Processo nº00847-1999-018-04-00-4

EMENTA: **CONVÊNIO HAVIDO ENTRE FUGAST E SSMA. ARREGIMENTAÇÃO DE PESSOAL AO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. AFRONTA AO ARTIGO 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** O conjunto probatório demonstra ter havido arregimentação de empregados ao Estado do Rio Grande do Sul, com lotação na Secretariada Saúde e do Meio Ambiente - SSMA, através de convênio mantido com a FUGAST e esta Secretaria, em evidente subterfúgio visando burlar a exigência de prévia aprovação em concurso público prevista no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal. Recurso a que se nega provimento.

VISTOS e relatados estes autos, oriundos da 18ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, EM REMESSA "EX OFFICIO" e RECURSO ORDINÁRIO, sendo recorrentes FUNDAÇÃO RIOGRANDENSE UNIVERSITÁRIA DE GASTROENTEROLOGIA - FUGAST E ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL e recorridos OS MESMOS E MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.

Os autos retornam a este Tribunal em razão de nova decisão proferida na origem, atendendo julgamento proferido por esta Turma (acórdão de fls. 1174/1177) que afastou a incompetência absoluta declarada quanto aos pedidos "b - 1 e 3" da inicial (fl. 26) e determinou a remessa do feito à Vara de origem para o exame do mérito.

O Ministério Público do Trabalho ajuíza Ação Civil Pública, com pedido de antecipação de tutela, em face do Estado do Rio Grande do Sul - primeiro demandado - e FUGAST- Fundação Riograndense Universitária de Gastroenterologia - segunda demandada -, alegando serem eivadas de ilegalidade, porquanto ao arrepio do artigo 37, incisos I e II, da Constituição Federal de 1998, as contratações de pessoal levadas a efeito pelo Estado do Rio Grande do Sul por intermédio de convênio mantido com a FUGAST, noticiando a negativa do Estado do Rio Grande do Sul a firmar

ajustamento de conduta objetivando o afastamento dos empregados nessa situação, com prazo em dezembro de 2000. Sustenta que as reclamações trabalhistas ajuizadas por estes empregados estariam acarretando prejuízos ao erário, além de não se verificar a ocorrência de qualquer obstáculo à regularização da situação em prazo mais curto do que o proposto pelo primeiro reclamado. Julgada parcialmente procedente a Ação Civil Pública ajuizada (fls. 1203/1216), a segunda ré, FUGAST, ante a decisão que determinou que se abstenha de servir de interposta pessoa na contratação de empregados públicos, bem como deixe de fornecer mão-de-obra para quaisquer entes públicos, sob pena de pagamento de multa equivalente a R$ 20.000,00 por descumprimento, considerado como tal cada trabalhador contratado, reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, busca a reforma da decisão de origem (fls. 1263/1277) para ver acolhidas como regulares as contratações efetivadas pelo Estado do Rio Grande do Sul - primeiro reclamado -, uma vez que emergenciais e destinadas a suprir necessidades permanentes da Secretaria da Saúde, dos hospitais e postos de saúde públicos, bem como absolvê-la do pagamento da multa cominada em sentença, em caso de descumprimento, alegando não possuir autonomia em relação ao Estado do Rio Grande do Sul para tanto, tendo em vista que as contratações não se encontram em sua esfera de responsabilidade.

O Estado do Rio Grande do Sul (fls. 1280/1288) renova as prefaciais de litispendência em relação a processo que tramita na Justiça Cível, de carência de ação por ilegitimidade processual ativa e de incompetência desta Justiça Especializada, em razão da matéria. No mérito, insurge-se contra a decisão que determinou que se abstenha de contratar empregados, a qualquer título, sem a realização de concurso público nos moldes do inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, além de abster-se de contratar empregados por meio de interposta pessoa, sob pena de pagamento de multa equivalente a R$ 20.000,00 por descumprimento, considerado como tal cada trabalhador contratado, reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT. Acaso mantidas as condenações, pretende que o alcance da sentença encontre limite

nas relações entre o Estado do Rio Grande do Sul e a FUGAST; sejam excluídas dos limites da condenação as cedências realizadas entre entidades participantes da prestação de serviços públicos; sejam excluídas dos limites da condenação os contratos de prestação de serviços contínuos e de empreitadas, além de reduzidos os valores das multas cominadas.

O reclamante apresenta contraminuta (fl. 1296), propugnando pela manutenção da sentença de origem.

É o relatório.

ISTO POSTO:

PRELIMINARMENTE.

1 - REAUTUAÇÃO DO FEITO.

Determina-se a reautuação do feito para constar o reexame necessário, a teor do art. 1º, inciso V, do Decreto-Lei nº 779/69, tendo e vista a presença do Estado do Rio Grande do Sul, sob sucumbência, no pólo passivo da demanda.

2 - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO .

O primeiro reclamado, Estado do Rio Grande do Sul, renova a argüição de incompetência da Justiça do Trabalho, em razão da matéria, para apreciar e julgar a Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho .

A prefacial invocada já foi objeto de decisão no acórdão de fls. 1174/1177, tendo esta Turma entendido pela competência desta Justiça Especializada pelo acolhimento da prefacial, à exceção dos pedidos "b - 1 e 3" da inicial (fl. 26). Nesse contexto, descabe nova decisão sobre a matéria, sob pena de ofensa à coisa julgada.

Rejeita-se.

3- LITISPENDÊNCIA.

O primeiro reclamado, Estado do Rio Grande do Sul, renova a argüição de litispendência entre a presente ação e a de nº 101865328, Ação Civil Pública distribuída à 1ª Vara da Fazenda Pública desta Capital, ajuizada pelo Ministério Público Estadual em julho de 1999 (fls. 504 e seguintes).

A decisão ora atacada não reconheceu existente a litispendência suscitada e, consequentemente, não acolheu o pedido de extinção do processo sem julgamento do mérito.

O exame deve restringir-se às matérias versadas nos pedidos "b - 1 e 3" da inicial da presente demanda (fl. 26), em relação às quais foi afastada a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho, declarada na instância de origem, verbis:

b) a procedência do feito, para:

1 - "determinar que a FUGAST - Fundação Riograndense Universitária de gastroenterologia se abstenha de servir de interposta pessoa para contratações irregulares de servidores públicos ou de atuar como fornecedora de mão - de - obra para entes públicos, sob pena de, em descumprindo a determinação, pagar multa no equivalente a 20.000 UFIRs (vinte mil Unidades Fiscais de Referência), ou índice substitutivo, por infração e por trabalhador flagrado em situação irregular, reversível ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador". (...)

3 - "condenar o Estado do Rio Grande do Sul ao cumprimento das obrigações alinhadas no item "a" acima, sob pena de, em descumprindo a determinação,

pagar multa equivalente a 20.000 UFIRs (vinte mil Unidades Fiscais de Referência), ou índice substitutivo, por dia de atraso no cumprimento dos itens 3 e 4, reversível ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador".

No referido item "a" da inicial, observam-se os seguintes pedidos, verbis:

a) "A antecipação da tutela para determinar que o Estado do Rio Grande do Sul":

"Se abstenha de contratar empregados, a qualquer título, sem a realização de concurso público nos moldes legais (art. 37, II, da CF/88), ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração e a hipótese prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal;

"Se abstenha de contratar empregados através de interposta pessoa, especialmente a FUGAST - Fundação Riograndense Universitária de Gastroenterologia";

"Afaste, imediatamente, extinguindo a relação de trabalho com ela mantida, os trabalhadores formalmente registrados pela FUGAST e que lhe prestam serviços, exercendo os seguintes cargos..." (arrolados os cargos de advogado, analista de sistemas, arquiteto, arquivista, ciências, contador, digitador, economista, educação física, engenheiro civil, engenheiro eletrônico, geografia, história, instalador hidráulico, jornalista, letras, recreacionista, relações públicas, secretário executivo e sociólogo);

"Afaste, no prazo de 6 meses, extinguindo a relação de trabalho com eles mantida, todos os trabalhadores formalmente registrados pela FUGAST e que lhe prestam serviço".

Nos termos do artigo 301, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, aqui aplicado de forma subsidiária, por permissão do artigo 769 da Consolidação

das Leis do Trabalho: "Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada". Textualmente, o mesmo diploma legal define a litispendência no parágrafo 3º do já citado artigo: "Há litispendência quando se repete ação que está em curso; ..." No dizer de J. J. Calmon de Passos, "A litispendência e a coisa julgada reclamam identidade da lide. E isso ocorre quando são os mesmos os sujeitos que contendem a respeito do mesmo bem da vida e pela mesma causa. Há, por conseguinte, uma tríplice identidade exigida para que se reconheça a identidade das lides: identidade dos sujeitos, identidade do pedido e identidade da causa de pedir. Faltando qualquer dessas identidades, não se pode cogitar nem de litispendência nem de coisa julgada" (J. J. Calmon de Passos, Comentários ao Código de Processo Civil, volume III, pág. 309, Ed. Forense, 1988).

O exame da peça inicial, em cotejo com a cópia da inicial do processo noticiado pelo recorrente (fls. 504 e seguintes), leva à conclusão de que o pedido expresso na presente ação sob o número 2 da letra "a" da inicial (abster-se, o Estado do Rio Grande do Sul, de contratar empregados através de interposta pessoa, em especial a FUGAST - fl. 24), encontra-se contido em pretensão veiculada na ação ajuizada perante a Justiça Comum, abrangido pelo item de número 3, na parte final daquele petitório, cuja cópia encontra-se juntada à folha 556 dos presentes autos (abster-se de "...admitir indiretamente recursos humanos remunerados com verbas públicas estaduais, através da FUGAST ou de qualquer outra entidade interposta, ressalvadas as hipóteses legais"). No entanto, como bem observa o julgador de origem (fl. 1208), não há confluência entre a causa de pedir da demanda ajuizada nesta Justiça Especializada e aquela ajuizada perante a Justiça Comum. Esta encontra-se calcada em princípios norteadores da administração pública insertos no caput do artigo 37 da Constituição Federal/88, como os da legalidade, moralidade e eficiência, buscando a proteção de interesse difuso da sociedade, qual seja, o de manter proba a Administração Pública, além de obediente àqueles princípios, sendo que o pleito mandamental veiculado no

item de número 3, na parte final daquele petitório, cuja cópia encontra-se juntada à folha 556 dos presentes autos (abster-se de "...admitir indiretamente recursos humanos remunerados com verbas públicas estaduais, através da FUGAST ou de qualquer outra entidade interposta, ressalvadas as hipóteses legais"), é conseqüência de antecedente argumentação no sentido do reconhecimento da declaração de nulidade de diversas cláusulas do convênio estabelecido entre o Estado do Rio Grande do Sul e a FUGAST. Na presente demanda, a pretensão veiculada no item 2 da letra "a" da inicial (abster-se, o Estado do Rio Grande do Sul, de contratar empregados através de interposta pessoa, em especial a FUGAST - fl. 24), encontra-se calcada em base mais específica, qual seja, a defesa de interesse de cunho difuso de um universo de pessoas, consubstanciado na observância à forma de ocupação de empregos e cargos públicos, em conformidade com os regramentos insertos nos incisos I e II do artigo 37 da Constituição Federal/88.

De outra parte, ainda em concordância com a decisão de origem (fl. 1208), a configuração da tríplice identidade exigida para que se reconheça a litispendência suscitada também encontra óbice no fato de que não são os mesmos os sujeitos que se postam no pólo ativo das demandas, ajuizadas que foram pelo Ministério Público do Trabalho, no caso da presente ação, e, no caso daquela que tramita perante a Justiça Comum, pelo Ministério Público Estadual.

Dessa forma, inexistindo a figura da litispendência na presente hipótese, afasta-se a respectiva argüição.

3. ILEGITIMIDADE PROCESSUAL ATIVA.

O Estado do Rio Grande do Sul (fls. 1280/1288) renova prefacial de carência de ação por ilegitimidade processual ativa. Em suma, sustenta que a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para o ajuizamento de ação civil pública encontra-se restrita à defesa de interesses coletivos

vinculados aos direitos sociais garantidos na Constituição Federal, não possuindo legitimidade ativa para a defesa de interesses difusos.

A legitimidade do Ministério Público do Trabalho para ajuizar ação civil pública objetivando a proteção dos direitos ou interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos encontra-se disciplinada no artigo 129, inciso II, da Constituição Federal, combinado com os arts. 83, inciso III, 84, inciso V, e 6º, inciso VII, alíneas a, b, c ou d, da Lei Complementar nº 75, de 20.5.93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), cabendo considerar como interesses ou direitos difusos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias fáticas, conforme disposição inscrita no inciso I do artigo 81 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), a exemplo do que ocorre na hipótese vertente, em que a prestação jurisdicional buscada pelo Ministério Público do Trabalho visa obstaculizar a admissão a empregos públicos, na esfera estadual, sem prévia submissão a concurso, conforme exigido no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, carreando, assim, proteção aos interesses de todos aqueles indivíduos que, empregados ou desempregados, reunindo os requisitos necessários, possam almejar ingresso aos quadros da administração pública e o gozo de todos os direitos e vantagens alcançados ao servidor nessa condição, inclusive aqueles já aprovados ou simplesmente inscritos em certames públicos, todos interessados na efetiva observância do procedimento legal de contratação de servidores públicos - conforme declinado na decisão de origem.

Caracterizada, portanto, a legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho para o ajuizamento da presente Ação Civil Pública, impondo-se rejeitar a prefacial de carência de ação.

MÉRITO

Analisa-se em conjunto o recurso de ambas as reclamadas no que se refere à matéria em comum, objeto da insurgência.

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, com pedido de antecipação de tutela, em face do Estado do Rio Grande do Sul - primeiro demandado - e FUGAST - Fundação Riograndense Universitária de Gastroenterologia - segunda demandada -, alegando serem eivadas de ilegalidade, porquanto ao arrepio do artigo 37, incisos I e II, da Constituição Federal de 1998, as contratações de pessoal levadas a efeito pelo Estado do Rio Grande do Sul por intermédio de convênio mantido com a FUGAST, noticiando a negativa do Estado do Rio Grande do Sul a firmar ajustamento de conduta objetivando o afastamento dos empregados nessa situação, com prazo em dezembro de 2000. Argumenta no sentido de que as reclamações trabalhistas ajuizadas por estes empregados estariam acarretando prejuízos ao erário, além de não se verificar a ocorrência de qualquer obstáculo à regularização da situação em prazo mais curto do que o proposto pelo primeiro reclamado.

Julgada parcialmente procedente a Ação Civil Pública ajuizada (fls. 1203/1216), a segunda ré, FUGAST, ante a decisão que determinou que se abstenha de servir de interposta pessoa na contratação de empregados públicos, bem como deixe de fornecer mão-de-obra para quaisquer entes públicos, sob pena de pagamento de multa equivalente a R$ 20.000,00 por descumprimento, considerado como tal cada trabalhador contratado, reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, busca a reforma da decisão de origem (fls. 1263/1277) para ver acolhidas como regulares as contratações efetivadas pelo Estado do Rio Grande do Sul - primeiro reclamado -, uma vez que emergenciais e destinadas a suprir necessidades permanentes da Secretaria da Saúde, dos hospitais e postos de saúde públicos, bem como absolvê-la do pagamento da multa cominada em sentença, em caso de descumprimento, alegando não possuir autonomia em relação ao Estado do Rio Grande do Sul para tanto, tendo em vista que as contratações não se

encontram em sua esfera de responsabilidade.

O Estado do Rio Grande do Sul (fls. 1280/1288) insurge-se contra a decisão que determinou que se abstenha de contratar empregados, a qualquer título, sem a realização de concurso público nos moldes do inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, além de abster-se de contratar empregados por meio de interposta pessoa, sob pena de pagamento de multa equivalente a R$ 20.000,00 por descumprimento, considerado como tal cada trabalhador contratado, reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT. Acaso mantidas as condenações, pretende que o alcance da sentença encontre limite nas relações entre o Estado do Rio Grande do Sul e a FUGAST; sejam excluídas dos limites da condenação as cedências realizadas entre entidades participantes da prestação de serviços públicos; sejam excluídos dos limites da condenação os contratos de prestação de serviços contínuos e de empreitadas, além de reduzidos os valores das multas cominadas.

Os reclamados aduzem que não houve ofensa ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal. Também alegam que não se trata de contratação por interposta pessoa, mas contratos administrativos com a prestação de convênio e serviços. No caso, sustentam que o núcleo do convênio entre a FUGAST e a Secretaria da Saúde possui como objeto o desenvolvimento de política de prevenção e acompanhamento das doenças do aparelho digestivo, com ênfase na introdução e utilização de equipamentos de diagnóstico que incorporem tecnologia de ponta para diagnósticos precoces das ocorrências de câncer no tato digestivo, desenvolvimento de cursos para médicos, tanto na área clínica como na capacitação para utilização de aparelhos destinados à investigação endoscópica, serviços de diagnósticos aos segurados do IPERGS e outros convênios, além do atendimento sob a forma de filantropia. Como objeto adicional do convênio, a FUGAST colabora com a Secretaria da Saúde, sem qualquer remuneração, suprindo-lhe carência de pessoal. Tal prática, paralela ao objeto principal do convênio, havido desde os anos 70, tornou-se mais intensa nos anos 80 e 90, causando, em 06/02/1986, a reformulação do

contrato inicial. Argumentam que o novo avençamento prevê a distinção entre servidores admitidos para a FUGAST e os admitidos para a Secretaria da Saúde (cláusula 4ª); que a Secretaria da Saúde é responsável pelo provimento das despesas oriundas do convênio, a exemplo dos salários dos servidores. Alegam que o vínculo daqueles admitidos em razão do contrato estabeleceu-se unicamente com a Secretaria da Saúde, que exerce, de forma absoluta, o poder de comando sobres os mesmos. Sustentam que o Ministério Público Estadual ajuizou demanda no intuito de ver impugnado concurso público visando a contratação de servidores para a área da saúde do Estado, em substituição às contratações emergenciais, o que impediu a regularização da situação, agravando ainda mais a situação que deu causa às admissões através da FUGAST. Dizem que mesmo depois da tramitação da ação intentada pelo Ministério público Estadual a situação não foi regularizada, tendo em vista que mais de 80% dos aprovados quatro anos antes manifestaram desinteresse em assumir os respectivos cargos, o que determinou a continuidade das contratações nos moldes estabelecidos no convênio. Argumentam que, no caso específico, diante das circunstâncias inerentes ao caso sob comento, o preceito constitucional acerca da admissão mediante participação em certame público encontra-se superado pelo disposto no artigo 196 da Constituição, que dispõe ser a saúde direito de todos e atribui ao Estado o dever de promover ações que viabilizem e garantam a efetiva aplicação desse preceito, o que não se concretizaria sem o aporte de pessoal à Secretaria da Saúde, nos moldes estabelecidos no convênio. Alegam que tal forma de contratação está prevista nos artigos 198 e 199 da Constituição Federal, que o convênio celebrado com a FUGAST está elaborado sob os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade e que a decisão imposta implica em ofensa aos arts. 2º; 25, § 1º; 37 "caput", e 84, II e XXV, da CF. O Estado insurge-se contra a multa imposta, por excessiva, invocando o art. 461 do CPC.

À análise.

O convênio em tela, conforme se verifica, por exemplo, no instrumento

juntado às folhas 122/129 e na Síntese de Relatório de Auditoria da Contadoria e Auditoria Geral do Estado - CAGE -, juntado às folhas 172/207, foi firmado no ano de 1976 e renovado em sucessivas oportunidades, tendo por escopo formal, em suma, a formulação e/ou execução de programas de saúde pública, em especial o desenvolvimento de políticas de prevenção e combate de doenças do trato digestivo, estando prevista, para tanto, a contratação de empregados pela FUGAST para atuar na Secretaria da Saúde, cabendo ao Estado do Rio Grande do Sul o repasse de verbas necessárias para saldar as obrigações correspondentes, decorrentes da legislação fiscal, social e trabalhista. Na verdade, entretanto, conforme admitido pelos reclamados em diversas manifestações e documentos, produzidas e juntados, respectivamente, nos presentes autos, o convênio serviu como meio de amplo repasse de pessoal a setores da Secretaria da Saúde e órgãos sob sua responsabilidade, a exemplo da divisão de transportes daquela secretaria e dos Hospitais São Pedro, Colônia Itapuã, Sanatório Partenon e Presidente Vargas, sendo que a seleção de pessoal e lotação ficou a cargo da Secretaria da Saúde, apenas cabendo à FUGAST a formalização dos contratos de emprego em seu quadro de pessoal (docs. fls. 50/75; 82/83; 98/99).

O documento juntado às folhas 137/153 esclarece que, em junho de 1999, novecentos e quarenta e quatro empregados foram "cedidos" à Secretaria da Saúde, dentre os quais, analistas de sistema, contador, economistas, arquitetos, engenheiros civis, caldeireiro, motoristas, administradores, jornalistas, relações públicas, mecânico, auxiliar de cozinheiro, engenheiro eletrônico, entre outros, enquanto a Síntese de Relatório de Auditoria da Contadoria e Auditoria Geral do Estado - CAGE -, documento juntado às folhas 172/207 dos autos, acusa a lotação de pessoal advindo do convênio em áreas administrativas da Secretaria da Saúde, citando, a título meramente exemplificativo, lotação de nove pessoas no gabinete do secretário, oito na assessoria jurídica e sete na área financeira, além de noticiar que a função de diretor do serviço de transportes da Secretaria da Saúde, naquela ocasião, estava sendo ocupada por empregado da FUGAST, com delegação de

competência para ordenar despesas através de portaria do Secretário da Saúde, com utilização de matrícula sob situação "exonerada", conforme arquivo da Secretaria da Fazenda. Relatórios de Auditorias da Contadoria e Auditoria Geral do Estado - CAGE -, juntados a partir da folha 229 dos autos, revelam que também o cargo de diretor adjunto e responsáveis por alguns setores do serviço de transporte da Secretaria da Saúde encontravam-se ocupados por pessoal oriundo do convênio, inclusive mencionando a prática de nepotismo por parte do então diretor do serviço de transportes. Em auditoria realizada por comissão designada pelo então Secretário da Saúde (fls.253/293), verificou-se a prática de várias irregularidades sob o abrigo do convênio mantido entre a Secretaria da Saúde e a FUGAST, entre tantas, a formalização de contratos de trabalho pela FUGAST com pessoas que já detinham a condição de servidor público estadual, inclusive na própria Secretaria da Saúde, com dupla remuneração e superposição de horários nas respectivas jornadas de trabalho, a exemplo, conforme relatado na auditoria, do Sr. Ervandil Garcia Basseti, admitido no Estado em 1984, no cargo de Auxiliar de Enfermagem II, e, na FUGAST, em 1986, prestando serviços no Hospital Psiquiátrico São Pedro (fl. 269). Outra situação, estampada nos ofícios juntados às folhas 336/342 dos autos, diz respeito a servidores do Estado que, lotados na Secretaria da Saúde, obtiveram suspensão do contrato de trabalho ou concessão de licença para tratar de interesses particulares, formalizaram contrato de trabalho com a FUGAST nesse interregno, quando foram postos à disposição do Estado, com lotação na própria Secretaria da Saúde.

Diante desses elementos, resta evidenciado que o convênio mantido entre os demandados foi utilizado, meramente, como meio de acesso de pessoal ao serviço público estadual, com lotação em órgãos e serviços da Secretaria da Saúde ou sob a responsabilidade desta, sem submissão a certame público, exigência inscrita no artigo 37, II, da Constituição Federal, cujo preceito, conforme bem posto na decisão de origem (fl. 1213), atende aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência, no intuito de obstaculizar acesso à

administração pública de servidores escolhidos por "...matizes ideológicas e partidárias ou, entre critérios desprovidos de técnica, por laços familiares...", excetuados os cargos em comissão, destinados a funções de direção, chefia e assessoramento, a serem preenchidos diretamente sem a intermediação verificada in casu e atendendo à necessária probidade na gestão da coisa pública. Ainda, na esteira da sentença, cumpre observar que a regra em tela foi atenuada por disposições paralelas, a exemplo da possibilidade de se levar a efeito contratações por tempo determinado, no intuito de atender necessidade temporária de excepcional interesse público, hipótese que se enquadraria no argumento no sentido da necessidade de suprir carência de mão-de-obra, mormente especializada, na Secretaria da Saúde, não fossem determinadas circunstâncias, já relatadas anteriormente, como o fato de que, na esteira do convênio havido entre os demandados, servidores do Estado, lotados na Secretaria da Saúde, obtiveram suspensão dos contratos de trabalho ou concessão de licença para tratar de interesses particulares e tiveram formalizados contratos de trabalho com a FUGAST nesse interregno, quando, então, foram postos à disposição do Estado, com lotação na própria Secretaria da Saúde. Paralelamente à reprovabilidade que encerra, tal conduta revela que, entre os motivos geradores das contratações via FUGAST, não pode ser invocado, por óbvio, o da falta de contingente, já que houve arregimentação de pessoal nos próprios quadros do funcionalismo estadual, na própria Secretaria da Saúde, restando óbvio que o motum gerador das contrações por intermédio da FUGAST sequer tangenciou a carência de pessoal. Aliás, também como demonstrado anteriormente, são vários os casos de contratação de profissionais para exercício de atividades alheias àquela preponderante da Secretaria da Saúde, alguns, irregularmente, exercendo funções comissionadas, cuja arregimentação poderia ter ocorrido no seio do próprio quadro funcional do Estado, a exemplo da lotação de nove pessoas no gabinete do secretário, oito na assessoria jurídica e sete na área financeira, além do provimento da diretoria do serviço de transportes da Secretaria da Saúde por empregado contratado via FUGAST, o que também caracteriza evidente desvio da finalidade proposta no convênio.

Ainda, conforme muito bem posto no exame da matéria levada a efeito em acórdão da Terceira Câmara Cível deste Estado (fl. 1250), do ano de 2004, o argumento no sentido da imprescindibilidade das contratações para a manutenção do serviço de saúde no Estado, o qual possui caráter de urgência, argumento que permeia as ponderações dos reclamados na presente demanda, não merece guarida, tendo em vista que a urgência propalada perpetua-se desde a década de 70, mais precisamente, o ano de 1976. Além disso, verifica-se que o acórdão em questão noticia que "A contratação emergencial de recursos humanos para a Secretaria de Saúde e do Meio Ambiente, permitida no inciso IX do art. 37, da CF/88, está regulamentada pela Lei Estadual 10.047/94, que no art. 1º limita tais contratações pelo prazo improrrogável de dez meses e, no § 2º, determina que decorrido tal prazo, deverá ser realizado o concurso público", também revelando que a Lei Estadual 10.047/94 determina que as contratações emergenciais à Secretaria da Saúde e do Meio Ambiente devem ser precedidas de prova de habilitação. A inobservância aos dispositivos legais em apreço e o fato da prova colimada aos autos ter denunciado a existência de candidatos concursados no aguardo de nomeação, agrava ainda mais, na hipótese sob comento, a situação de afronta a princípios norteadores da administração pública, como os da legalidade, impessoalidade e moralidade, inscritos na Constituição Federal, além de macular o princípio de garantia de acesso aos empregos e funções públicas àqueles que preencham os requisitos estabelecidos em lei, também expresso na Carta Magna.

Não bastasse isso, também não vinga argumento utilizado pelas partes no sentido de que a correção das irregularidades verificadas nas contratações levadas a efeito via FUGAST poderia ocasionar prejuízos ao andamento dos serviços prestados, sob o fundamento de que a nomeação de aprovados em concurso público traria pessoal inexperiente aos quadros da Secretaria da Saúde, enquanto os arregimentados via FUGAST contariam com experiência adquirida pelo tempo de exercício nas respectivas funções, tendo em vista a existência de elementos que demonstram ser elevada a rotatividade de

mão-de-obra carreada àquela Secretaria na esteira do convênio havido entre os demandados, disso resultando pouco tempo de permanência dos empregados em suas respectivas funções. Além disso, o argumento sucumbe diante do fato de que aqueles, os concursados, galgaram a condição formal de aprovados para o exercício das funções a que se habilitaram, condição não implementada pelos arregimentados via FUGAST, restando desprovido de lógica presunção no sentido de serem possuidores de maior capacitação ao desempenho de suas respectivas atribuições.

Diante desse contexto, ainda, malogra a tese veiculada pelos reclamados no sentido de que o preceito constitucional acerca da admissão mediante participação em certame público encontra-se, na hipótese vertente, superado pelo disposto no artigo 196 da Constituição, que dispõe ser a saúde direito de todos e atribui ao Estado o dever de promover ações que viabilizem e garantam a efetiva aplicação desse preceito, o que não se concretizaria, no dizer dos reclamados, sem o aporte de pessoal à Secretaria da Saúde, nos moldes estabelecidos no convênio.

De outra parte, a incúria administrativa na consecução do convênio havido entre os demandados traz prejuízos de diversas ordens ao erário público, a exemplo do quanto relatado em parecer da Procuradoria Geral do Estado, juntado às folhas 345/348 dos autos; verbis:

Vem a exame desta Equipe de Consultoria manifestação da Equipe Trabalhista, ambas da Procuradoria de Pessoal desta Procuradoria-Geral do Estado acerca da situação vivenciada pela última equipe no trato da defesa judicial trabalhista, com envolvimento da FUNDAÇÃO RIOGRANDENSE UNIVERSITÁRIA DE GASTROENTEROLOGIA - FUGAST.

Refere a necessidade urgente de revisão dos termos e das condições que regem os "protocolos convênios" existentes entre ESTADO e a FUGAST.

Aduz que o Estado vem sofrendo condenações em centenas de reclamatórias trabalhistas em que empregados ditos da Fundação são contratados e, imediatamente, postos à disposição e no exercício de atividades e funções da administração direta. Em conseqüência, arca o Estado com declaração do vínculo de emprego e parcelas trabalhistas, diferenças salariais por equiparação ou enquadramento, etc..

Hipóteses há em que a condenação é solidária com a FUGAST, quando então os reclamantes postulam a execução contra a Fundação como forma de burlar o instituto processual do precatório.

A Fundação, quando citada para pagamento, consegue a verba via imediato repasse do Tesouro resultando ao Estado o pagamento da condenação fora da ordem cronologicamente instituída pela Constituição.

Considerando todo o contexto analisado, conclusão diversa não se pode alcançar a não ser a de que, ao par de outras tantas irregularidades, a exemplo da situação de indivíduos que, conforme já relatado anteriormente, já detendo a condição de servidores públicos, beneficiaram-se de vantagens mediante o uso dos artifícios que lhes proporcionaram licenciamento ou suspensão nos respectivos contratos de trabalho, com posterior contratação via FUGAST para exercerem atividades no próprio órgão de origem, as contratações levadas a efeito pela Fundação apenas aconteceram no plano formal, já que se destinavam a "favorecer" o Estado do Rio Grande do Sul, sendo este o efetivo responsável pela seleção, lotação, gerenciamento e remuneração do pessoal contratado, com o nítido propósito de mascarar a efetiva relação de emprego entre alguns trabalhadores especialmente beneficiados e o ente público, em evidente subterfúgio visando burlar a exigência de prévia aprovação em concurso público prevista no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal. O argumento, lançado pelos reclamados, de que não houve qualquer tipo de admissão nos serviços de saúde a partir do ano de 1999, conforme bem posto na decisão originária, acaba por indicar a

efetiva prática dos atos viciados de irregularidade, porquanto a admissão de qualquer empregado traduz-se no termo inicial de contrato de trabalho.

Diante do quadro delineado, a inércia, num primeiro momento, depois, a morosidade da administração estadual em adotar medidas visando regularizar a situação, desencadeou o ajuizamento da presente Ação Civil Pública por parte do Ministério Público do Trabalho, tendo obtido, este, tutela jurisdicional sob os comandos elencados no dispositivo da sentença de origem, à folha 1216 dos autos, de cunho, por assim dizer, "profilático", "saneador", em vista das irregularidades verificadas ao longo da instrução processual, corolário lógico, ao nosso sentir, da percuciente análise levada a efeito pelo MM. Julgador de origem dos elementos e circunstâncias trazidas à baila na presente demanda.

Não obstante isso, verifica-se pretensão recursal do Estado do Rio Grande do Sul no sentido de que o alcance da sentença encontre limite nas relações entre ele e a FUGAST; sejam excluídas dos limites da condenação as cedências realizadas entre entidades participantes da prestação de serviços públicos; sejam excluídas dos limites da condenação os contratos de prestação de serviços contínuos e de empreitadas, além de reduzidos os valores das multas cominadas.

Merece guarida a pretensão recursal do Estado no sentido de que o alcance da sentença encontre limite nas relações entre ele e a FUGAST, restando, via de conseqüência, desprovido de objeto o recurso quanto à postulação no sentido de que sejam excluídas dos limites da condenação as cedências realizadas entre entidades participantes da prestação de serviços públicos; os contratos de prestação de serviços contínuos e de empreitadas.

Ocorre que a fundamentação expendida na inicial (fls. 02/27) é exclusivamente calcada no convênio mantido entre o Estado do Rio Grande do Sul (Secretaria da Saúde e do Meio Ambiente - SSMA) e a FUGAST, de forma

que, tanto a contestação do Estado (fls. 473/503), como daquela Fundação (fls. 666/683), encontram-se adstritas ao rebatimento da notícia de irregularidades na arregimentação de pessoal aos quadros do Estado na implementação daquele convênio, bem como dos contornos legais, doutrinários e jurisprudenciais trazidos à inicial, com a legítima inserção daqueles que julgaram pertinentes à matéria. Na hipótese vertente, portanto, a causa de pedir, nos moldes em que se encontra, determinou que o rebatimento das alegações veiculadas na inicial ficasse estritamente ligado à implementação do dito convênio, devendo ser considerado, no caso sob comento, como elemento balisador na fixação dos limites da lide.

De outra parte, a penalidade imposta no caso de contratação encontra guarida na Lei 7347/85, art. 11. Sua arbitragem no valor de R$ 20.000,00 por trabalhador contratado, no caso de descumprimento da decisão imposta, está em consonância com a matéria em análise.

De outra parte, a FUGAST, segunda reclamada, inova à lide ao propor argumentos recursais no intuito de ver-se absolvida do pagamento da multa, porquanto não contemplados em sua defesa (fls. 666/683).

Por fim, diante dos argumentos tecidos, a condenação imposta não implica em ofensa a qualquer dos princípios emergentes dos dispositivos legais e constitucionais mencionados nas razões recursais, em especial o disposto nos artigos 2º; 25, § 1º; 37 "caput", e 84, II e XXV, da CF, bem como o art. 461 do CPC, cabendo trazer à liça, em função da argüição fulcrada no artigo 25, parágrafo 1º, da Constituição Federal, o contido no caput deste mesmo artigo, bem como o quanto preceituado no caput e inciso XXXV do artigo 5º da Constituição.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso do Estado do Rio Grande do Sul, primeiro reclamado, para determinar que o alcance da condenação que lhe foi imposta encontre limite nas relações entre ele e a

Fundação Riograndense Universitária de Gastroenterologia - FUGAST, segunda reclamada.

Nega-se provimento ao recurso da Fundação Riograndense Universitária de Gastroenterologia - FUGAST, segunda reclamada.

Ante o exposto,

ACORDAM os Juízes da 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, preliminarmente, à unanimidade de votos, em determinar a reautuação do feito para constar o reexame necessário. Preliminarmente, à unanimidade de votos, em rejeitar a prefacial de litispendência. Preliminarmente, ainda, à unanimidade de votos, em rejeitar a prefacial de ilegitimidade ativa. Preliminarmente, também, à unanimidade de votos, em rejeitar a prefacial de incompetência em razão da matéria. No mérito, à unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso do Estado do Rio Grande do Sul, primeiro reclamado, para determinar que o alcance da condenação que lhe foi imposta encontre limite nas relações entre ele e a Fundação Riograndense Universitária de Gastroenterologia - FUGAST, segunda reclamada. À unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso da Fundação Riograndense Universitária de Gastroenterologia - FUGAST, segunda reclamada. Inalterado o valor arbitrado à condenação.

Intimem-se.

Porto Alegre, 23 de março de 2006.

PAULO JOSÉ DA ROCHA - JUIZ-RELATOR