Não cabe à Justiça decidir quem a União deve contratar

Impedir que a União contrate qualquer pessoa jurídica para realizar serviços no Instituto Nacional do Câncer (Inca) é interferir em política pública, algo que não compete à Justiça. O entendimento é do juiz Eugênio Rosa Araújo, da 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro, que julgou improcedente a Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal. Cabe recurso.

Para o juiz, determinar à União quem ela deve contratar é atuar como administrador e interferir em questões que não lhe compete. “Como determinar a proibição de a União ou a FAF [Fundação Ary Frauzino] ou o Inca, com qualquer pessoa jurídica, ou que tais ou quais serviços deviam, ou não, ser desempenhados por celetistas, temporários ou estatutários — o juiz viraria o administrador de duas instituições ao mesmo tempo”, disse ele.

Segundo o juiz, não só a União, mas o Inca deveria ter sido incluído na ação, já que é “submetido a contrato de gestão, goza de autonomia administrativa e financeira, gerando, por isso, legitimidade passiva para a causa”. O juiz também se baseou em documento do Tribunal de Contas da União que reconhece a importância do Inca justamente pelos profissionais contratados pela FAF.

O MPF entrou com a Ação Civil Pública alegando que a União não realiza concurso para preencher os quadros do Inca, motivo pelo qual o instituto tem se servido de terceirizados, contratados pela FAF. Segundo o MPF, a contratação de terceirizados para atividade-fim afronta os princípios de legalidade e impessoalidade.

Já a União alegou as contratações visam diminuir gastos com a folha de pagamento e a burocracia, e, por outro lado, aumentar a eficiência do serviço público. Também argumentou que o artigo 24, da Lei Orgânica da Saúde, prevê a contratação de terceirizados para a execução de atividades-fim dos órgãos públicos.

Em tutela antecipada, o juiz havia instituído a substituição de forma gradual de 1.476 profissionais contratados pela FAF, além da contratação emergencial de 677 trabalhadores. A União recorreu. O desembargador Poul Erik Dyrlund, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, suspendeu a liminar. O voto do desembargador serviu de base para a decisão do mérito pelo juiz da 17ª Vara.

DÉCIMA SÉTIMA VARA FEDERAL

AÇÃO CIVIL PÚBLICA N° 2005.51.01.018363-9

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: UNIÃO FEDERAL E OUTRO

JUIZ FEDERAL: DR. EUGÊNIO ROSA ARAÚJO

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

SENTENÇA

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** ajuizou a presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA, com pedido de antecipação de tutela, contra a **UNIÃO FEDERAL** e a **FUNDAÇÃO ARY FRAUZINO**, objetivando obrigar a União a não se utilizar de mão-de-obra de profissionais contratados por fundação de apoio ou qualquer outra pessoa jurídica, no exercício de atividades que devem ser exercidas por servidores públicos, especificamente no INCA – Instituto Nacional do Câncer, obrigando a União a realizar concurso público para contratação dos profissionais necessários à adequada prestação de serviços de saúde pelo referido instituto.

Alega, em síntese, que há mais de uma década, o quadro de servidores do INCA é insuficiente para fazer frente aos serviços prestados pelo instituto em suas unidades e, para garantir o atendimento à população, vem fazendo uso de profissionais contratados pela fundação de apoio, a Fundação Ary Frauzino, para realização de atividade-fim, em desrespeito aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da imposição constitucional da realização de concurso público.

Instruindo a inicial vieram os documentos de fls. 19/716.

Deferido parcialmente o pedido de antecipação de tutela (fls. 728/733 e 752).

Contestando o feito (fls. 777/789), a União sustentou, em suma, que a descentralização e a terceirização das atividades administrativas vêm sendo suscitadas há vários anos como medida salutar, tendente a aliviar o peso orçamentário destas contratações, diminuir a burocracia estatal e aumentar a eficiência do serviço público e que o próprio Decreto 200/67 já previa tal descentralização, em seu art. 10, § 1o., “c” e § 7o.. Argumenta, ainda, que embora a contratação de servidores terceirizados não possa ocorrer para a execução de atividades-fim dos órgãos públicos, salvo expressa determinação legal em contrário, no caso há essa determinação, que se encontra no art. 24 da Lei 8080/90 (Lei Orgânica da Saúde).

Às fls. 791/812 a União juntou documentos relativos às providências tomadas para cumprimento da tutela antecipada deferida e às fls. 814/833 juntou aos autos cópia de petição de Agravo de Instrumento contra a decisão que deferiu parcialmente a tutela. Nos autos do referido agravo foi proferida decisão (fls. 852/857) retirando a eficácia da decisão agravada e posteriormente o agravo foi conhecido e provido (fls. 1376/1389).

Inicialmente, o processo foi ajuizado somente contra a União. Às fls. 764 o autor requereu a citação da Fundação Ary Frauzino, em cumprimento à decisão de fls. 752.

Em sua contestação (fls. 903/927), instruída com os documentos de fls. 928/1059, a FAF-Fundação Ary Frauzino sustentou, em substância, que a cooperação entre o INCA e a FAF foi formalizada por meio do Termo de Ajuste n º 1/92 e posteriormente do Convênio n º 001/95, renovado em 2005 por três anos, a fim de promover a eficiência e a qualidade das atividades do INCA, que encontrava dificuldades no quadro funcional, pondo em risco um trabalho e uma instituição que eram exemplares no setor público.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Argumenta que as contratações pela FAF não exigem concurso público por se configurar fundação de direito privado, sob o regime de CLT e nem são ilegais ou irregulares, porque previstas no art. 1o. do Decreto n º 2217/97 e consistindo em "descentralização por colaboração". Aduz que os recursos utilizados pela FAF não são recursos públicos, porque, embora originalmente públicos, transformam-se em privados ao serem recebidos pela FAF, entidade privada sem fins lucrativos, em pagamento de serviços prestados à população, sendo aplicados inteiramente no atendimento das necessidades do INCA.

Réplica às fls. 1063/1088, instruída com os documentos de fls. 1088/1106 e 1108/1246.

Às fls. 1257/1297, em cumprimento ao despacho de fls. 1256, foi juntado aos autos o julgamento do processo 017.738/2005-0 do TCU, que redundou em determinações vinculativas. Manifestação das partes às fls. 1304/1338, 1345/1369 e 1393/1398.

É o relatório. Decido.

O pedido deve ser julgado improcedente.

Em primeiro lugar, observo que a petição inicial não contém pedido e causa de pedir em relação à Fundação, nem tampouco ao INCA, órgão que, submetido a contrato de gestão, goza de autonomia administrativa e financeira, gerando, por isso, legitimidade passiva para a causa.

O fato de a FAF e a União terem contestado o feito, não afasta a dificuldade de prolatar decisão judicial de cunho excessivamente genérico.

Conforme os itens 4.a e 4.b da exordial, o MPF pretende condenação da União (e posteriormente por mera inclusão da FAF sem pedido ou causa de pedir):

a) à obrigação de não utilizar mão-de-obra de profissionais de saúde contratados por fundação de apoio ou qualquer outra pessoa jurídica, no exercício de atividades que devam ser exercidas por servidores públicos, no Instituto Nacional do Câncer" (grifo nosso);

b) à obrigação de realizar concurso público, na forma da legislação, para contratação dos profissionais necessários à adequada prestação de serviços de saúde pelo Instituto do Câncer (grifo nosso).

Só tal circunstância já demandaria do Poder Judiciário, um grau de interveniência na administração da FAF e do hospital, um grau de interveniência que beira à temeridade. Como determinar a proibição de a União ou a FAF ou o INCA, com qualquer pessoa jurídica, ou que tais ou quais serviços deviam, ou não, ser desempenhados por celetistas, temporários ou estatutários – o juiz viraria o administrador de duas instituições ao mesmo tempo.

Como bem ressaltou o Desembargador Poul Erik Dyrlund em seu voto de fls. 1364, bem como no voto vista de fls. 1360:

"A questão versada gravita em se aquilatar, em que medida o Poder Judiciário pode formular, ou implementar políticas públicas, preservando-se o princípio da independência dos Poderes.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

De regra, objetivando a manutenção da higidez do princípio, em epígrafe, cabe, segundo dicção da Suprema Corte, “primeiramente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de fomentar e executar políticas públicas”, advertindo a Corte Superior “ao Poder Judiciário determinar, ainda em que embora excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes” (STF, AgRgRE 436996, DJ 03/02/06).

Sendo, portanto, a diretriz básica de que não caiba ao Poder Judiciário, se imiscuir nas políticas públicas, à exceção da hipótese anotada pela Suprema Corte, porquanto, segundo o Superior Tribunal de Justiça: “O juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário”, sinalando-se adiante “o princípio da Harmonia e Independência entre os Poderes há de ser observado ainda que, em tese, em ação civil pública, possa o Município ser condenado à obrigação de fazer” (STJ, Resp 252083, DJ 23/03/01), sendo reiterada essa orientação, v. g, REsp 63128, DJ 20/05/96, e REsp 169876. DJ 21/09/98, assim ementado:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos.

2. Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano.

3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.

4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes.

5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito.

6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.

7. Recurso provido.”

Estabelecidas estas coordenadas, a meu juízo, o que se pleiteia: “Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal com o escopo de obrigar a União a não contratar profissionais de saúde para atuação no Instituto Nacional do Câncer – INCA por meio de fundação de apoio ou qualquer outra pessoa jurídica, bem como a obrigá-la a realizar concurso publico, na forma da lei, para contratação de profissionais de saúde em número necessário à adequada prestação de serviços pelo INCA.”, se insere no

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

âmbito daquela discricionariedade, referida pelos Tribunais Superiores, não obstante louvável a atividade do Parquet, inautorizando-se a tutela jurisdicional alvitrada.

Assim sendo, conheço do recurso e o provejo.

V O T O – V I S T A

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento interposto pela União Federal em face de decisão (fls. 21/26) proferida pelo Juízo da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que deferiu parcialmente pedido de antecipação de tutela formulado pelo MPF em Ação Civil Pública, determinando à União que "a) adote as providências necessárias à substituição programada dos 1476 profissionais contratados pela Fundação Ary Frauzino, de forma a que as atividades no INCA não sejam comprometidas. O processo de substituição deverá ser deflagrado no prazo máximo de 30 (trinta) dias, devendo a União apresentar ao Juízo, no mesmo prazo, o cronograma de substituição; b) adote as providências necessárias à contratação emergencial de 677 (seiscentos e setenta e sete) profissionais nas especialidades descritas às fls. 19, com espeque no artigo 2º, inciso IV, § 1º da Lei nº 8.745/93. Deverá a União, neste ponto, apresentar em 15 dias ao Juízo o cronograma do processo seletivo de contratação" (fls. 26).

O eminente Relator, Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund, proferiu Voto dando provimento ao recurso. Entendeu, o ilustre Relator, que o objeto da ação, contratação de profissionais de saúde para atuar no INCA, estaria inserto no âmbito da discricionariedade da Administração Pública, por tratar-se de implementação de política pública.

Com efeito, mesmo entendendo louvável a atuação do MPF, como expressamente ressaltou o eminente Relator, a contratação de servidores, no caso, claramente decorre da parcela discricionária do Poder Executivo, de forma que não pode, o Judiciário, imiscuir-se nesta questão, determinando a adoção de medidas práticas com aquele fim.

Portanto, acompanho o Voto do Relator para dar provimento ao Agravo de Instrumento.

Ressalto, nesse passo, passagem do acórdão 1193/2006 Plenário do TCU, inserto às fls. 1277/1279, itens 105/112, dando conta de que o INCA funciona bem graças à flexibilidade que a FAF lhe proporciona, verbis:

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

105. Dentre as fundações de apoio dos hospitais federais localizados no Rio de Janeiro, a Fundação Ary Frauzino para Pesquisa e Controle do Câncer – FAF é a única, no entender da equipe, que dispõe de respaldo jurídico no contexto do relacionamento com o gestor local da saúde. Essa característica deve-se à forma do recebimento e administração de recursos do SUS, oriundos do faturamento do SIH e SIA/SUS e dos procedimentos médicos produzidos pelo INCA, tendo conseguido assinar Termo de Contrato de Metas com a Secretaria Municipal de Saúde da Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro, regulando sua relação com o Gestor Municipal de Saúde e definindo obrigações entre as partes, bem como o montante de recursos financeiros envolvidos, conforme Contrato de Metas, assinado em 20.07.2000.

106. Especificamente no caso da FAF, suas atividades não são financiadas exclusivamente com recursos oriundos do SUS. Observa-se da atuação da Fundação que seus dirigentes têm, ao longo da existência da Entidade, procurado sensibilizar a sociedade a aderir aos objetivos da Instituição, sob a forma de doações, patrocínios, eventos, transferências de heranças, parcerias com a iniciativa privada e demais formas de captação de recursos, alcançando o seu objetivo primordial, qual seja, o de ampliar a oferta de recursos financeiros para manutenção e ampliação das atividades desenvolvidas pelo INCA na área de assistência médica à população.

107. Os esforços da direção da FAF em viabilizar o fluxo permanente de recursos financeiros adicionais das mais diversas fontes, inclusive do exterior, paralelamente ao faturamento apresentado ao SUS, possibilitando o crescimento estável e contínuo do INCA, tornam-se evidentes pelos diversos instrumentos contratuais firmados pela Fundação com as mais variadas instituições interessadas em pesquisas clínicas e laboratoriais, entre outras, destacando-se, dos instrumentos listados nos quadros de fls. 57/75 – vol. V, o convênio firmado com The Swiss Bridge Foundation, com o objetivo de apoiar 4 (quatro) projetos de pesquisas, orçado em R$ 12.000.000,00 (doze milhões de reais).

108. Nos casos dos contratos de patrocínios de pesquisas, não se pode esquecer que os eventos realizados utilizam-se da infra-estrutura do INCA, isto é, os custos com pessoal, medicação, exames laboratoriais realizados, instalações e equipamentos são suportados com recursos públicos federais, e a FAF é remunerada pelos respectivos laboratórios farmacêuticos.

109. Essa característica da FAF, de conseguir dispor de fontes diversificadas de recursos financeiros, por meio de captação de doações de pessoas físicas ou jurídicas, convênios, contratos, eventos, transferências de herança, patrocínios e parcerias com a iniciativa privada, deve-se ao grande apelo que a questão da prevenção, ensino e pesquisa do câncer exerce junto à sociedade. Esse fato atribui à Fundação a característica de entidade filantrópica de utilidade pública federal, podendo receber patrocínios e doações, que permitem ao doador pessoa jurídica a dedução, como despesa operacional da empresa, do valor doado, o que representa uma economia de imposto devido de até 34% do valor doado.

110. Uma outra característica própria da relação entre a FAF e o INCA, que merece destaque, por ser diferente das demais fundações de apoio aos hospitais federais, refere-se ao modelo adotado entre essas duas instituições. No caso da FAF/INCA, existe uma estreita relação entre os entes na consecução da política de prevenção, ensino e pesquisa do câncer em âmbitos nacional e internacional, caracterizada pela parceria na gestão conjunta dos recursos financeiros, humanos e materiais disponíveis no

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

desenvolvimento das atividades e projetos voltados ao combate ao câncer no País.

111. A importância do envolvimento da FAF na operacionalização das atividades do INCA evidencia-se pela sua contribuição com 22% (vinte e dois porcento) dos recursos necessários ao cumprimento do orçamento das despesas e investimentos do Instituto, sendo que o Programa de Assistência foi o que absorveu o maior volume de recursos aplicados pela Fundação, respondendo a 69,6% do total das despesas operacionais da FAF, consoante dados das Demonstrações Contábeis do exercício de 2004 (fl. 94 – vol. V).

112. O INCA é uma instituição reconhecida internacionalmente como referência no controle e combate ao câncer, inclusive premiada por seu bom desempenho. Implementa diversas ações voltadas ao aumento da captação de recursos financeiros adicionais de fontes privadas, visando o incremento de novos projetos. Contudo, mesmo contando com essas características, a sua principal fonte de recursos é o faturamento dos procedimentos realizados pelo INCA ao SUS, em torno de 90% (noventa por cento) do montante arrecadado, conforme exemplificado no quadro abaixo relativo ao exercício de 2004:

FONTES VALOR R$ PERCENTUAL

Faturamento SUS 55.433.449,00 90 %

Contratos, Convênios, Serv. e outros 5.457.358,00 9%

Doações 852.139,00 1%

TOTAIS 61.742.946,00 100%

Fonte: Quadro Demonstrativo do Fluxo de Caixa da FAF de 2004 (fl. 94 – vol. V)

Levando-se em conta, em síntese, que o Judiciário, no caso concreto, não visualiza nenhum desbordo discricionário a ser sanado no âmbito da política pública de saúde, bem assim os termos excessivamente genéricos e carentes de descrição fática de que se revestem as pretensões deduzidas, não há outro desate que não seja o julgamento da improcedência do pedido.

Isto posto, **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO**, sem custas e honorários.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Intime-se o MPF.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 18 de fevereiro de 2008.

EUGÊNIO ROSA ARAÚJO

Juiz Federal Titular da 17a. Vara

Date Created

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

10/03/2008

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.