



Número: **0806483-92.2018.8.15.0000**

Classe: **MANDADO DE SEGURANÇA**

Órgão julgador colegiado: **Tribunal Pleno**

Órgão julgador: **Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho**

Última distribuição : **03/11/2018**

Valor da causa: **R\$ 11725.14**

Assuntos: **Defensoria Pública**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **SIM**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes	
Tipo	Nome
ADVOGADO	ALINE LIMA DE SOUSA LIRA
IMPETRANTE	RIZALVA AMORIM DE OLIVEIRA SOUSA
IMPETRADO	MARIA MADALENA ABRANTES SILVA

Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
29181 35	03/11/2018 17:58	<u>Petição Inicial</u>	Petição Inicial

**AO JUÍZO DA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO
DA PARAÍBA**

RIZALVA AMORIM DE OLIVEIRA SOUSA, brasileira, viúva, Defensora Pública do Estado da Paraíba, Símbolo DP-4, matrícula 58.445-2, portadora do RG sob o nº 240.198 – 2ª Via – SSP/PB, inscrita no CPF/MF sob o nº 109.469.854-72, residente e domiciliada nesta cidade, na Avenida Monteiro da Franca, 913, Apto. 702, Manaíra, CEP: 58.038-320, por sua bastante procuradora, infra-assinada, conforme instrumento de mandato incluso, vem impetrar o presente **MANDADO DE SEGURANÇA, com pedido de liminar inaudita altera parte**, em face de ato lesivo e ilegal da autoridade pública **MARIA MADALENA ABRANTES SILVA, Defensora Pública Geral do Estado da Paraíba**, brasileira, casada, portadora do CPF sob nº 185.931.604-25 e da Identidade Civil nº 522.348-SSP/PB, exercendo suas atividades na Sede da Defensoria Pública do Estado da Paraíba, situada nesta cidade, à Rua Mon. Walfredo Leal, nº 487, Bairro Tambiá, CEP: 58.020-540, CNPJ: 10733319000180, pelos fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos.

**1 – DA COMPETÊNCIA DESSE EXCELSO TRIBUNAL – DA
TESPESTIVIDADE E CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA
– DA LEGITIMIDADE E DO INTERESSE DE AGIR:**

Dispõe a Constituição do Estado da Paraíba, no seu art. 104, inciso XIII, alínea “d”, que compete a esse excelso Tribunal processar e julgar Mandado de Segurança contra atos e omissões do Governador do Estado e dos Secretários de Estado, dentre outros.

Por sua vez, a Lei Complementar Estadual nº 77, de 01/06/2007, em consonância com o status constitucional da autonomia administrativa, estabelecida pelo art. 134, §§, da Constituição da República Federativa do Brasil, equipara o Defensor Público-Geral à Secretário de Estado (art. 12), a conferir a esse excelso Tribunal de Justiça a competência originária para processar e julgar mandado de segurança contra ato da autoridade, ora impetrada.

Cumpra observar, desde então, que a autoridade impetrada, na condição de **Defensora Pública-Geral é, também, Presidente do Conselho Superior da Defensoria Pública**, a teor do que dispõe o art. 21, inciso I, da Lei de Regência da Defensoria Pública da Paraíba, cópia anexa.

Esta ação mandamental versa sobre **ATO LESIVO e COATOR da Defensora Pública-Geral**, enquanto presidente do Conselho Superior da Instituição, retratado no **EDITAL DE VACÂNCIA Nº 005/2018-CS/DPPB, de sua iniciativa**, cópia anexa, **publicado no Diário da Justiça de 27/09/2018**, que abre vagas de promoção para os Defensores Públicos de primeira entrância, **em afronta às disposições constitucionais e à Lei de Regência da Defensoria Pública do Estado**, com o intuito de proveito pessoal na eleição de formação da lista tríplex para o cargo de Defensor Público-Geral, cujo processo eleitoral já se iniciou, docs. anexos.

Na realidade, a **Autoridade impetrada pretende promover 20 (vinte) Defensores Públicos recém-concursados, sem terem sido aprovados no estágio probatório e adquiridos a estabilidade no serviço público, deixando 20 (vinte) Comarcas de primeira entrância SEM Defensor Público** e sem qualquer previsão de provê-las, em face da total ausência de orçamento, fato notório nesse Tribunal de Justiça.

Esse modo de promoção denigre a imagem da Instituição e de seus membros, assim como as prerrogativas funcionais, numa demonstração nítida de desrespeito à coisa pública, à ordem administrativa e afronta aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e eficiência administrativas (art. 37, CF).

Deve-se observar, de logo, que **não há na Lei orgânica da Defensoria Pública (LC 104/2012) qualquer previsão de impugnação e recurso administrativo contra a propositura de promoção, ou mesmo da publicação e teor de editais de vacância**. Daí a pertinência e cabimento do presente mandado de segurança.

A impetrante é Defensora Pública Especial, classe mais elevada da carreira, que, a exemplo de todos os membros de outros níveis, é órgão de execução da Defensoria Pública (art. 35, LC 104/2012), e tem como dever legal a execução das atribuições institucionais da Defensoria Pública (art. 36, LC 104/2012), assim como **o direito de reclamar em juízo a inobservância de preceito legal, regulamento ou regimento**, art. 151, inciso X, da Lei Complementar Estadual nº 104/2012.

Por sua vez, o **Código de Ética dos Defensores Públicos da Paraíba**, aprovado pela Resolução nº 005, de 31/07/2013, no seu art. 8º, inciso IV, **estabelece que é DEVER do Defensor Público “zelar pelo prestígio, aprimoramento, valorização e pelas prerrogativas da Defensoria Pública”**, tipificando a negligência como ato atentatório ao decoro do cargo (art. 11, inciso XVIII), cópia anexa, a caracterizar, afinal, condescendência criminosa (art. 320 do Código Penal).

A legitimidade e o interesse de agir da Impetrante, como membro da Instituição, para a presente ação mandamental, **decorrem do dever de agir para evitar prejuízo à ordem administrativa, aos cofres da Instituição e á assistência jurídica aos necessitados**, sendo, pois, direito líquido e certo, em ver os atos de promoção dos Defensores Públicos serem efetivados segundo as prescrições dos arts. 80, 81 e 84 da Lei Complementar Estadual nº 104/2012, e 41, § 4º, da Constituição Federal, e com plena observância aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e eficiência administrativa.

Como precedentes judiciais, seguem julgados da Suprema Corte:

“Ementa: "O parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional. Legitimidade ativa do parlamentar, apenas. Precedentes do STF: MS 20.257/DF, Ministro Moreira Alves (leading case), RTJ 99/1031; MS 21.642/DF, Ministro Celso de Mello, RDA 191/200; MS 21.303-AgR/DF, Ministro Octavio Gallotti, RTJ 139/783; MS 24.356/DF, Ministro Carlos Velloso, DJ 12-9-03.” (STF - MS 24.642, STF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 18.02.04)

“Ementa: "A legitimidade ad causam no mandado de segurança pressupõe que o impetrante se afirme titular de um direito subjetivo próprio, violado ou ameaçado por ato de autoridade; no entanto, segundo assentado pela doutrina mais autorizada (cf. Jellinek, Malberg, Duguit, Dabin, Santi Romano), entre os direitos públicos subjetivos, incluem-se os chamados direitos-função, que têm por objeto a posse e o exercício da função pública pelo titular que a detenha, em toda a extensão das competências e prerrogativas que a substantivem: incensurável, pois, a jurisprudência brasileira, quando reconhece a legitimação do titular de uma função pública para requerer segurança contra ato do detentor de outra, tendente a obstar ou usurpar o exercício da integralidade de seus poderes ou

competências: a solução negativa importaria em 'subtrair da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito'. A jurisprudência — com amplo respaldo doutrinário (v.g., Victor Nunes, Meirelles, Buzaid) — tem reconhecido a capacidade ou 'personalidade judiciária' de órgãos coletivos não personalizados e a propriedade do mandado de segurança para a defesa do exercício de suas competências e do gozo de suas prerrogativas. Não obstante despido de personalidade jurídica, porque é órgão ou complexo de órgãos estatais, a capacidade ou personalidade judiciária do Ministério lhe é inerente — porque instrumento essencial de sua atuação — e não se pode dissolver na personalidade jurídica do estado, tanto que a ele freqüentemente se contrapõe em juízo; se, para a defesa de suas atribuições finalísticas, os tribunais têm assentado o cabimento do mandado de segurança, este igualmente deve ser posto a serviço da salvaguarda dos predicados da autonomia e da independência do Ministério Público, que constituem, na Constituição, meios necessários ao bom desempenho de suas funções institucionais. Legitimação do Procurador-Geral da República e admissibilidade do mandado de segurança reconhecidas, no caso, por unanimidade de votos." (STF, MS 21.239, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.05.06.91)

2 – DO ATO COATOR – PROMOÇÃO DE DEFENORES PÚBLICOS RECÉM-CONCURSADOS EM ESTÁGIO PROBATÓRIO – AUSÊNCIA DE AVALIAÇÃO E APROVAÇÃO – INEXISTÊNCIA DA ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO – AFRONTA AO ART. 41 E § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTS. 66, 81 E 84 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 104/2012:

I – Considerações iniciais:

A Defensoria Pública passa por uma crise institucional, onde licitação e contratos administrativos são suspensos pelo Tribunal de Contas do Estado (Proc. TC Nº 13.959/17), e por esse Poder Judiciário (Proc. APop nº 0828305-51.2018.8.15.2001, 6ª VFP, JP/PB), insistência de inclusão do direito de voto do Defensor aposentado, nas eleições da Defensoria, em estampada desobediência às decisões desse excelso Tribunal de Justiça (MS nº 2013167-71.2014.8.15.0000 e MS nº 0803893-45.2018.8.15.0000), com dirigentes representados criminalmente (ICP/MP-PB, Proc. nº 002.2018.10968), excesso de contratação de pessoal, deslocamento de Defensor em estágio probatório para cargos administrativos e com atuação em comarcas de entrâncias diferentes, falta de avaliação do estágio probatório e outras irregularidades.

É nesse viés **que se quer fazer a progressão funcional de 20 (vinte) Defensores Públicos recém-concursados, sem sequer terem sido submetidos à primeira das três avaliações do estágio probatório**, e, conseqüentemente, **sem aquisição da estabilidade no serviço público**.

A Lei Complementar Estadual nº 104, de 23/05/2012 – Lei de Regência desta Defensoria – fixa o número de cargos de Defensores nas três entrâncias, inclusive à especial, estabelecendo o quadro e o modo de acesso à evolução na carreira. Para este, prevê dois critérios de promoção, por antiguidade e merecimento (Seção I do Capítulo V do Título II).

Essa estrutura jurídica exige alguns requisitos de natureza subjetiva e objetiva para promoção funcional, que devem ser preenchidos sob pena de invalidação e que diferenciam daqueles estabelecidos para o concurso público.

É preciso observar, desde já, que, a partir da Emenda Constitucional 80/2014, inseriu-se, no sistema jurídico pátrio das Defensorias Públicas nacionais, **uma regra nuclear inerente à lotação dos Defensores Públicos – ocupação do maior número de unidades jurisdicionais**, art. 98, *caput* e § 1º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Para a plenitude da aplicação dessa norma programática, a ser alcançada em 8 (oito) anos, a começar da data da Emenda Constitucional 80, de 2014, o constituinte derivado considerou priorizar as regiões com maior índice de exclusão social e adensamento populacional, art. 98, § 2º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Essa prioridade tem como objetivo alcançar o maior número de pessoas necessitadas, mas nunca em esvaziar as unidades onde já se encontram ocupadas. Caso contrário, estar-se-ia afrontando a norma programática matriz – alcance do maior número de unidades.

Essa norma programática foi o fundamento jurídico da realização do primeiro concurso público desta Defensoria Pública (Defensores da pretensa promoção), para ocupação das unidades jurisdicionais de primeira entrância, cujos correspondentes Órgãos da Defensoria Pública encontravam-se, há muito, vagos.

Por isso e nesse mesmo sentir, defere-se que eventual promoção dos Defensores recém-concursados, ocupantes dos cargos de primeira entrância, uma vez promovidos para

segunda entrância, **acarretará vacância dos cargos, deixando tais unidades jurisdicionais sem a devida assistência jurídica gratuita.**

O ato promocional, neste caso, está esvaziado de interesse público, mesmo porque não há qualquer previsão, ou mesmo perspectiva, de recursos orçamentários para o preenchimento dos cargos vagos. Isso vai, indiscutivelmente, na contramão do norte constitucional, insito no mencionado art. 98, §§, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias:

“Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)”

Com esses argumentos preambulares, já se definiu três requisitos legais: o primeiro de ordem estrutural, que é o número de cargos; e os outros dois de atendimento ao interesse público, que são a ocupação do maior número de unidades jurisdicionais e o preenchimento dos cargos vagos.

II – Ilegalidades da pretensa promoção – Necessidade de anulação do edital – Preservação da ordem administrativa e do interesse público:

Cumprir lembrar que o texto do referido instrumento oficial traz, inicialmente, duas ilicitudes que o eivam de nulidade:

a) primeira, **limita a participação dos Defensores**, não só pelo critério de antiguidade, mas, também, pelo merecimento, fixando, em ambos, aos *“ocupantes do primeiro quinto (1/5) da lista de antiguidade (Emenda Constitucional 80/2014)”*; e

b) segunda, porque **omite os critérios objetivos para aferição do merecimento**, estabelecidos pelos incisos I à VI do art. 81 da Lei Complementar Estadual nº 104/2012.

À primeira ilegalidade, sobressai o entendimento de que o Conselho Superior deu interpretação equivocada à Lei Orgânica desta Defensoria, quando fixou limite fracionário de participantes à promoção pelo critério de antiguidade, em face da própria Lei, que só o fez para a modalidade de merecimento (art. 82, § 1º, LC 104/2012).

O número de vagas, por si só, é o limite da quantidade de Defensores a serem promovidos, daqueles que se encontram na classe inferior, evidentemente satisfeito o requisito temporal. Isso porque os mais antigos inscritos no certame serão preferidos, independente de estarem dentro da limitação de 1/3 (um terço) ou 1/5 (um quinto) da lista de antiguidade.

Na ausência dos mais antigos, seja por falta de interesse ou impedimento legal, os que se sucederem nessa ordem vão tendo preferência, até o preenchimento das vagas ofertadas de acordo com o número de inscritos.

Então, quando esse ato administrativo – edital em apreço – limita a participação aos ocupantes do primeiro quinto o faz incidindo em ilegalidade, no abuso do direito regulamentar, criando distorção e restrição a direito não previstos na própria Lei.

A Lei de Regência da Defensoria Pública, ao definir os critérios de promoção, **NÃO FIXOU** limite fracionário de participante da lista de antiguidade pelo critério de antiguidade, só o fazendo pelo critério de merecimento.

Por conseguinte, dado o texto do mencionado ato administrativo, o direito de participar da promoção pelo critério de antiguidade ficou cerceado, pela delimitação do primeiro quinto (1/5) da lista de antiguidade, em afronta literal ao princípio da legalidade, insito nos arts. 5º, inciso II, e 37, *caput*, da Constituição Federal; e 80, §§, da Lei Complementar Estadual nº 104/2012.

À segunda ilegalidade, constata-se que o erro é de mesma origem – interpretação equivocada. Deu-se à expressão vaga, ou oca, “**no que couber**”, insita no § 4º do art. 134, da Constituição Federal, incluído pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 80, de 2014, uma interpretação que o legislador constitucional não pretendeu.

A Lei de Regência desta Defensoria Pública, no § 1º do art. 82, definiu expressamente que a participação da promoção pelo **critério de merecimento** dar-se-á com os ocupantes do **PRIMEIRO TERÇO da lista de antiguidade**, Eis o dispositivo:

“§ 1º. A promoção por merecimento dependerá de lista tríplice para cada vaga, elaborada pelo Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado da Paraíba, em sessão secreta, com ocupantes do primeiro terço da lista de antiguidade.”

Pois bem, o edital em apreço restringiu a participação dos Defensores para o primeiro quinto (1/5), na modalidade de promoção por merecimento, reduzindo a quantidade de participante, prevista para o primeiro um terço (1/3) no texto legal, ou seja, **transformaram o status constitucional da possibilidade da aplicação das normas constitucionais**, inerentes ao Poder Judiciário, **para dar-lhe força modificativa, revogatória**, de situação e direitos já definidos literalmente na Lei especial. Aqui, na situação jurídica em exame, **NÃO CABE a aplicação das normas inerentes ao Poder Judiciário**. O direito e os requisitos já estão postos, definidos, estabelecidos.

Outra ilicitude, de natureza omissiva, que tem dado azo às condutas administrativas ilegais e imorais, com ofensa aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e da eficiência administrativas, **é a falta de fixação dos critérios objetivos para aferição do merecimento**, estabelecidos pelos incisos I à VI do art. 81 da Lei Complementar Estadual nº 104/2012.

Não se sabe quais e como os documentos comprobatórios das atividades e deveres funcionais deverão ser entregues e a qual órgão recebedor; quais os valores fixados para cada item; enfim, quais os procedimentos e critérios objetivos das respectivas avaliações.

Essa omissão é negar a própria essência desse tipo de modalidade, deixando a escolha dos participantes à plena conveniência pessoal e subjetiva dos membros do Conselho Superior.

E, por fim, ao se permitir que os Defensores Públicos recém-concursados, sem terem cumprido o estágio probatório e alcançado a estabilidade, possam requerer suas inscrições à promoção, deflagra-se a mais grotesca demonstração de inconstitucionalidade para as promoções, senão vejamos.

Essa estranha permissão do Edital, mesmo sem expressão literal específica, também sem vedação explícita aos recém-concursados, **mesmo porque todos os componentes da classe primeira entrância são os recém-concursados**, é inconstitucional e afrontosa, também, às normas infraconstitucionais, notadamente ao disposto nos arts. 41, *caput* e §

4º, da Constituição Federal, 66 e 84, *caput*, da Lei Complementar Estadual nº 104/2012, *in verbis*:

“Constituição Federal:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

...

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

“Lei Complementar Estadual nº 104/2012:

Art. 66. Durante o período de 3 (três) anos, contados do dia em que o Defensor Público houver entrado em exercício, será apurado o preenchimento dos requisitos necessários à confirmação na carreira, após o que adquirirá a estabilidade no serviço público.

...

Art. 84 Os membros da Defensoria Pública do Estado da Paraíba somente poderão ser promovidos após 3 (três) anos de efetivo exercício na classe em que estiverem.”

O estágio probatório é o período pelo qual o Defensor Público é avaliado pela assiduidade, disciplina, capacidade e eficiência, responsabilidade e produtividade, podendo, inclusive, ser exonerado pelo descumprimento desses requisitos.

Esses requisitos precisam ser avaliados por uma Comissão Especial, homologado pelo Defensor Geral e decidido pelo Conselho Superior, para que se concretize a confirmação do estágio e a aquisição da estabilidade no serviço público.

Como se vê, **não basta, tão somente, o cumprimento das funções no prazo de 3 (três) anos, é imprescindível a satisfação dos requisitos elencados no § 2º do art. 66 da Lei Complementar Estadual nº 104/2012**, através das avaliações periódicas, prescritas nos incisos I a III do art. 67 desse mesmo diploma legal, em consonância com a disposição contida no supratranscrito § 4º do art. 41 da Constituição Federal.

Essas avaliações são obrigatórias para o estágio probatório e alcance da estabilidade, sem as quais nenhum desses dois se concretizam. Não há como adquirir a estabilidade apenas pelo decurso do prazo de 3 (três) anos (arts. 41, § 4, CF; e 66 e 84. LC 104/2012).

A estabilidade não é automática e nem eximem os Defensores de exoneração pelas faltas cometidas, durante o período de 3 (três) anos, e mesmo após o decurso desse prazo trienal.

Na realidade, durante o estágio probatório, o Defensor possui, tão somente, *“expectativa de direito à estabilidade”*. **Por isso a Defensoria-Geral tem o dever de zelar pelo rigor desse procedimento administrativo**, para evitar prejuízos à progressão funcional dos Defensores recém-concursados e a deslinde da incapacidade e condutas indevidas (STF, RE 805491, Rel. Min. Dias Toffili, publicado em 20/08/2015).

Esse período probatório é condição *sine qua non* para aquisição da estabilidade funcional. Portanto, **a aprovação no estágio probatório e a estabilidade funcional são requisitos essenciais à ascensão funcional** à classe de Defensor Público de 1ª entrância – art. 66 da Lei Complementar Estadual nº 104/2012.

Desse sistema jurídico, conclui-se que **a excepcionalidade disposta para a promoção, insita no § único do art. 84 da Lei Complementar Estadual nº 104/2012** – dispensa do prazo de 3 (três) anos de efetivo exercício na classe –, **não se aplica àqueles Defensores Públicos pendentes da aprovação no estágio probatório e da aquisição da estabilidade no serviço público.**

Por outro lado, poder-se-ia levantar como precedente dessa excepcionalidade uma decisão do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, de 2011, mas inapropriada porque o caso nela tratado, **do magistrado do Estado de Goiás – “Pedido de Providências N° 200810000014971/CNJ” – versa sobre TITULARIDADE e VITALICIEDADE, que são institutos diferentes da promoção.**

Tanto assim foi que o próprio relator do processo, Conselheiro Paulo Lôbo, assim deixou claro no voto: *“Cuida-se, desse modo, de situações independentes entre si e que nada têm a ver com progressão funcional na carreira ou promoção”*.

Destarte, como se afigura dessemelhante a matéria nele apreciada, essa referida decisão do CNJ não tem força suficiente a ensejar sua aplicação, sequer de forma comparativa, correspondente, analógica, quanto mais como precedente da questão, ora apreciada!

No entanto, **há um CASO SEMELHANTE e recente, inclusive de Defensores Públicos concursados**, que foi julgado tanto pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA como pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, com apreciação dessa matéria, ou seja, **Defensores Públicos recém-concursados pleiteando a promoção, sem terem concluído o estágio probatório e nem adquirido a estabilidade no serviço público.**

Essa questão teve origem na Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso, onde o Tribunal de Justiça estadual (MS 2005/0030621-2) indeferiu o mandado de segurança para nomeação dos Defensores concursados.

O Superior Tribunal de Justiça, através do Recurso Ordinário Nº 19.635-MS, modificou a decisão do Tribunal estadual, e, no segundo embargados de declaração (EDcl nos EDcl no Recurso em Mandado de Segurança Nº 19.634-MS) **deu o direito à contagem de tempo de serviço e à indenização.**

Entretanto, **negou o direito à promoção funcional**, sob o fundamento de que tais Defensores precisam satisfazer as exigências legais e constitucionais, **dentre elas a aprovação em estágio probatório e o efetivo exercício funcional, durante três anos.**

Eis a ementa desse julgado, com relatoria da Min. Maria Thereza de Assis Moura:

“EMENTA: EMBARGOS DECLARATÓRIOS NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DEFENSOR PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO. PRETENSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. NÃO-CABIMENTO.

1. . . .

2. . . .

3. . . .

4. Reconhecimento à contagem de tempo de serviço pretérito, bem como do direito à indenização correspondente às remunerações



retroativas à data em que deveria ter ocorrido a nomeação. Ausência de julgamento extra petita, pois se trata de mera consequência lógica do deferimento do pedido de nomeação.

5. Não há de se falar em reconhecimento do direito dos embargados à promoção funcional, que depende de fatores outros que não apenas o reconhecimento de tempo de serviço pretérito, mas o cumprimento de exigências legais e constitucionais como a aprovação, após três anos de efetivo exercício, em estágio probatório.

6. Embargos declaratórios acolhidos em parte, para esclarecer que os embargados têm direito à contagem de tempo de serviço desde o dia 28122002, bem como à indenização em valor equivalente às remunerações que teriam recebido no período de 28122002 até sua entrada em exercício no cargo de defensor público.”

Esse arresto foi claro e taxativo em asseverar que a promoção funcional dos Defensores Públicos concursados depende da aprovação em estágio probatório e de efetivo exercício das funções, por 3 (três) anos.

Apesar da clareza do texto dessa ementa, cumpre assentar parte do voto da mencionada Ministra relatora, referente ao ponto em questão:

“Por fim, não há de se falar em reconhecimento do direito dos embargados à promoção funcional, que depende de fatores outros que não apenas o reconhecimento de tempo de serviço pretérito, mas o cumprimento de exigências legais e constitucionais como a aprovação, após três anos de efetivo exercício, em estágio probatório.

Nesse sentido, estabelece a Constituição Federal, e, seu artigo 41, caput e § 4º, que "são estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público" e que "como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade."

...

Desse modo, a promoção na carreira pelos Defensores Públicos do Estado do Mato Grosso deve ocorrer em conformidade com as determinações legais, devendo os impetrantes entrar em exercício como Defensores Públicos Substitutos para, após aprovados no



estágio probatório, efetivarem-se no cargo de Defensor de 1ª Entrância e, posteriormente, serem promovidos às demais entrâncias.”

Inconformados com esse entendimento, os recorrentes interpuseram Recurso Extraordinário ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, tombado sob nº 692.392-MT, que culminou com o seguinte julgado:

“EMENTA: CONCURSO PÚBLICO – NOMEAÇÃO – ORDEM JUDICIAL – PROMOÇÕES. A nomeação tardia de candidatos aprovados em concurso público, por meio de ato judicial, à qual atribuída eficácia retroativa, não gera direito às promoções ou progressões funcionais que alcançariam houvesse ocorrido, a tempo e modo, a nomeação.” (Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 08/06/2017)

Para esse julgado, os Ministros dessa Corte Suprema produziram os seguintes fundamentos jurídicos, tomados, em parte, nos seguintes textos:

- Min. Relator Marcos Aurélio:

“Por essas razões, sob os ângulos financeiro e funcional da nomeação tardia, concluo no sentido da impropriedade do inconformismo. Uma vez empossado no cargo, cumpre ao servidor atentar para todas as regras atinentes ao respectivo regime jurídico, incluídas as concernentes ao estágio probatório e as específicas de cada carreira. Somente considerado o desempenho do agente, por meio de atuação concreta a partir da entrada em exercício, é possível alcançar a confirmação no cargo, bem assim a movimentação funcional, do que decorreriam a subida de classes e padrões, eventual alteração na designação do cargo ou quaisquer outras consequências funcionais.

Situação diversa ocorreria caso implementada tutela para imediata nomeação e, portanto, integração na carreira, com as consequências próprias.

Analizando o caso concreto, não há como presumir a aprovação em estágio probatório, tampouco reconhecer o direito à movimentação na carreira, mediante alteração da designação do cargo inicial – o de Defensor Substituto – e das lotações, presentes as diferentes entrâncias até a capital. Os pressupostos para tanto hão de ser observados após a posse e o efetivo trabalho exercido, ficando preservadas a organização administrativa do Órgão e, até mesmo, a isonomia entre os ocupantes do cargo.

Com esses fundamentos, desprovejo o extraordinário.”

- Ministro Edson Fachin:

“Então, a questão efetivamente que está no busílis, no nó do tema em desate, é mesmo a atinente ao direito de promoção. E, nesse ponto, a conclusão de Sua Excelência, o eminente Ministro-Relator, agasalha a conclusão a que cheguei. Eu tenho a honra, portanto, de acompanhar o eminente Relator.

...

A necessidade da aprovação em estágio probatório, asseverada pelo acórdão recorrido, advém de interpretação da legislação local, em especial do artigo 34 da Lei Complementar Estadual n. 146/2003, que exige, para a promoção do Defensor Público Substituto, classe inicial da carreira, o cumprimento do estágio probatório de três anos, como requisito à ascensão funcional à classe de Defensor de 1ª instância.

Portanto, a vinculação da promoção dos Defensores ao estágio probatório, da forma como fixada pelo acórdão a quo, consiste em requisito previsto por lei, a impedir o exercício do direito imediato à promoção pelos Impetrantes, eis que este não decorre da mera nomeação em cargo público, mas sim de seu efetivo exercício.

Dessa forma, e especialmente em atenção ao precedente firmado no RE 724.347-RG, julgo improcedente o recurso extraordinário interposto.”

- Ministro Luiz Roberto Barroso:

“Como corolário lógico desta tese afirmada pelo Plenário, não se deve admitir a retroação dos efeitos de nomeação em cargo público, sobretudo para aquisição de direitos funcionais que dependem de efetivo exercício e avaliação de desempenho.

E aqui, portanto, estou convergindo com todos os votos que me antecederam:

A progressão funcional com o aproveitamento de tempo de serviço não trabalhado equivaleria a uma medida compensatória, sem que exista, no ver do Supremo, fundamento para a responsabilidade civil do Estado.

...

14. Além disso, a aquisição de direitos funcionais, salvo hipóteses excepcionais admitidas em lei, deve se dar com base em tempo efetivo de exercício, acompanhada de avaliação de desempenho. O regime constitucional dos servidores públicos conta com previsões que repudiam as chamadas contagens fictícias de tempo de serviço. A exigência de avaliação de desempenho para aquisição de estabilidade e a vedação ao aproveitamento de tempo fictício para aposentadoria são exemplos dessa diretriz constitucional.

...

16. Registre-se, por fim, tal como consignado pelo acórdão recorrido, uma vez que inadmitida a revisão fática e infraconstitucional em recurso extraordinário, que a promoção funcional na carreira de Defensor Público do Estado do Mato Grosso não depende exclusivamente de tempo pretérito de serviço, mas pressupõe avaliação de desempenho e efetivo exercício. Essas previsões infirmam, no caso, o acolhimento da progressão funcional veiculada no apelo extraordinário.”

- Ministra Carmem Lúcia (Vogal):

12. Na espécie, centrada a discussão na retroação dos efeitos funcionais da nomeação, mais especificamente na negativa da progressão funcional dos Recorrentes, com dispensa do estágio probatório, o mesmo entendimento se aplica.

Pelo que demonstrado nos precedentes colacionados, o acórdão recorrido não destoa da jurisprudência deste Supremo Tribunal, a exigir o efetivo exercício do cargo para a consecução dos respectivos efeitos remuneratórios que, em última análise, são incrementados pela progressão funcional.

Situação contrária, além de importar em enriquecimento sem causa lícita de direito e afronta ao postulado da isonomia, que todos submete ao período de prova, macularia princípios informadores da Administração Pública, em especial os da legalidade e da eficiência, que, insculpidos no caput do art. 37 da Constituição, projetam a tutela do cidadão administrado com o aperfeiçoamento dos serviços públicos.

Como ponderei, ainda em sede doutrinária:

“Tendo em vista a finalidade do estágio probatório, exige-se o cômputo do período com o efetivo exercício do servidor. Significa tanto afirmar, conforme acima salientado, que somente se pode apurar e concluir sobre o desempenho do servidor quando ele esteja no pleno exercício das funções. Alguns afastamentos são, então, excluídos do período para o efeito daquela contagem, negando a legislação a concessão de algumas licenças, especialmente a denominada ‘por interesse particular’, enquanto outras somente podem ser menosprezadas se não ultrapassarem período que não impeça ou não prejudique a avaliação especial de desempenho, que é condição constitucional insuperável para chegar à estabilização da relação jurídico-funcional. Se a Administração Pública nomeou e deu posse, confirmando o exercício das funções de determinado cargo público, é que a sociedade precisa dessa atividade, e o nomeado que assuma tais funções tem de se mostrar pronto a assumi-las” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais dos servidores públicos. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 238).”

Por fim, vale destacar que a Lei de Regência da Defensoria do Estado do Mato Grosso – Lei Complementar Estadual 146, de 29/12/2003, no seu texto original do art. 59, época da referida demanda judicial, previa, também, a excepcionalidade quando não houvesse candidato (LC 104/2012, art. 84, § único). Mas, como demonstrado anteriormente, essa exceção se aplica após a aprovação em estágio probatório e a aquisição da estabilidade no serviço público.

Portanto, não podemos deixar que o entusiasmo poético, ou os interesses pessoais da política institucional, afete a ordem administrativa da Defensoria Pública, cujas consequências de uma reparação judicial, inclusive de ordem financeira, haverão de recair sobre a gestão da Instituição.

3 – DOS PEDIDOS À CONCESSÃO DA SEGURANÇA :

Pelo exposto, requer a Impetrante:

- a) a concessão da **PRIORIDADE NA TRAMITAÇÃO DESTE PROCESSO**, tendo em vista a idade do Impetrante, nascido em 31/05/1948, conforme se depreende da documentação anexa, a teor do que dispõe os arts. 1.048, inciso I, do Código de Processo Civil, e 71, da Lei nº 10.741, de 1º/10/2003, que lhe concedem o direito à obtenção dessa garantia;

- b) a concessão do **benefício da gratuidade judiciária**, de acordo com os arts. 98 e 99 do Código de Processo Civil, por não ter condições econômicas, pelo menos momentaneamente, de arcar com despesas processuais e honorários advocatícios, sem prejuízo de seu sustento e familiares;
- c) a concessão da presente medida liminar *inaudita altera parte*, para determinar à Autoridade impetrada a **suspensão da promoção dos Defensores recém-concursados, referente ao EDITAL DE VACÂNCIA Nº 005/2018-CS/DPPB, que não tenham sido aprovados em estágio probatório e adquirida a estabilidade no serviço público**;
- d) seja notificada a autoridade impetrada, para, querendo, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações necessárias (art. 7º, inciso I, da Lei nº 12.016/2009);
- e) seja dada ciência à Assessoria Jurídica da Defensoria Pública, situada em sua sede, na forma do art. 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009, e à Procuradoria Geral do Estado;
- f) a intimação do ilustre representante do Ministério Público, para officiar no feito;
- g) **seja concedida, afinal, a segurança para determinar a vedação da promoção funcional de Defensores Públicos recém-concursados, que não obtiveram aprovação em estágio probatório e nem adquiriram a estabilidade no serviço público, com anulação do EDITAL DE VACÂNCIA Nº 005/2018-CS/DPPB, com referência a esses Defensores; e**
- h) seja arbitrada a multa cominatória, pessoal e diária, no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), bem como o envio das peças principais deste processo ao Ministério Público, pela caracterização do crime de desobediência, em caso de descumprimento da ordem concedida;

Dá-se à causa o valor de R\$ 11.725,14 (onze mil, setecentos e vinte e cinco reais e quatorze centavos), somente para efeitos fiscais.

Termos em que, pede deferimento.

João Pessoa, 03 de novembro de 2018.

Aline Lima de Sousa Lira

OAB/PB 19.564