, I daquele diploma:

*Art. 8º: São vedados ao Estado durante a vigência do Regime de Recuperação Fiscal:*

<sup>5</sup> Em 13/07/2017, foi publicado no DOERJ o Decreto nº 46.043 de 12 de Julho de 2017, pelo qual o prazo de suspensão foi aumentado para 24 (vinte e quatro) meses a contar de junho de 2016.



**Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000**

(...)

*IV - a admissão ou a contratação de pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesa e aquelas decorrentes de vacância de cargo efetivo ou vitalício;*

No aspecto específico, a Assembleia Legislativa desta unidade da Federação passou, em 09/06/2017, a Lei Estadual nº 7.629/2017 que formaliza a adesão ao regime de recuperação fiscal.

Em seu artigo 4º, a norma cria expressa possibilidade de admissão de pessoal, desde que preenchidos alguns requisitos:

*Art. 4º - Durante a vigência do Regime de Recuperação Fiscal, fica vedada a admissão ou a contratação de pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesa, aquelas decorrentes de vacância de cargo efetivo ou vitalício, bem como da convocação dos aprovados em concursos públicos realizados ou homologados antes da edição do Decreto nº 45.692, de 17 de junho de 2016.*

*Parágrafo único - Fica mantido o sobrestamento de que trata o art. 3º da Lei nº 7.483, de 08 de novembro de 2016, até o término da vigência desta lei.*

Diante disso, não subsiste qualquer empeco legal à ultimação dos processos de posse objeto desta lide. Afinal, o certame no qual aprovado os candidatos em espera foi homologado em 2013, 220/221 dos Anexos.

Sem prejuízo, diga-se que a ultrapassagem do limite de gastos com pessoal não constrange o argumento.

A uma, porque as leis supracitadas criam complexo normativo paralelo à Lei de Responsabilidade Fiscal, vocacionado a reger a situação



### Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000

específica e temporária dos Estados no momento mais agudo da crise. Assim, quando em confronto, prevalecem os critérios excepcionais.

A duas, porque, consoante jurisprudência do Col. Superior Tribunal de Justiça, *“os limites orçamentários previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, no que se refere às despesas com pessoal do ente público, não podem servir de fundamento para o não cumprimento de direitos subjetivos do servidor, sobretudo na hipótese de despesas decorrentes de decisão judicial, excluídas do limite de 60% (sessenta por cento) fixado para os Municípios por força do disposto no art. 19, § 1o., IV da Lei Complementar 101/2000” (REsp 1.306.604/AL, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 06/03/2014). Precedentes.*<sup>6</sup>

A três, porque, como bem apontado pelo agravante, o artigo 22, § único, II da Lei Complementar 100/01 também dá abertura à reposição de vacâncias na área de educação, mesmo quando extrapolado o limite de gastos:

*Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.*

*Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:*

(...)

*IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, **ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;***

Enfim, uma vez verificada a ausência de óbice, passamos à vertente positiva do problema, isto é, a indagar quanto ao direito dos candidatos de serem providos nos cargos públicos.

<sup>6</sup>AgInt no REsp 1671887/RO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 22/09/2017



**Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000**

No ponto, o precedente fundamental é aquele firmado no RE nº 837311, Min. Rel. Luiz Fux, julgado em 18/04/2016 no Plenário do E. STF.

Destaco a sua ementa:

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÍO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*

*1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do merit system, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput).*

*2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação*



**Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000**

*para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011.*

*3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade.*

*4. O Poder Judiciário não deve atuar como “Administrador Positivo”, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional.*

*5. Consectariamente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como verbi gratia, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários.*

*6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir*



**Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000**

*circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inoportunidade da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame.*

**7. 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 exposto 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. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (ErmessensreduzierungaufNull), 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.**



**Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000**

*8. In casu, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado. 9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. (RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016)*

Bem de ver, do acima transcrito, a possibilidade de a expectativa consolidar-se em direito adquirido quando a Administração, por ato seu, demonstra inequivocamente a necessidade daquela mão-de-obra.

É o que se observa neste caso em que os possíveis beneficiários deste processo, após análise de viabilidade e conveniência, já foram **convocados, submetidos à perícia médica oficial e orientados à abertura de conta corrente na instituição financeira responsável pelo pagamento do funcionalismo.**

Não poderia haver evidência mais clara ou conduta mais significativa da Administração a desvelar a imperiosa necessidade dos servidores.

Tanto assim que a jurisprudência deste Eg. TJRJ, em demandas individuais versando a mesma pretensão, vem determinando a posse. A título de exemplo, os julgados abaixo reproduzidos:

*0021892-67.2017.8.19.0000 - MANDADO DE SEGURANÇA - Des(a). MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO - Julgamento: 26/09/2017 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL*

*MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PROFESSOR 30H ; PORTUGUÊS. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO*



**Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000**

*NÚMERO DE VAGAS E CONVOCADO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS, CONTUDO SEM NOMEAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1- 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; (RE 598099/MS); 2- Impõe-se, neste sentido, reconhecer a prova pré-constituída correspondente à comprovação de que o Impetrante obteve a 23ª colocação para Professor de Português com lotação em Belford Roxo; dentro do número de vagas do Edital, qual seja, quarenta - e foi convocado na forma do ato datado de 17/03/2016 para apresentação de documentos; 3- O sobrestamento do prazo de validade dos certames ocorridos em momento anterior à edição do Decreto 45.692/16, na forma do art. 3º da Lei 7.483/16, somente diz respeito àqueles concursos que se encontravam válidos no referido período, não se aplicando ao presente caso, no qual o concurso perdeu a sua validade em 29/04/16; 4- Não há o que se falar em decadência para a impetração do presente remédio, tendo em vista que o seu termo inicial originariamente fixado pela jurisprudência, qual seja, a extinção do prazo de validade do certame, foi superado em razão da convocação do impetrante para apresentação de documentos, o que gerou a legítima expectativa de que seria convocado; 5- Registre-se o substancial parecer elaborado pela d. Procuradoria de Justiça; 6- Deve o Estado, portanto, proceder à nomeação e posse do impetrante, considerando ainda a sua aptidão declarada no exame médico admissional; 7- Ordem concedida.*

.....  
0007931-93.2016.8.19.0000 - MANDADO DE  
SEGURANÇA - Des(a). HELDA LIMA MEIRELES -  
Julgamento: 10/10/2016 - OE - SECRETARIA DO  
TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL



**Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000**

*Mandado de segurança. Impetrante que pretende a sua imediata nomeação e posse para o cargo de Professor Docente I de Língua Portuguesa, tornando indevida a nomeação e a posse de contratados temporariamente pela Administração. Preliminares de ilegitimidade passiva ad causam e ausência de interesse de agir. Decretos que foram editados pela Chefia do Executivo a fim de autorizar a contratação de centenas de professores temporários para os anos letivos de 2014 e 2015. Nesse sentido, considerando que a impetrante aponta como ato coator justamente a política de contratação de professores temporários, autorizada pelo Exmo. Governador do Estado, presente a pertinência subjetiva do Chefe do Poder Executivo. Outrossim, o fato de o concurso ter o seu prazo de validade expirado não conduz a ausência de utilidade-necessidade da presente impetração. No mérito, na esteira de precedentes do STJ e do STF, a expectativa de direito daquele candidato inserido em cadastro reserva convola-se em direito subjetivo à nomeação caso demonstrado que a Administração, durante o período de validade do certame, proveu cargo, para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, mediante contratação precária (em comissão, terceirização), fato que configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, equivalente à preterição da ordem de classificação no certame, fazendo nascer, para os concursados, o direito à nomeação, por imposição do art. 37, IV, da Constituição Federal. Nesse sentido: STF, RE 837.311/PI, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 15/12/2015; STJ, RMS 41.687/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/02/2016; STJ, AgRg no RMS 46.935/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/11/2015. Existência de prova suficiente e pré-constituída de que a contratação de grande número de temporários acabou por superar a classificação da presente candidata, que obteve a colocação de n. 245 para as vagas do cargo de Professor Docente I. Caso similar julgado por este Eg. Órgão Especial (mandado de segurança n. 0020700-07.2014.8.19.0000, de relatoria do*



### Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000

*E. Des. Ricardo Rodrigues Cardoso) em que o pedido inicial foi concedido com a consideração de que havia comprovação de que a contratação de temporários para o cargo em questão (professor docente I - Língua Portuguesa) era superior a colocação da candidata, que naquele caso, era a de 317º lugar, sendo certo que, no presente writ a impetrante obteve classificação ainda melhor, ou seja, 245º. Concessão da segurança.*

A par disso, em hipótese congênere, o Col. Órgão Especial deste TJRJ pacificou o entendimento de que os aprovados no concurso público para professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro têm direito a ver ultimada a sua investidura. Isso sob os mesmos argumentos invocados no presente caso: a aquisição do direito por força de convocação, a insuficiência da proibição veiculada pelo Decreto nº 45.682/2016 e a possibilidade de o Judiciário imiscuir-se nesta seara.

Reporto-me a recente aresto, proferido daquele Órgão de Cúpula, do qual constou a expedição de peças para o CEDES para, na forma do artigo 122 do Regimento Interno do TJRJ<sup>7</sup>, iniciar o procedimento de edição de verbete sumular sobre o tema:

**0045571-33.2016.8.19.0000 - MANDADO DE  
SEGURANÇA- Des (a). GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO  
- Julgamento: 12/06/2017 - OE - SECRETARIA DO  
TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL**

**MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRANTE  
APROVADO EM 1º LUGAR NO CONCURSO PÚBLICO  
PARA PROFESSOR DA UERJ. CANCELAMENTO DA  
POSSE EM DECORRÊNCIA DE ANTECIPAÇÃO DOS  
EFEITOS DO DECRETO ESTADUAL Nº 45.682/2016,  
QUE PROÍBE A NOMEAÇÃO PARA QUALQUER CARGO  
EFETIVO NAS ÁREAS DE EDUCAÇÃO, SAÚDE E  
SEGURANÇA, A PARTIR DE 1º DE JULHO DE 2016.  
PERTINÊNCIA SUBJETIVA DO GOVERNADOR DO**

<sup>7</sup> Art.122- O procedimento será deflagrado pelo Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça de ofício ou por meio de sugestão fundamentada de qualquer Magistrado, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Ordem dos Advogados do Brasil ou de órgão de Advocacia Pública, instruída com precedentes que demonstrem a condição prevista no artigo anterior.



**Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000**

*ESTADO PARA RESPONDER AO MANDAMUS, PORQUANTO É COMPETENTE PARA A DIREÇÃO SUPERIOR DE TODA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL. PORTARIA DE NOMEAÇÃO DO IMPETRANTE EDITADA EM 28/06/2016, QUE SERIA PUBLICADA NA IMPRENSA OFICIAL, EM 29/06/2016. POSSE QUE OCORRERIA EM 30/06/2016. RECUSA INJUSTIFICADA DAS AUTORIDADES COATORAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE. POSTURA ESTATAL CONTRADITÓRIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA, COROLÁRIO DA SEGURANÇA JURÍDICA, QUE PROTEGE AS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DOS ADMINISTRADOS. OFENSA TAMBÉM AO PRINCÍPIO NEMO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. CONCESSÃO DA SEGURANÇA QUE SE IMPÕE, PARA DETERMINAR A IMEDIATA NOMEAÇÃO E POSSE DO IMPETRANTE NO CARGO PÚBLICO PARA O QUAL FOI APROVADO E CLASSIFICADO, TORNANDO-SE DEFINITIVA A LIMINAR DEFERIDA. UNÂNIME. CONCESSÃO DA ORDEM. DELIBERAÇÃO DO E. ÓRGÃO ESPECIAL PARA QUE ESTE ACÓRDÃO SEJA ENVIADO AO CEDES PARA OS FINS DO ARTIGO 122 DO REGIMENTO INTERNO DO TJRJ.*

O panorama, pois, é favorável ao direito material do agravante: de um lado, não há empecilho legal ao provimento dos cargos e, de outro, há sólida determinação para que seja dada a posse.

Enfoca-se, agora, a perspectiva processual.



Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000

**IV- QUANTO À POSSIBILIDADE PROCESSUAL DE DEFERIMENTO DA LIMINAR**

**IV.a) A INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO PROCESSUAL PARA CONVOCAÇÃO DE SERVIDORES EM SEDE DE TUTELA DE URGÊNCIA**

Do ponto de vista do processo, o agravado suscita, em suas contrarrazões, a vedação à liminar, com base no disposto nos artigos 1º, §3º da Lei 8.437/92 e 300, §3º do Novo Código de Processo Civil, cuja dicção passo a transcrever:

***Art. 1º da Lei 8.437/92:*** Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

**§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.**

§ 4º Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado.

.....

**Art. 300 do Código de Processo Civil:** A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.



**Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000**

(...)

*§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.*

Todavia, a jurisprudência do Col. Superior Tribunal de Justiça é uníssona a assentar que “a vedação contida nos arts. 1º, § 3º, da Lei 8.437/92 e 1º da Lei 9.494/97, quanto à concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública nos casos de aumento ou extensão de vantagens a servidor público, não se aplica nas hipóteses em que o autor busca sua nomeação e posse em cargo público, em razão da sua aprovação no concurso público (AgRg no Ag 1.161.985/ES, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 2.8.2010).”<sup>8</sup>.

Isso porque, em verdade, não é irreversível a providência aqui pleiteada; com a improcedência da demanda, ao final, bastará exonerar os funcionários admitidos, com o imediato retorno ao *status quo ante*. De fato, os vencimentos pagos no interregno serão irrepetíveis, mas assim também o são, por exemplo, os medicamentos deferidos liminarmente nas ações com este objeto.

É dizer: não há irreversibilidade da medida, mas apenas de alguns de seus efeitos colaterais.

De mais a mais, a questão da irreversibilidade na ação civil pública ganha outra dimensão. Quando se manuseiam direitos coletivos – e, sobretudo, de envergadura constitucional – sempre haverá lesão de difícil reparação, seja de um lado ou de outro.

Nessa ordem de ideias, competirá ao Magistrado ponderar os interesses em conflito com o respaldo imprescindível e forte na prova dos autos. É essa a lição doutrinária:

*Deverá o magistrado, pela prova já trazida nos autos, no momento da concessão da tutela, estar convencido de*

<sup>8</sup>REsp 1671761/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017



**Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000**

*que – ao que tudo indica – o autor tem razão e a procrastinação do feito ou sua delonga normal poderia por em risco o bem da vida pretendido – dano irreparável ou de difícil reparação. A irreparabilidade do dano na ação civil pública é manifesta, na hipótese de procedência da ação. A volta ao ‘statu quo ante’ é praticamente impossível e o ‘fluidrecovery’ não será suficiente a elidir o dano. Mister também salientar que os valores envolvidos na ação civil pública têm abrigo constitucional. A lesão a ditos valores será sempre irreparável (danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valores histórico, turístico e paisagístico)”<sup>9</sup>*

*In casu*, na esteira do que já se expôs, há suficiente segurança no direito alegado, notadamente para o fim de se lhe adiantar *initio litis*.

Em arremate, a jurisprudência desta Corte em casos assemelhados:

0021891-68.2006.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO- Des. Rel. (a) - SIRO DARLAN DE OLIVEIRA - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL- JULGADO EM: 09/10/2017

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE ANTECIPOU OS EFEITOS DA TUTELA PRETENDIDA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. O JUÍZO MONOCRÁTICO DEFERIU A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA REQUERIDA NA EXORDIAL, PARA DETERMINAR QUE O RÉU, ORA AGRAVANTE INVISTA NOS CARGOS TODOS OS CANDIDATOS APROVADOS NOS CONCURSOS PÚBLICOS DE 2003 E 2004 PARA A ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL, EM SUBSTITUIÇÃO ÀQUELES QUE OCUPAM VAGAS OCUPADAS POR CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DIRETA OU TERCEIRIZADOS CONTRATADOS SEM CONCURSO PÚBLICO, BEM COMO ABSTER-SE DE REALIZAR NOVAS CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS PARA O DESEMPENHO DE FUNÇÕES

<sup>9</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública Trabalhista*. 5 ed. São Paulo: RT, 2002.



**Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000**

*PERMANENTES E AS PREVISTAS NO EDITAL DOS CONCURSOS COM PRAZO DE VALIDADE EM CURSO. NÃO HÁ QUE SE FALAR EM TUTELA ANTECIPADA, PREVISTA NO ART. 273 DO CPC SEM A PRESENÇA CUMULATIVA, DA PROVA INEQUÍVOCA DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES, O FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO, O ABUSO DE DIREITO DE DEFESA OU O MANIFESTO PROPÓSITO PROTETÓRIO DO RÉU E, AINDA, A VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO, NA FORMA DO ARTIGO 273 DO CPC. O AGRAVANTE AO CONTRATAR FUNCIONÁRIOS TEMPORÁRIOS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME, EMBORA HOUVESSE CANDIDATOS APROVADOS DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS DE PREVISTAS NO EDITAL, VIOLOU PRINCÍPIO FUNDAMENTAL INSCULPIDO NO ART. 37, II DA CF, QUE DECORRE DE OUTRO PRINCÍPIO IGUALMENTE PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUAL SEJA O DA IMPESSOALIDADE A QUE DEVE ATER-SE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TAIS CONTRATAÇÕES DEVEM SER REPUTADAS IRREGULARES E ILEGAIS, VISTO QUE EFETUADAS EM DETRIMENTO DOS CANDIDATOS APROVADOS QUE PASSAM A TER DIREITO À CONTRATAÇÃO, POIS O AJUSTE TEMPORÁRIO IMPLICA NO RECONHECIMENTO DA NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DAS VAGAS. NÃO SE PODE OLVIDAR QUE DEMONSTRADA A ILEGALIDADE PRATICADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, PASSÍVEL O ATO DE REEXAME JUDICIAL, SEM QUE ISSO SIGNIFIQUE INVASÃO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO, TAMPOUCO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. APLICAÇÃO DA SÚMULA 58 DESTE TRIBUNAL QUE EXPLÍCITA QUE SOMENTE SE REFORMA A CONCESSÃO OU INDEFERIMENTO DE LIMINAR, SE TERATOLÓGICA, CONTRÁRIA À LEI OU À PROVA*



**Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000**

*DOS AUTOS RECURSO CONHECIDO QUE NEGA PROVIMENTO.*

.....

0007740-48.2016.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO- Des. Rel. (a) CLÁUDIA TELLES DE MENEZES - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL- JULGADO EM: 18/05/2016

*Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Nulidade de Processo Seletivo Simplificado nº 01/2016 para contratação temporária de servidores da área da educação. Município de Saquarema. Liminar deferida para suspender a seleção e determinar a substituição dos contratados pelos candidatos aprovados no Concurso Público nº 01/2015, ainda vigente. Concurso dentro do prazo de validade, com candidatos aprovados e não convocados. Celebração de Termo de Ajustamento de Conduta no qual o Município se comprometeu a realizar concurso público, ressalvada a possibilidade de contratação temporária exclusivamente em observância ao art. 37, IX, da Constituição Federal. Existência de candidatos aprovados, ainda que fora do número de vagas, gera direito subjetivo à nomeação. Impossibilidade do ente público de promover contratações temporárias em detrimento dos candidatos aprovados. Circunstâncias dos autos que indicam a irregularidade das contratações temporárias. Requisitos para a concessão da liminar que se mostram presentes. Ameaça ao princípio da continuidade do serviço público e risco de dano ao ano letivo que indicam a necessidade de acolhimento do pedido alternativo do recurso no sentido da dilação de prazo para permitir que o cumprimento da decisão ocorra até o início do ano letivo de 2017. Solução que melhor atende aos interesses em discussão e reduz o impacto na continuidade da prestação do serviço público. Parcial provimento do recurso.*



## Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000

Sob a orientação de tais postulados, passo ao sopesamento do *periculum in mora* à sua dimensão reversa.

### IV.b) DA MITIGAÇÃO DO PERICULUM IN MORA REVERSO

Embora já estejam delineados, a esta altura, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, cabe praticar a cautela anunciada desde o breve introito, com medidas e circunstâncias mitigadoras, na maior medida possível, do risco reverso.

São essas as considerações necessárias:

- De saída, deve-se projetar os efeitos da liminar postulada para o próximo ano letivo. Já se avizinha o período de recesso escolar – falta pouco mais de um mês –, de sorte que não parece estritamente necessário reforçar o corpo docente neste período.

Por outro lado, o réu terá a chance de melhor planejar o seu implemento, com a inclusão da despesa no próximo plano orçamentário. Ademais, até o ano de 2018, espera-se que já se percebam os primeiros efeitos do Plano de Recuperação Fiscal. Com o soerguimento da economia regional, será diminuído o impacto direto nas contas públicas.

Por igual lógica, convém escalonar as convocações em três chamadas, todas com igual número de candidatos, nos meses de janeiro, maio e setembro.

- Igualmente, convém indeferir o pleito para aplicação de *astreintes* caso haja descumprimento da ordem judicial. Ressoa óbvio que a medida suasória se faria absolutamente desproporcional<sup>10</sup> em um ambiente de insolvência fiscal.

<sup>10</sup> E assim se sustenta tomando-se o princípio da proporcionalidade por seus três núcleos de significado (ou subprincípios, conforme refere a doutrina alemã): “O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há também de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador. (proporcionalidade em sentido estrito). (Trecho do voto vista do Ministro Gilmar Mendes no RE 349703 / RS, julgado em 03/12/2008, pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal)



## Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000

Há de se encontrar, nesta quadra, uma medida de apoio capaz de persuadir o dever ao cumprimento sem lhe onerar dos meios necessários a esse fim. Trata-se, é bom frisar, de manifestação do poder de cautela<sup>11</sup> a ser tomada pelo juízo independente de pedido das partes<sup>12</sup>.

Por tudo, concluo ser mais prudente submeter o cumprimento à inspeção sempre diligente do Ministério Público. O órgão, ao identificar inércia dos responsáveis por levar a termo os atos de obediência à ordem judicial, poderá extrair peças para embasar pedido de responsabilização cível, administrativa e criminal.

Destarte, não haverá prejuízo ao erário, mas tampouco haverá complacência com a desídia à decisão judicial.

- Nestes termos, é de se reconhecer que o provimento, tal como posto, é menos gravoso ao agravado do que o deferimento de liminares aleatórias em feitos individuais (como noticiado às fls. 43/50). Pelo menos nesta sede, há previsibilidade e segurança, o que permite planejamento e estabilidade orçamentários.

### V. CONCLUSÃO E DISPOSITIVO

Em suporte a todas essas considerações, colho, da bem concatenada ementa do parecer ministerial, as razões substanciais e importantes que só robustecem as teses até aqui expendidas:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVILPÚBLICA. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. ART. 300, CPC. EDUCAÇÃO. NOMEAÇÃO PARA O CARGO DE PROFESSOR. PRETERIÇÃO DOS CANDIDATOS.*

<sup>11</sup>**Enunciado nº 31 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis:** O poder geral de cautela está mantido no CPC.

<sup>12</sup>**Enunciado sumular nº 147:** Medidas de apoio tendentes ao cumprimento da tutela específica podem ser decretadas ou modificadas, de ofício, pelo Tribunal.



**Agravo de Instrumento nº 033876-48.2017.8.19.0000**

*DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. DIREITOS SOCIAIS. CARÊNCIA DE PROFESSORES NA REDE ESTADUAL DE ENSINO. OMISSÃO ESPECÍFICA DO PODER PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO. FORMAÇÃO BÁSICA UNIFORME. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DE PODERES. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO.*

Efetivamente, do ponto de vista jurídico, parece irretorquível a pretensão formulada. Talvez, o argumento extraprocessual seja mesmo o único a se compadecer da posição do agravado.

Porém, tudo quanto aduzido é para afastar a prevalência do político sobre o jurídico, o que, agora ao final, se espera ter logrado.

Um último comentário: indefere-se o item B.2 dos pedidos formulados neste recurso<sup>13</sup>, porquanto não haja compatibilidade em afirmar a notória falta de professores e, no mesmo ato, determinar a demissão de servidores temporários.

Do exposto, **VOTO PELO PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO NA FORMA DA FUNDAMENTAÇÃO.**

Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

Desembargador **CUSTODIO DE BARROS TOSTES**  
Relator

---

<sup>13</sup> B.2) Requer-se, ainda, que, sem prejuízo de outras medidas de ajuste da despesa de pessoal que não violem o disposto no art. 22, parágrafo único, inciso IV, da LFR, à medida que se ultime a posse dos candidatos aprovados e convocados, sejam progressivamente rescindidos os contratos temporários em número correspondente.