

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL**

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 0063224-48.2017.8.19.0021**

**APELANTE 1: MUNICÍPIO DE DUQUE DE CAXIAS**

**APELANTE 2: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**APELADOS: OS MESMOS**

**RELATOR: Des. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS**

**APELAÇÕES CÍVEIS.**

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA.**

**MUNICÍPIO DE DUQUE DE CAXIAS.**

**CONCURSO PÚBLICO PARA OS CARGOS DE ESTIMULADOR MATERNO INFANTIL E AGENTE DE CRECHE I E II.**

**CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS.**

**CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA IRREGULAR.**

**SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA.**

**IRRESIGNAÇÃO DE AMBAS AS PARTES.**

**1.** O Supremo Tribunal Federal, no RE 837311, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, firmou tese 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.

**2.** No caso, ficou incontroverso que, em 2014, o Réu realizou o processo seletivo simplificado nº. 001/2014 para contratação temporária para o cargo de “Agente de Creche I e Agente de Creche II”.

**3.** A par disso, em 2015, o Réu publicou o Edital de Concurso Público nº. 001/2015, com prazo de validade até 29/10/2017, para o cargo de “Estimulador Materno Infantil”.

**4.** A despeito das alegações do demandado, observa-se que ele empregou denominações diversas nos editais de processo seletivo

simplificado para o cargo de “Estimulador Materno Infantil”, previsto no edital de concurso público nº. 001/2015.

**5.** Com efeito, a documentação de fls. 68/91 revela que ocorreu contratação temporária para os cargos com idêntica função ao previsto no concurso público 01/2015.

**6.** Assim sendo, apesar de os aprovados para o cargo de Estimulador Materno - Infantil terem sido classificados fora do número de vagas previstas no edital do certame, a existência destas, além da demonstração da necessidade de contratação de agentes públicos, por meio da contratação precária para atender a demanda permanente do serviço público, corroboram a atuação ilegal da administração pública.

**7.** Logo, o juízo de origem, corretamente, reconheceu que o demandado deixou de nomear Estimulador Materno-Infantil suficientes para auxiliar os professores da Educação Infantil na rede pública de ensino no Município de Duque de Caxias.

**8.** No tocante ao recurso do autor, inviável a almejada procedência da obrigação de não fazer, consubstanciada na determinação de que o réu seja compelido a não realizar processo seletivo simplificado para contratação temporária de pessoas para exercerem funções típicas de agente de creche existentes na Secretaria Municipal de Educação, visto que o CPC veda a prolação de sentença condicional.<sup>1</sup>

**SENTENÇA QUE SE MANTÉM.**

**RECURSOS AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº **0063224-48.2017.8.19.0021**, em que é Apelante 1 **MUNICÍPIO DE DUQUE DE CAXIAS** e Apelante 2 **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, sendo Apelados **OS MESMOS**,

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por

<sup>1</sup> Art. 492, CPC. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

**Parágrafo único.** A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.

unanimidade de votos, **em conhecer e negar provimento aos recursos**, na forma do relatório e voto do Des. Relator.

## RELATÓRIO

Trata-se de apelações cíveis interpostas por **MUNICÍPIO DE DUQUE DE CAXIAS** e **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** contra sentença que assim dispôs (fls. 537/543):

*“Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos autorais e, em consequência, JULGO EXTINTO O PROCESSO com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, I, do CPC, para confirmar a tutela antecipada concedida e: 1. anular as portarias ou atos administrativos que promoveram a contratação temporária ou direta de profissionais provenientes dos Processos Seletivos Simplificados realizados no ano de 2014, a partir de 29 de outubro de 2015, para os cargos de Estimulador Materno Infantil e Agente de Creche I e II, ou outros com denominação diversa, mas que desempenhe as mesmas funções; E ainda, para condenar o Município Réu a: 1. convocação, nomeação e posse de candidatos aprovados no concurso público realizado por meio do Edital 01/2015, para o preenchimento de cargos vagos de Estimulador Materno Infantil, no prazo de 90 (noventa) dias, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por cada candidato preterido em razão dos fatos em debate nesta lide, sem prejuízo de outras sanções cabíveis a ser fixada em sede de execução; 2. dispensar os profissionais contratados temporariamente para exercer as funções dos servidores nomeados no item 1, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por cada candidato preterido em razão dos fatos em debate nesta lide, sem prejuízo de outras sanções cabíveis a ser fixada em sede de execução. Condeno o Réu ao pagamento das custas processuais. Considerando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1821035/AL), aplicando o artigo 18, da Lei da Ação Civil Pública, deixo de condenar o Município ao pagamento dos honorários advocatícios. Precluso o prazo para apresentação de apelação pelas partes e devidamente certificado nos autos,*

AC nº 0063224-48.2017.8.19.0021- AF  
Des. Fernando Cerqueira Chagas

*proceda-se a remessa necessária na forma do art. 496, I, CPC/15. PRI.”*

Nas razões de fls. 581/597, o réu sustenta que, conforme informado nos autos do Agravo de Instrumento nº 0009101-61.2020.8.9.0000, no momento, a Secretaria Municipal de Educação conta com 72 (setenta e dois) servidores efetivos no cargo de Estimulador Materno Infantil.

Afirma que os cargos de Estimulador Materno-Infantil e de Agente de Creche não se confundem, pois as atribuições daquele são mais amplas e complexas se comparadas com as atribuições deste.

Alega que os candidatos aprovados em concurso público fora do número de vagas não possuem direito subjetivo à nomeação.

Acrescenta que houve a contratação temporária para suprir uma necessidade temporária.

Argumenta que a decisão pela necessidade de nomeação de servidores é discricionária, bem como que atingiu o limite da lei de responsabilidade fiscal com gasto pessoal.

Requer o provimento do recurso para julgar improcedentes os pedidos.

Nas razões de fls. 604/609, o Ministério Público assegura que há necessidade de se compelir o réu a 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, bem como a compelir o demandado a adotar todas as medidas administrativas e legislativas necessárias para criação dos cargos públicos de estimuladores materno infantil necessários para cumprimento da determinação contida no item 1 da sentença, 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.

Contrarrazões, fls. 617/623 e fls. 627/643.

Parecer da Procuradoria de Justiça, fl. 658/666, pelo desprovimento dos recursos.

**É o relatório.**

## **VOTO**

Os recursos são tempestivos e estão presentes os demais requisitos de admissibilidade.

Trata-se de ação civil pública proposta por **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** contra **MUNICÍPIO DE DUQUE DE CAXIAS** que visa à (a) anulação das portarias ou atos administrativos que promoveram a contratação temporária ou direta de profissionais provenientes dos Processos Seletivos Simplificados realizados no ano de 2014, a partir de 29 de outubro de 2015, para os cargos de Estimulador Materno Infantil e Agente de Creche I e II, ou outros com denominação diversa, mas que desempenhem as mesmas funções; (b) compelir o demandado à convocação, nomeação e posse de 583 (quinhentos e oitenta e três) candidatos aprovados no concurso público realizado por meio do Edital 01/2015, para o preenchimento de cargos vagos de Estimulador Materno Infantil, no prazo de 90 (noventa) dias, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por cada candidato preterido em razão dos fatos em debate nesta lide, sem prejuízo de outras sanções cabíveis a serem fixadas em sede de execução; (c) compelir o réu a 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; (d) compelir o réu a adotar todas as medidas administrativas e legislativas necessárias para criação dos cargos

públicos de estimuladores materno infantil necessários para cumprimento da determinação contida no item “b”, no prazo de 90 (noventa) dias.

O autor sustenta que, nos autos do Inquérito Civil nº. 2013.3769.02, MPRJ nº. 2013.00439546, ficou constatado que o Município de Duque de Caxias realizou procedimento administrativo de seleção simplificada para a contratação de mão de obra típica de servidor efetivo e renovou antigos contratos temporários em detrimento de candidatos regularmente aprovados/constantemente do cadastro de reserva de concurso para cargo de provimento efetivo.

Alega que tais vagas se referem ao cargo de “Estimulador Materno Infantil”.

Sob outro prisma, o réu assegura que os cargos de Estimulador Materno Infantil e de Agente de Creche não se confundem, pois as atribuições daquele são mais amplas e complexas se comparadas com as atribuições deste.

Alega que os candidatos aprovados em concurso público fora do número de vagas não possuem direito subjetivo à nomeação.

Acrescenta que houve a contratação temporária para suprir uma necessidade temporária.

Argumenta que a decisão pela necessidade de nomeação de servidores é discricionária, bem como que atingiu o limite da lei de responsabilidade fiscal com gasto pessoal.

Pois bem.

Como cediço, o candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas tem apenas expectativa de direito quanto a ser nomeado para o cargo pretendido.

O Supremo Tribunal Federal, no RE 837311, de Relatoria Ministro Luiz Fux, firmou tese 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:

*"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. ARBITRÁRIO. 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.*

(...).

*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 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. 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](#)).

No caso, ficou incontroverso que, em 2014, o Réu realizou o processo seletivo simplificado nº. 001/2014 para contratação temporária para o cargo de “Agente de Creche I e Agente de Creche II”.

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 <b>Formação de Professores</b> , 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 <b>Formação de Professores</b> , em nível médio, expedido por instituição de ensino reconhecida pelo Ministério da Educação, Secretarias ou Conselhos Estaduais de Educação.			

A par disso, em 2015, o Réu publicou o Edital de Concurso Público nº. 001/2015, com prazo de validade até 29/10/2017, para o cargo de “Estimulador Materno Infantil”.





A despeito das alegações do demandado, observa-se que ele utilizou denominações diversas nos editais de processo seletivo simplificado para o cargo de “Estimulador Materno Infantil”, previsto no edital de concurso público nº. 001/2015.

**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.

.....  
**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.

Com efeito, a documentação de fls. 68/91 revela que ocorreu contratação temporária para os cargos com idêntica função ao previsto no concurso público 01/2015.

Assim sendo, a despeito de os aprovados para o cargo de Estimulador Materno Infantil terem sido classificados fora do número de vagas previstas no edital do certame, a existência destas, além da demonstração da necessidade de contratação de agentes públicos, por meio da contratação precária para atender a demanda permanente do serviço público, corroboram a atuação ilegal da administração pública.

Registra-se, ainda, que a própria Lei de Responsabilidade Fiscal, no que tange aos limites de gastos públicos, ressalva a possibilidade de provimento de cargo público decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores da área de educação:

**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;*

Logo, o juízo de origem, corretamente, reconheceu que o demandado deixou de nomear Estimulador Materno Infantil suficientes para auxiliar os professores da Educação Infantil na rede pública de ensino no Município de Duque de Caxias.

No tocante ao recurso do autor, ele sustenta que, se for autorizada a continuidade de contratações temporárias pelo Município de Duque de Caxias para o exercício das funções públicas de estimuladoras materno-infantis, ou qualquer outra denominação a ser adotada pela administração em exercício, em detrimento dos candidatos devidamente aprovados que aguardam há mais de 3 (três) anos as suas convocações, supostamente seria chancelada judicialmente a violação às normas e princípios constitucionais que regem o serviço público.

Há de se ressaltar que o juízo *a quo* consignou que “*no que tange ao pedido de proibição de celebração de novos contratos temporários, entendo que não deve ser acolhido, posto que em caso de comprovada necessidade, observadas as formalidades constitucionais e legais já mencionadas, poderá o Município assim proceder.*”

De fato, se preenchidos os requisitos para a contratação temporária, a municipalidade assim poderá proceder.

Acresça-se que o acolhimento da pretensão autoral no que concerne à mencionada obrigação de não fazer esbarra no óbice de prolação de sentença condicional, conforme art. 492, parágrafo único, do CPC.<sup>2</sup>

Pelo exposto, voto pelo **conhecimento e desprovimento dos recursos**. Sem majoração de honorários advocatícios, visto que não fixados pelo juízo de origem por força do artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública<sup>3</sup>.

Rio de Janeiro, 26 de outubro de 2021.

**Desembargador FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS**  
**Relator**

---

<sup>2</sup> **Art. 492, CPC.** É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

**Parágrafo único.** A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.

<sup>3</sup> **Art. 18, lei 7347/85.** Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)