



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO

PROCESSO n.º 0000247-02.2018.5.10.0016 - RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA (1009)

RELATOR(A): Desembargador José Ribamar Oliveira Lima Júnior

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

RECORRENTE : INSTITUTO HOSPITAL DE BASE DO DISTRITO FEDERAL - IHBDF (atual Instituto de Gestão Estratégica de Saúde - IGESDF)

ADVOGADO: KELLY CRISTINA DE SOUZA SOBRAL

ADVOGADO: ANA CAROLINE MILHOMENS BARBOSA SANTANA

ADVOGADO: HELDER LUCIO REGO

RECORRIDOS : OS MESMOS

EMENTA

1. NULIDADE. CERCEAMENTO. APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS. AUSÊNCIA DA PARTE À AUDIÊNCIA DE ENCERRAMENTO DE INSTRUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO.

A demonstração de prejuízo e a oportuna arguição da parte interessada dinamizam o pronunciamento das nulidades no âmbito do processo do trabalho. Essa é a diretriz estabelecida nos artigos 794 e seguintes, da CLT. Mantendo-se inerte a parte quanto a decisão supostamente violadora de direito à prática de ato processual, opera-se o fenômeno da preclusão.

2. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA.

Não evidenciada a carência de fundamentação a dinamizar o pronunciamento da nulidade, a arguição suscitada pela ré deve ser rejeitada.

3. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. ENTIDADE BENEFICENTE. ENTIDADE FILANTRÓPICA. NÃO COMPROVAÇÃO. O Supremo Tribunal Federal, intérprete maior da Constituição Federal, consagrou o entendimento segundo o qual não basta às pessoas jurídicas a mera afirmação de condição financeira

incompatível com as despesas do processo, sendo necessária a prova desse fato. Apesar de o artigo 899 da CLT (alterado pela Lei nº 13.467/2017) assegurar às entidades sem fins lucrativos o pagamento do depósito recursal pela metade (§9º), e às entidades filantrópicas a isenção dessa despesa (§10º), os auspícios da gratuidade de justiça ainda exigem a "*demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo*" (Súmula nº 463, II, TST). Inexistindo comprovação de insuficiência econômica por parte do reclamado, corolário lógico é manutenção da sentença que indeferiu a concessão do benefício.

4. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. Refletindo a petição inicial a expressão monetária equivalente à pretensão reparatória (art. 292, V, CPC), não prospera a impugnação dirigida ao valor atribuído à causa.

5. PROCESSO SELETIVO. INSTITUTO HOSPITAL DE BASE DO DISTRITO FEDERAL (atual INSTITUTO DE GESTÃO ESTRATÉGICA DE SAÚDE - IGESDF). SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO. A entidade acionada, conquanto não esteja compelida a promover concurso público de provas e títulos para admissão de pessoal, deve realizar processo seletivo gravado pela publicidade e impessoalidade, consoante princípios que norteiam a administração pública e que foram expressamente consagrados pela Lei Distrital nº 5.899/2017. Nessa perspectiva, o processo de seleção para admissão de pessoal deve ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância aos princípios da publicidade, da impessoalidade, da moralidade, da economicidade e da eficiência. De modo irrefutável, a seleção de pessoal implementada pelo réu distanciou-se de tais princípios, expondo-se à nulidade, como bem decidido pelo magistrado de primeiro grau.

6. DANO MORAL COLETIVO. COMPROVAÇÃO. A realização de processo seletivo ao arripio da lei, em desconformidade com os princípios da publicidade e impessoalidade, ostenta idoneidade para gerar indenização por danos morais coletivos.

7. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER FUTURAS. Presentes os pressupostos inscritos nos artigos 300 e seguintes do CPC, e não estando alcançadas pela suspensão de segurança autuada sob o nº 1000186-54.2018.5.00.0000, comportam deferimento os pedidos de tutela provisória de urgência em relação às obrigações de fazer e não fazer futuras.

8. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO COMPROVAÇÃO. Não comprovada a conduta passível de receber a reprimenda legal constante do artigo 80 do NCPC, correta a sentença que indeferiu a pretensão.

9. Recursos conhecidos, o do autor, de modo parcial; desprovido o do réu e parcialmente provido o do autor.

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Juiz do Trabalho Substituto, em exercício na MM. 11ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, Dr. RENATO VIEIRA DE FARIA, julgou parcialmente procedentes os pedidos objeto da presente ação civil pública (fls. 1580/1600).

As partes opuseram embargos declaratórios (fls. 1642/1650 e 1671/1686), os quais foram conhecidos, acolhidos em parte os do autor e rejeitados os do reclamado (fls. 1714/1718).

Inconformado, o réu interpôs recurso ordinário (fls. 1729/1796), requerendo a concessão de efeito suspensivo ao recurso e arguindo a preliminar de nulidade por cerceamento ao direito de defesa. No mérito, pediu a modificação do julgado quanto aos temas: justiça gratuita, impugnação ao valor da causa, processo seletivo e indenização por dano moral coletivo.

Documentos destinados à comprovação do depósito recursal e das custas processuais (fls. 1867/1870 e 1894).

O autor, por sua vez, interpôs recurso ordinário (fls. 1799/1826), arguindo preliminar de negativa de prestação jurisdicional e, no mérito, pretendendo a reforma da sentença quanto aos temas: litigância de má-fé, tutela antecipada, majoração das astreintes, natureza jurídica do réu e majoração da indenização por dano moral.

Foram apresentadas contrarrazões pelo autor (fls. 1829/1857).

Dispensada a intervenção do Ministério Público do Trabalho, porquanto autora da ação.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade dos recursos, deles conheço, porém o do autor apenas de forma parcial.

Deixo de conhecer da pretensão do autor quanto ao "esclarecimento" acerca da natureza jurídica do réu como sendo um serviço social autônomo (fls. 1819/1822), porquanto não se descortina o interesse recursal nesse particular.

Como se observa, o autor postulou o reconhecimento da natureza jurídica do réu somente nos embargos de declaração opostos às fls. 1642/1650, inovando na pretensão, ainda que declaratória, em momento processual inoportuno.

De toda sorte, constato que inexistente controvérsia acerca da natureza jurídica do acionado como sendo um serviço social autônomo.

Tanto o autor (fls. 1819/1822) quanto o réu (fls. 1769) convergem no sentido de ostentar o demandado a natureza jurídica de Serviço Social Autônomo, nos termos do que dispõe o artigo 1º da Lei Distrital nº 5.899/2017 c/c o artigo 1º do Decreto nº 39.674/2019, o que afasta o interesse recursal (art. 503, §1º, II, CPC), mormente considerando que não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes, para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, bem como a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença (art. 504/CPC).

Por outro lado, como bem pontuou o autor (fls. 1820/1821), a questão acerca da natureza jurídica do demandado está sendo discutida na justiça comum, afastando um dos requisitos para a apreciação da questão por este Juízo (art. 503, §1º, III, CPC).

Por fim, deixo de conferir ao recurso interposto pelo réu o efeito suspensivo almejado (fl. 1729 e 1759).

O artigo 899 da CLT dispõe que: "*Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora.*".

Não há, pois, fundamento a estimular o emprego de efeito suspensivo ao recurso, uma vez que tal medida deve ser adotada somente em situações excepcionais envolvendo perigo de dano irreparável ou de difícil reparação - o que não se verifica no caso dos autos.

PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA (RECURSO DO RÉU)

A nulidade suscitada pelo acionado vem impulsionada pela compreensão de que o juízo de origem teria, ao dispensar o comparecimento das partes à audiência de encerramento da instrução e nela colhido as alegações finais do autor, sem oportunizar ao recorrente a apresentação de alegações finais, incorrido em nulidade insanável, mormente considerando o prejuízo que entende ter sofrido.

Acrescenta que o fundamento utilizado pelo juízo para negar a impugnação ao valor da causa evidencia o prejuízo suportado, razão pela qual deve ser reconhecida a nulidade da sentença, para que seja oportunizada ao demandado a apresentação de alegações finais.

A prefacial, todavia, não merece prosperar.

A demonstração de prejuízo e a oportuna arguição da parte interessada dinamizam o pronunciamento das nulidades no âmbito do processo do trabalho. Essa é a diretriz estabelecida nos artigos 794 e seguintes, da CLT.

Mantendo-se inerte a parte quanto a decisão supostamente violadora de direito à prática de ato processual, opera-se o fenômeno da preclusão.

In casu, na audiência realizada em 14/12/2018, na qual ambas as partes compareceram (fl. 1456), foi designada audiência de encerramento de instrução para o dia 18/2/2019, facultando-se a presença das partes e advogados.

Na referida audiência, quedaram ausentes o réu e seu advogado (fl. 1578), momento em que foi deferida a palavra ao autor que apresentou razões finais orais.

Proferida sentença (fls. 1580/1600), o reclamado opôs embargos de declaração, sem nada arguir sobre a nulidade ora apreciada (fl. 1642/1650).

Cabia à parte consignar seu inconformismo no primeiro momento no qual teve oportunidade de falar nos autos (art. 795/CLT), o que não ocorreu.

O silêncio operado pelo reclamado atrai a preclusão, sendo inviável o pronunciamento da nulidade, na esteira da regra disposta no artigo 795 da CLT.

Por outro lado, a ausência à audiência de encerramento decorreu de ato volitivo do réu, fato que obsta o pronunciamento da nulidade, uma vez que arguida por quem

Ihe deu causa (artigo 796, "b", da CLT).

Não bastassem todos esses fundamentos, a apresentação de recurso do demandado que se volta contra a decisão proferida no tópico relativo a impugnação ao valor da causa evidencia a ausência de prejuízo e a conformação dos atos praticados aos princípios do devido processo legal e ampla defesa.

Diante desses fundamentos, rejeito a preliminar de nulidade requerida em preliminar recursal.

PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL (RECURSO DO AUTOR)

Afirma o autor que, desde a petição inicial, sustenta ser o reclamado um serviço social autônomo de segunda categoria e que, em nenhum momento da decisão originária, o réu foi assim tratado, tendo sido promovidas diversas considerações como se fosse uma organização social, a despeito de terem sido deferidos os pedidos principais (fl. 1821).

A despeito da natureza jurídica do réu ainda estar sendo discutida na Justiça Comum (fl. 1821), entende que a confusão entre os institutos pode trazer interpretações dissonantes em relação à matéria, pelo que opôs embargos de declaração para que fosse esclarecida a natureza jurídica do demandado, mormente porque "*fundamentou a ação principal tendo como premissa a existência de um serviço social autônomo de segunda categoria, o que não se confunde com 'organização social'*" (fl. 1822).

Rejeitados os embargos de declaração, na compreensão do autor ficou caracterizada a negativa de prestação jurisdicional, com ofensa ao disposto nos artigos 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal.

Requer, assim, a nulidade da decisão monocrática, para que sejam prestados esclarecimentos (fl. 1822)).

Sem razão , todavia.

Ao reverso da compreensão esposada no recurso, entendo que a decisão proferida, complementada pelos embargos de declaração, declinou de modo objetivo e claro os fundamentos que formaram seu convencimento, inexistindo questão a ser esclarecida pelo juízo monocrático.

Não se vislumbra, pois, carência de fundamentação a dinamizar o pronunciamento de nulidade nos termos almejados pela parte, impondo-se a apreciação das matérias indicadas no mérito do próprio recurso.

No específico tema referente à natureza jurídica da ora acionada, consoante já referido em tópico anterior, convergem as partes para a concepção de que se trata de serviços social autônomo, malgrado o tema esteja sendo debatido em ação perante a Justiça Comum.

Entendo, pois, não ter havido negativa de prestação jurisdicional.

Rejeito a preliminar.

MÉRITO

1. GRATUIDADE DE JUSTIÇA (RECURSO DO RÉU)

A decisão monocrática encontra-se assim redigida:

"BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA AO RÉU

A jurisprudência dos tribunais superiores é pacífica no sentido de que a concessão dos benefícios da justiça gratuita a pessoas jurídicas, mesmo as entidades sem fins lucrativos, não depende apenas declaração de hipossuficiência, mas também da comprovação da insuficiência de recursos para suportar as despesas processuais.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"Assistência Judiciária Gratuita - Pessoa Jurídica. Ao contrário do que ocorrer relativamente às pessoas naturais, não basta a pessoa jurídica asseverar a insuficiência de recursos, devendo comprovar, isto sim, o fato de se encontrar em situação inviabilizadora da assunção dos ônus decorrentes do ingresso em juízo." (STF, Tribunal Pleno, Rcl nº 1.905-AgR/ED, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 20.09.2002)

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. SINDICATO. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. NECESSIDADE DE PROVA DA MISERABILIDADE. INSUFICIÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE POBREZA.

Na linha da jurisprudência da Corte Especial, as pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, para obter os benefícios da justiça gratuita, devem comprovar o estado de miserabilidade, não bastando simples declaração de pobreza. Embargos de divergência providos" (STJ, Corte Especial, EREsp 1185828/RS, Relator Cesar Asfor Rocha, DJe 01.07.2011)

No mesmo diapasão, o artigo 99, § 3º, do CPC dispõe sobre a presunção exclusivamente em favor da pessoa natural na alegação de insuficiência econômica em requerimento de gratuidade de justiça, de acordo com o artigo 5º, LXXIV, da CRFB.

Assim, mesmo após o advento do CPC introduzido pela Lei nº 13.105/2015 manteve-se inalterada essa compreensão do ordenamento jurídico, consoante enunciado do item II da Súmula nº 463/TST.

No caso concreto, contudo, o réu afirmou, mas não demonstrou a ausência de condições financeiras de suportar os custos da ação judicial. Totalmente inadequada a afirmação de notoriedade de insuficiência de recursos por parte do instituto."

Qualifica-se o réu como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, de interesse coletivo e utilidade pública, constituído sob a forma de serviço social autônomo, prestando assistência médica qualificada e gratuita à população, além de desenvolver atividades de ensino, pesquisa e gestão no campo da saúde, em cooperação com a Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal.

Acrescenta que possui o certificado de entidade beneficente de Assistência Social - CEBAS, observando os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no art. 198 da Constituição Federal e no art. 7º da Lei nº 8.080/1990, bem como as políticas e diretrizes estratégicas da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal.

Nesse sentido, por se erigir em entidade filantrópica, entende ser beneficiária da gratuidade de justiça, sendo esse o conjunto de argumentos que abriga o pleito de reforma da decisão singular.

Não assiste razão ao recorrente.

Em vários julgados, o Excelso Supremo Tribunal Federal vem compreendendo ser possível a concessão dos benefícios da gratuidade da Justiça às pessoas jurídicas, desde de que comprovadamente incapazes de suportar as despesas processuais.

Nesse sentido, são os precedentes que trago a cotejo:

"EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Admissibilidade. Ausência de preparo. Objeto do recurso. Embargos de declaração. Caráter infringente. Embargos recebidos como agravo regimental. Improvimento. Precedente. Às pessoas jurídicas não basta alegar insuficiência de recursos para obtenção da gratuidade de justiça, devendo comprovar a impossibilidade econômica para litigar em juízo." (AI 716294 ED / MG - MINAS GERAIS EMB.DECL.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 31/03/2009 Órgão Julgador: Segunda Turma)

"EMENTA: Embargos de declaração em agravo de instrumento. 2. Decisão monocrática do relator. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 3. Assistência judiciária gratuita. Pessoa jurídica. Comprovação de impossibilidade de arcar com as despesas inerentes ao exercício da jurisdição. Necessidade. Precedente. 4. Pressupostos da gratuidade de justiça. Preenchimento. Ofensa reflexa à Constituição Federal. Precedente. 5. Artigo 93, IX, da Constituição. Ofensa

não configurada. Acórdão devidamente fundamentado. 6. Agravo regimental a que se nega provimento." (AI 646099 ED / RJ - RIO DE JANEIRO EMB.DECL.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 11/03/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma)

"ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - PESSOA JURÍDICA. Ao contrário do que ocorre relativamente às pessoas naturais, não basta a pessoa jurídica asseverar a insuficiência de recursos, devendo comprovar, isto sim, o fato de se encontrar em situação inviabilizadora da assunção dos ônus decorrentes do ingresso em juízo." (Rcl 1905 ED-AgR / SP - SÃO PAULO, AG.REG.NOS EMB.DECL.NA RECLAMAÇÃO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 15/08/2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Dentro desse figurino, as pessoas jurídicas não estão, por essa razão, alijadas da possibilidade de acionar o judiciário, caso não detenham condições financeiras para tanto. Isso porque a Constituição Federal, ao assegurar assistência jurídica integral aos que comprovarem insuficiência de recursos (CF, art. 5º LXXIV), não promoveu distinção entre pessoas físicas ou jurídicas.

Sucedo, porém, que o mesmo Supremo Tribunal Federal, intérprete maior da Constituição Federal, consagrou o entendimento de que não basta às pessoas jurídicas a mera afirmação de condição financeira incompatível com as despesas do processo, sendo necessária a prova desse fato.

E, na hipótese vertente, tal prova não se fez presente, descredenciando a concessão do benefício.

Acrescento, por relevante, que a despeito de o artigo 899 da CLT (alterado pela Lei nº 13.467/2017) assegurar às entidades sem fins lucrativos o pagamento do depósito recursal pela metade (§9º) e às entidades filantrópicas a sua isenção (§10º), a concessão dos auspícios da gratuidade de justiça ainda requer a "*demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo*" (Súmula nº 463, II, TST), o que, como antecipado, não ocorreu.

Nesse sentido, cito precedentes do colendo TST, *in verbis*:

"RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO SOB A ÉGIDE DAS LEIS NºS 13.015/2014 E 13.467/2017. ENTIDADE FILANTRÓPICA. RECURSO ORDINÁRIO. DESERÇÃO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE CUSTAS. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA. O recurso oferece transcendência com relação aos reflexos de natureza jurídica previstos no artigo 896-A, §1º, IV, da CLT, já que a

matéria controvertida gira em torno da concessão de Justiça Gratuita e consequente isenção de custas processuais para entidade filantrópica. **ENTIDADE FILANTRÓPICA. justiça gratuita.art. 790, § 4º, da CLT. isenção de custas processuais. comprovação.** Dispõe o art. 899, § 10, da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/2017, serem "isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial". Cuida, portanto, exclusivamente da questão atinente à isenção de depósito recursal. **No que diz respeito particularmente às custas processuais, o art. 790, § 4º, da CLT, também incluído pela Lei nº 13.467/2017, passou a admitir a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita "à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo".Tal benefício inequivocamente estende-se à pessoa jurídica, tenha ela ou não fins lucrativos. Não obstante, pressupõe comprovação cabal da insuficiência econômica, de conformidade com o entendimento sufragado na Súmula nº 463, II, do TST. Precedentes.** No caso concreto, em que pese haja reconhecido à Reclamada o direito à isenção do pagamento de depósito recursal, com fulcro no art. 899, § 10, da CLT, o Tribunal Regional não conheceu do recurso ordinário da parte, por deserção, tendo em vista a ausência de recolhimento das custas processuais mesmo após intimada para tanto. **Asseverou o TRT de origem, que, conquanto formulado o requerimento de Justiça Gratuita, a Reclamada não faz jus ao benefício em apreço, pois não apresentou qualquer documento apto a "comprovar, de forma convincente, a noticiada fragilidade financeira".** Frisou que "a pesquisa no SERASA juntada (ID 8972a24) apenas comprova a condição de inadimplência da ré, não sendo apta a demonstrar que se encontra em estado de hipossuficiência econômica, o que poderia ser feito com a apresentação do seu balanço patrimonial". Em casos que tais, entende esta Corte Superior que a juntada de pesquisa feita junto ao SERASA apenas revela a existência de pendências financeiras, não se prestando a demonstrar, de forma inequívoca, a alegada fragilidade econômica da Reclamada. Precedentes. Nesse contexto, encontrando-se a decisão regional em harmonia com o entendimento jurisprudencial deste Tribunal Superior do Trabalho, não se divisa violação dos arts. 5º, LXXIV, da Constituição Federal e 98 e 99 do CPC, tampouco contrariedade à Súmula nº 463 do TST. *Recurso de revista não conhecido* (RR-1000558-91.2017.5.02.0255, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 27/03/2020).

"RECURSO DE REVISTA. LEI 13.015/2014. RITO SUMARÍSSIMO. ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BENEFICÊNCIA. ENTIDADE FILANTRÓPICA. PESSOA JURÍDICA. DESERÇÃO DO RECURSO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA DA RECLAMADA. SÚMULA 463, ITEM II, DO TST.A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a concessão da gratuidade da justiça e dos benefícios da assistência judiciária à pessoa jurídica, a que aludem as Leis 1.060/50 e 7.115/83, depende da comprovação de que a parte não tem condições de arcar com as despesas do processo, nos termos da Súmula 463, item II, do TST: "No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal da impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo". No presente caso, não há notícia na decisão proferida pelo Tribunal Regional que a reclamada tenha comprovado sua insuficiência econômica que a impedisse de arcar com as despesas processuais. Ilesos o art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição da República e o a Súmula 463 do TST. Recurso de Revista de que não se conhece." (RR-20047-81.2018.5.04.0016, 8ª Turma, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, DEJT 22/01/2021)

Nego, assim, provimento ao recurso.

2. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA (RECURSO DO RÉU)

O magistrado de origem assim se pronunciou sobre o tema:

"IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA

Conquanto tenha alegado genericamente em contestação, a parte ré não reiterou a impugnação ao valor da causa em razões finais, como determina o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 5.584/1970.

Assim, diante do silêncio no momento oportuno, operou-se a preclusão.

De todo modo, o valor atribuído à causa na petição da ação principal encontra-se compatível com os pedidos formulados, notadamente se considerado o pleito de indenização por dano moral coletivo."

Contra esse pronunciamento, insurge-se o acionado. Repisando os argumentos declinados na oportunidade em que postulou a nulidade da sentença, requer a reforma da decisão originária que "julgou improcedente o pedido de impugnação ao valor da ação em patamar elevado, não condizente com o proveito econômico da presente ação e por ser demasiadamente oneroso ao recorrente".

Pleiteia, assim, a correção do "*valor da ação em patamar condizente com o proveito econômico da presente ação*" (fl. 1769).

Sem razão o recorrente.

A sentença recorrida arbitrou à causa o valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais).

Nos termos do artigo 292, V, do CPC, o valor da causa deverá equivaler ao valor pretendido pelo autor.

No caso dos autos, a estipulação monetária constante da petição inicial (R\$500.000,00 - fl. 1318) reflete o pedido formulado pelo autor em relação ao pleito indenizatório formulado, não se divisando, quanto ao mais, repercussão financeira suficiente a ditar a alteração do valor.

Nego, pois, provimento ao apelo.

3. PROCESSO SELETIVO. INSTITUTO HOSPITAL DE BASE DO DISTRITO FEDERAL (ATUAL INSTITUTO DE GESTÃO ESTRATÉGICA DE SAÚDE - IGESDF).

SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO. ASTREINTES (RECURSOS DAS PARTES)

O juízo originário, apreciando a questão, assinalou:

"SAÚDE. CONTRATO DE GESTÃO. INSTITUTO HOSPITAL DE BASE DO DISTRITO FEDERAL. PROCESSO SELETIVO.

O Ministério Público do Trabalho pleiteia a declaração de nulidade do segundo processo seletivo público realizado pelo Instituto Hospital de Base do Distrito Federal, bem como das contratações de empregados dele decorrentes. Postula também a condenação do réu nas obrigações de fazer e não fazer: desligamento imediato dos empregados admitidos com base na referida seleção; abstenção de contratação de empregados a partir desse mesmo processo seletivo; abstenção de processos seletivos com análises curriculares, entrevistas, dinâmicas de grupo, testes psicológicos, pareceres de gestores e outros métodos de caráter subjetivo; abstenção de realização de processos seletivos sem a publicação de edital público, com as diversas etapas da seleção, banca examinadora, prazos, critérios objetivos e recursos cabíveis, com publicação mínima no Diário Oficial do DF e no seu sítio eletrônico; previsão nos futuros editais de reserva de vagas para candidatos portadores de deficiência; abstenção de discriminação de ex-empregados nas seleções públicas e futuras contratações; abstenção de realização de provas pela internet, adotando exames presenciais; abstenção de seleções internas ou mistas; divulgação da presente sentença no sítio eletrônico do IHBDF. Argumenta, em síntese, ofensa aos preceitos constitucionais que norteiam toda a Administração Pública, estendendo-se aos serviços sociais autônomos, e às normas próprias que regem a atuação do réu, sobretudo artigo 2º da Lei Distrital nº 5.899/2017; artigos 3º, 6º e 9º do Regulamento Próprio do Processo de Seleção para Admissão de Pessoal, instituído pela Resolução CA/IHBDF nº 3/2017; artigo 45 do Estatuto Social do réu.

Em contestação, o réu asseverou ser pessoa jurídica de direito privado, regularmente instituído pelo Decreto nº 38.332/2017, após autorização da Lei Distrital nº 5.899/2017, e em consonância com a Lei nº 9.637/1998, estando, em suma, desobrigado da realização de concurso público para a contratação de pessoal. Sustenta que a seleção realizada obedeceu seu regulamento. Alega a disponibilização de vagas para pessoas com deficiência, tanto que 93 candidatos nessas condições inscreveram-se na seleção. Afirma que a procedência do pedido inicial acarretará prejuízos aos serviços de saúde e aos profissionais admitidos, assim como supõe que a contratação como ocorreu foi causa de resultados positivos.

À análise.

Conforme relatado, este processo teve início com pedido de tutela cautelar antecedentes, no qual, desde o momento liminar, assim, a partir de cognição apenas sumária, tomou-se decisão destinada à vigência provisória, pois, após o aprofundamento das discussões jurídicas e maior dilação probatória, o processo terá, naturalmente, sentença vocacionada ao caráter definitivo. Naquela ocasião - sobretudo por ausência de divulgação de edital, de inexistência de publicidade efetiva, de falta de disponibilização de vagas, bem como por conta da previsão de contratação poucos dias depois do exíguo prazo para a inscrição - prejudicou a ampla concorrência e a validade do processo seletivo controvertido em virtude de ofensa aos princípios que orientam a Administração Pública desde o artigo 37, caput, da CRFB e aos valores erigidos como fundamentais nas normas especificamente aplicáveis ao requerido (artigos 2º, III e IX, da Lei Distrital nº 5.899/2017 e 3º da Resolução CA/IHBDF nº 3/2017). Eis o teor daquele primeiro ato judicial:

"Hoje em dia, tornou-se notória a corrupção sistêmica e endêmica que infestou as

instituições do nosso país, colocando-as em risco de ruína.

A intenção exclusivamente predatória na condução dos órgãos públicos e privados integrantes e parceiros do Estado produziu cenário de perpetuação dos esquemas de corruptos e corruptores, que auferem incontáveis fortunas ilícitas seja para o enriquecimento dos envolvidos, seja para a ampliação do raio de atuação e de suas defesas, seja para o financiamento de candidaturas em eleições inflacionadas e desiguais em favor dos partícipes políticos.

Em outra frente, a ganância desmedida desses criminosos acarreta também o descolamento do interesse público, tendo em vista que as pessoas jurídicas que deveriam promovê-lo perdem os melhores quadros técnicos, honestos e preparados, preteridos pelo aparelhamento com a nomeação de dirigentes e subalternos apadrinhados, inabilitados e comprometidos somente com os planos de enriquecimento indevido próprio e de seus protetores e comparsas.

Então, do ponto de vista da Administração Pública, o mecanismo da corrupção, atualmente revelado e repudiado pela sociedade brasileira, tem como consequência a desestruturação, o desperdício de recursos, a ineficiência.

Nesse cenário, estamos diante de grave deterioração das entidades - o que não é exclusividade de um Poder do Estado ou de um Ente da Federação, da Administração Pública Centralizada ou Descentralizada - advinda de gestões incompatíveis com os compromissos assumidos com a Constituição da República de 1988.

Por evidente, não se discute neste processo a precariedade específica e notória da saúde pública no âmbito do Distrito Federal, tampouco as causas desse triste quadro, mas a contextualização inicial demonstra a importância cada vez maior da defesa dos valores essenciais à ordem constitucional, definidores do nosso Estado Democrático de Direito.

No caso concreto, o Ministério Público do Trabalho ajuizou a presente ação cujo objeto é a tutela cautelar antecedente, a fim de suspender o segundo processo seletivo promovido pelo requerido, para a contratação de 66 (sessenta e seis) empregados com formações diversas (id. 97f9e9e).

A propósito, o requerido sofreu a impugnação do primeiro concurso público do ano, cuja validade é discutida nos processos autuados sob os nºs 000045-25.2018.5.10.0016 e 0000105-46.2018.5.10.0000, este último no qual decisão monocrática do eminente Relator, Desembargador Mário Macedo Fernandes Caron, determinou a suspensão do Edital nº 1- IHB/DF/2018, que prevê a contratação de empregados celetistas para exercerem as funções de enfermeiro, médico e técnico de enfermagem.

A análise da prova documental sumariamente produzida revelou situação ainda mais drástica nesta relação processual, pois, no segundo processo seletivo, sequer foi localizado um edital, nem notícia da contratação de organizadora do certame, mas apenas a disponibilização de 66 vagas para diversas funções, igualmente sem reserva de postos para portadores de deficiência, com divulgação da informação apenas nos sites e do período de inscrição de 08 a www.diariooficialdf.com.br www.saude.df.gov.br 23.03.2018, com previsão de admissão imediata, em 26.03.2018.

Com efeito, a prática do requerido não se coaduna com os Princípios da Legalidade, da Impessoalidade, da Moralidade, da Publicidade e, por conseguinte, da Eficiência insculpidos no caput do artigo 37 da CRFB.

Cumprido ressaltar que esses mesmos valores são básicos à formação do requerido e às regras para seleção de seus empregados, por força dos artigos 2º, III e IX, da Lei Distrital nº 5.899/2017 e 3º da Resolução CA/IHBDF nº 3/2017.

Isso porque a divulgação mínima não atende a diretriz da publicidade, e favorece

quem detém a informação por sorte, melhores contatos ou acesso privilegiado em prejuízo dos valores da impessoalidade e da moralidade.

Outrossim, não disponibilizar vagas para portadores de deficiência contraria completamente a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência instituída pela Lei nº 7.853/1989, regulamentada pelo Decreto nº 3.298/1999.

Ademais, a informação restrita prejudica o acesso aos empregos da entidade à ampla concorrência, razão pela qual não serão selecionados os candidatos mais bem preparados, o que, em última análise, ofende a pretendida eficiência administrativa.

Assim, os elementos de prova apresentados com a petição inicial permitem a formação de um juízo de probabilidade da necessidade de tutela destinada a impedir a conduta ilícita.

Do mesmo modo, presente o receio de ineficácia do provimento final caso se permita o prosseguimento do ilícito com a seleção e a contratação de trabalhadores sem a observância das correspondentes normas do ordenamento jurídico durante o tempo necessário à cognição exauriente.

Nesse diapasão, em juízo provisório formado a partir de argumentos e provas sumariamente produzidos, restaram evidenciados os requisitos autorizadores da concessão da tutela de urgência pretendida pelo requerente." (id. 20f617f)

Então, com base nos documentos trazidos com a petição inicial da tutela de urgência, foi possível verificar a ausência de divulgação mínima exigida para a publicidade do processo seletivo, conforme imposto pelo caput do artigo 37 da CRFB e até mesmo pelas normas específicas aplicáveis ao réu: artigos 2º, III e IX, da Lei Distrital nº 5.899/2017 e 3º da Resolução CA/IHBDF nº 3/2017; bem como a ausência de disponibilização de vagas para pessoas com deficiência, contrariando a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência instituída pela Lei nº 7.853/1989, regulamentada pelo Decreto nº 3.298/1999.

Após ser instado novamente, este Juízo manteve a decisão liminar, senão com relação à parcela excluída por força da decisão do Exmo. Desembargador Relator Dorival Borges de Souza Neto em mandado de segurança (processo autuado sob o nº 0000163-49.2018.5.10.0000). Neste segundo momento, a par da convicção de que o processo seletivo inobservou as necessárias impessoalidade e objetividade, foram enfrentadas as alegações do réu de risco aos serviços de saúde supostamente por causa da correção do procedimento irregular verificado, nestes termos:

"O Instituto Hospital de Base apresentou contestação no id. 74cdc79 acompanhada de farta documentação.

Os argumentos da defesa em torno da natureza jurídica privada daquela instituição e, por conseguinte, dos vínculos com seus empregados; da observância da Lei nº 9.637/1998 são todos conhecidos, mas, ainda assim, não se mostraram convincentes a respeito nem mesmo da impessoalidade e da objetividade exigíveis de acordo com os precedentes trazidos na própria contestação - no segundo processo seletivo em exame nesta relação jurídico-processual, muito menos quanto às demais normas (princípios, artigos e lei e de resolução) sobre as quais se edificou a decisão liminar.

Cumpre ressaltar que a sociedade brasileira como um todo lamenta a deficiência dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pelo Distrito Federal, assim também em relação ao Hospital de Base com o risco de colapso descrito por seu Diretor de Atenção à Saúde conforme id. c93677a.

Entretanto, não é transferível a responsabilidade dos gestores pelo atual quadro de sobrecarga de trabalho dos profissionais já lotados na unidade, acarretando o

excesso de jornada e o dispêndio de recursos financeiros para o pagamento das correspondentes horas extras, e da falta de atendimento hospitalar digno à população.

É notório o histórico das organizações sociais e seus contratos de gestão na área de saúde pública do Distrito Federal, com os problemas enfrentados sendo amplamente divulgados (artigo 374, I, do CPC), do que a questão trabalhista é apenas um dos reflexos.

Nesse contexto, embora seja louvável a intenção de correção do sistema e saúde pelos atuais administradores públicos ou não, os órgãos de fiscalização não podem transigir com os primados da ordem jurídica por conta de urgência provocada por incompetência ou desvio daquelas autoridades e dirigentes.

No mesmo diapasão, este órgão do Poder Judiciário, quando regularmente provocado, continuará atuando de forma independente, sem fazer concessão com as leis da República e à Constituição em virtude de qualquer tentativa de pressão manifestada neste processo ou por qualquer outro meio antigo ou pós-moderno.

Assim, mantém-se a decisão de id. 20f617f pelos seus próprios fundamentos.

Aliás, não se ignora a liminar deferida no mandado de segurança, cujo processo está autuado sob o nº 0000163-49.2018.5.10.0000, nos seguintes termos:

'Por todo exposto, concedo parcialmente a liminar postulada para cassar a tutela apenas em relação à suspensão ou à dispensa dos empregados contratados anteriormente à data da concessão da tutela de urgência, mantidas as demais determinações do Juízo de primeiro grau.' (destaques originais)

Então, logicamente, a ordem do eminente Relator deverá ser cumprida, assim como serão, por hierarquia, as ulteriores advindas das instâncias superiores.

A propósito, ainda não foi recebida comunicação oficial de nenhum outro ato judicial em ação diversa utilizada como sucedâneo recursal. De todo modo, eventual ordem dos tribunais poderá, no máximo, sustar os efeitos do comando decisório proferido em caráter precário, mas não impedirá a regular tramitação processual até a cognição exauriente e a natural decisão definitiva do mérito." (destaques originais) (id. e9aa1b3)

No mesmo diapasão da decisão em tutela cautelar antecedente de id. 6c333b7, impõe-se a referência ao discurso de modernização da gestão pública, que ganhou força na conjuntura política nacional no ano de 1995, época do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, apresentado pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso. À época, fez-se o diagnóstico de que, por ocasião da transição democrática de 1985, o populismo acarretou o loteamento dos cargos públicos e, por conseguinte, o encarecimento significativo do custeio da máquina administrativa, em evidente retrocesso burocrático com a Constituição da República de 1988. Motivou-se também nas premissas de falhas de gestão, mau uso de recursos públicos, enfim, na ineficiência administrativa. Em suma, propalou-se a "Reforma Administrativa Gerencial", mais eficiente para a prestação de serviços públicos com qualidade e produtividade, anunciando a atuação cooperada entre o Estado e a sociedade, com o rompimento da dicotomia entre o público e o privado; idealizando a figura do Estado gerencial, marcado pela simplificação de procedimentos e a transferência de atividades de relevância social para os particulares, sendo reservado ao ente público o papel de interventor indireto ao invés de executor direto. Assim, a Administração Pública deixaria de impor sua autoridade para firmar contratos administrativos, exaltando-se o consenso na celebração e os resultados na avaliação da eficiência pretendida.

Nessa quadra histórica, a Emenda Constitucional nº 19/1998 introduziu o § 8º no artigo 37 da CRFB, com o seguinte teor:

"§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da

administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal."

Essa nova disposição constitucional, somada ao primado da livre iniciativa, erigido a fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, IV, da CRFB) e da ordem econômica brasileira (artigo 170, caput, da CRFB), e à autorização conferida ao Poder Público para a prestação de serviços públicos direta ou indiretamente (artigo 175 da CRFB), propiciou a edição da Lei nº 9.637/1998.

A Lei das Organizações Sociais inovou o ordenamento jurídico para conferir a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, a possibilidade de qualificação pelo Poder Executivo para celebração de contrato de gestão com objeto voltado a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. O diploma normativo, exemplificativamente, também prevê a possibilidade de destinação de recursos orçamentários e bens público, dispensada a licitação, em permissão de uso (artigo 12, caput e § 3º, da Lei nº 9.637/1998), de cessão de servidores com ônus para a origem (artigo 14 da Lei nº 9.637/1998) e a dispensa de licitação para as atividades contempladas no contrato de gestão (artigo 24, XXIV, da Lei nº 8.666/1993).

Com efeito, o direito social fundamental à saúde está previsto no artigo 6º da CRFB e, para sua concretização, impôs-se ao Estado o dever de promovê-lo mediante políticas sociais e econômicas, facultando a execução direta ou indireta, inclusive por terceiros da iniciativa privada, sem prejuízo da livre iniciativa das instituições privadas, consoante inteligência dos artigos 196, 197 e 199 da CRFB. Nesta frente de atuação, o artigo 14 da Lei nº 9.637/1998 dispõe:

" A organização social que absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no art. 198 da Constituição Federal e no art. 7o da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990."

Dessarte, reafirmaram-se as diretrizes das ações de saúde, sobretudo universalidade de acesso aos serviços de saúde; integralidade de assistência, enquanto conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos; gratuidade de assistência, vedada a cobrança em face de pacientes ou seus representantes; fomento dos meios de participação da comunidade.

Diante do dever do Estado de adotar políticas públicas para promoção, proteção e recuperação da saúde de todos (artigo 196 da CRFB) e do seu evidente descumprimento com a ineficiência do sistema único próprio, com desolador cenário de sucateamento dos hospitais, filas para atendimento acarretando até mesmo o não atendimento, quadro deficitário de servidores ainda assim sujeito a despreparo decorrente do aparelhamento e desestímulo dos técnicos habilitados, tudo a prejudicar a qualidade e a promessa de universalidade nessa delicada área de atuação estatal, com resultados fatais dessa exclusão social - o discurso de modernização da gestão dos serviços hospitalares, com qualificação profissional, práticas empreendedoras, progresso tecnológico, por meio da parceria com a iniciativa privada, organização social com quem se pretende contrato de gestão, encontrou terreno fértil.

Ou seja, o legítimo anseio da sociedade serviu para justificar a atuação do terceiro setor para a atender esse interesse público, sob a tese de que o particular é dotado de maior liberdade na aplicação dos recursos se comparado à burocracia do setor

público, favorecendo o alcance das metas estipuladas no contrato de gestão, pois sujeito ao controle de resultados.

Todavia, não se olvida que as organizações sociais recebem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, razão pela qual devem observar o núcleo essencial dos princípios da Administração Pública, notadamente aqueles previstos no artigo 37, caput, da CRFB. No mesmo diapasão, embora o critério formal determine que seus contratos trabalhistas sejam regidos pelo direito privado, essa realidade compensada pela incidência de princípios do direito público, resulta no que a doutrina denomina de regime jurídico híbrido. Por conseguinte, não se sujeitam à obrigatoriedade do concurso público, mas devem realizar seleção pública através de procedimento objetivo e impessoal. Nesse sentido, pacificou-se o entendimento jurisprudencial após o julgamento da ADI 1.923/DF pelo excelso Supremo Tribunal Federal, assim ementado:

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, CAPUT), EDUCAÇÃO (ART. 209, CAPUT), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, CAPUT). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, CAPUT). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, §1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEQUINTE). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E

XVIII). CONDICIONAMENTO À ADESÃO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS.

1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo préconcebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva.

2. Os setores de saúde (CF, art. 199, caput), educação (CF, art. 209, caput), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que "são deveres do Estado e da Sociedade" e que são "livres à iniciativa privada", permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, in casu, o art. 175, caput, da Constituição.

3. A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

4. Em qualquer caso, o cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação estará, invariavelmente, submetido ao que a doutrina contemporânea denomina de controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado (Diogo de Figueiredo Moreira Neto).

5. O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública.

6. A finalidade de fomento, in casu, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação.

7. Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado.

8. Os arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 apenas concentram a decisão política, que poderia ser validamente feita no futuro, de afastar a atuação de entidades públicas através da intervenção direta para privilegiar a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados, razão pela qual a extinção das entidades mencionadas nos dispositivos não afronta a Constituição, dada a irrelevância do fator tempo na opção pelo modelo de fomento - se simultaneamente ou após a edição da Lei.

9. O procedimento de qualificação de entidades, na sistemática da Lei, consiste em etapa inicial e embrionária, pelo deferimento do título jurídico de "organização social", para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, não se fazendo presente a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, o que torna inaplicável o dever constitucional de licitar (CF,

art. 37, XXI).

10. A atribuição de título jurídico de legitimação da entidade através da qualificação configura hipótese de credenciamento, no qual não incide a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo incluyente, e não excluyente.

11. A previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo.

12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF.

13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, caput).

14. As dispensas de licitação instituídas no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados.

15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.

16. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a

contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal.

17. Inexiste violação aos direitos dos servidores públicos cedidos às organizações sociais, na medida em que preservado o paradigma com o cargo de origem, sendo desnecessária a previsão em lei para que verbas de natureza privada sejam pagas pelas organizações sociais, sob pena de afronta à própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do novo modelo.

18. O âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União (CF, arts. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF, arts. 127 e seguintes) não é de qualquer forma restringido pelo art. 4º, caput, da Lei nº 9.637/98, porquanto dirigido à estruturação interna da organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar a atuação de ofício dos órgãos constitucionais.

19. A previsão de percentual de representantes do poder público no Conselho de Administração das organizações sociais não encerra violação ao art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição Federal, uma vez que dependente, para concretizar-se, de adesão voluntária das entidades privadas às regras do marco legal do Terceiro Setor.

20. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas." (sem destaque no original) (STF, Pleno, ADI 1.923/DF, Relator Ministro Luiz Fux, Publicação 17.12.2015)

Nessa conjuntura, a Lei Distrital nº 5.889/2017 autorizou ao Poder Executivo a criação do Instituto Hospital de Base do Distrito Federal, pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, com o objetivo de prestar assistência médica qualificada e gratuita à população e de desenvolver atividades de ensino, pesquisa e gestão no campo da saúde, em cooperação com o Poder Público, para a celebração de contrato de gestão com o Distrito Federal, por meio da Secretaria de Estado de Saúde.

Em seguida, o Governador do Distrito Federal editou o Decreto nº 38.332/2017, para a criação do Instituto Hospital de Base do Distrito Federal, cuja existência e a validade do requerido não integram os estritos limites objetivos desta relação jurídico-processual e, ainda mais, foi resolvida pelo órgão competente do Poder Judiciário, o Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios no julgamento das ADIs 20170020137585 e 2017.00.2.013822-5.

Além disso, constam dos autos o contrato de gestão celebrado pelo Ente Público com o requerido (id. b0f8bff), o Estatuto do Instituto Hospital de Base do Distrito Federal (id. 3c7e962) e a Resolução CA/IHBDF Nº 3/2017 (id. 637b910), com o regulamento próprio do processo de seleção para admissão de pessoal, enquanto

documentos úteis à solução do presente litígio.

Então, firmes as premissas de que a presença do Poder Público na administração, a cessão de servidores, a permissão de uso de bens públicos e a destinação de substancial parcela do orçamento do Ente da Federação em favor do requerido, atrai a incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública, notadamente os consagrados no artigo 37, caput, da CRFB, e lhe confere o regime híbrido para a regência dos contratos trabalhistas, de modo que, embora não haja a obrigatoriedade de concurso público (artigo 37, II, da CRFB), a admissão de seus empregados sob o regime celetista deve ser antecedida de seleção pública, objetiva e impessoal.

Aliás, esses valores também estão consagrados no artigo 2º, IX, da Lei Distrital nº 5.889/2017, in verbis:

"Art.2º. Compete à Secretaria de Estado de Saúde supervisionar a gestão do IHBDF, observadas as seguintes normas e disposições:

(...)

VIII - o contrato de gestão assegura ao IHBDF autonomia para contratação e administração de pessoal sob regime da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, de forma a assegurar a preservação dos mais elevados e rigorosos padrões de atendimento à população;

IX - o processo de seleção para admissão de pessoal do IHBDF deve ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios da publicidade, da impessoalidade, da moralidade, da economicidade e da eficiência, nos termos do regulamento próprio a ser editado pelo Conselho de Administração". (sem grifo no original)

No mesmo sentido, por evidente, a disposição do artigo 45 do Estatuto Social do requerido:

"Art. 45. O processo de seleção para o pessoal efetivo do IHBDF será precedido de edital, observadas as peculiaridades de cada categoria profissional.

(...)

§ 2º. O regulamento próprio do processo de seleção para admissão de pessoal efetivo do IHBDF deverá ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios da publicidade, impessoalidade, moralidade, economicidade e eficiência, nos termos do regulamento próprio a ser editado pelo Conselho de Administração." (sem destaque no original)

Outrossim, até mesmo a Resolução CA/IHBDF nº 3/017, que instituiu regulamento próprio do processo de seleção para admissão de pessoal, repete, no artigo 3º, os valores da publicidade, da igualdade, da impessoalidade, da moralidade, da economicidade e da eficiência, para compatibilizá-los com sua natureza privada.

Contudo, esse mesmo regulamento distancia-se dos primados, ao menos, da igualdade, da impessoalidade, da moralidade exemplificativamente nos artigos 6º, § 2º, quando autoriza o recrutamento interno; 9º, em que prevê etapas dotadas de alta carga de subjetividade na seleção, todas com caráter eliminatório ou classificatória; e 22, com carga discriminatória quanto aos empregados demitidos por justa causa.

Ademais, o processo seletivo controvertido nesta ação conseguiu ofender esses e outros valores ainda mais evidentemente, para preencher as 66 vagas de Técnico de Manutenção em Equipamentos Hospitalares; Engenheiro Clínico; Médico Regulador; Analista de Processos Operacionais; Assistente de Faturamento; Enfermeiro Auditor; Médico Auditor; Analista de Gestão de Pessoas; Analista Administrativo; Farmacêutico; Engenheiro Ambiental; Comprador Especializado; Analista de Contratos; Analista de Compras; Administrador; a começar pela ausência da

publicação de edital, contrariando o artigo 45 do próprio Estatuto do IHBDF.

Do mesmo modo, a falta de edital ou de qualquer outro documento para balizar o processo seletivo, a par de desrespeitar os postulados de publicidade, impessoalidade, moralidade e, em última análise, eficiência, e afrontar diretamente o estatuto social do réu, também prejudicou a disponibilização de vagas para portadores de deficiência, contrariando, assim, a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência instituída pela Lei nº 7.853/1989, regulamentada pelo Decreto nº 3.298/1999.

No mesmo diapasão, a informação restrita - obviamente contrária à publicidade, impessoalidade e moralidade na medida em que favorece quem detém a informação por sorte, melhores contatos ou acesso privilegiado - nos sites do período de inscrição de 08 a 23.03.2018, com previsão de admissão dos candidatos aprovados e recomendados (este último ponto a ser analisado especificamente adiante) já em 26.03.2018, dificultou a ampla participação dos interessados, afinal, o acesso aos empregos da entidade, assim como desfavoreceu a seleção dos candidatos mais bem preparados, em coerência com a pretendida eficiência administrativa.

A propósito, as informações extraídas do sítio eletrônico "vagas.com", no mínimo, não se mostraram confiáveis ante a discrepância entre os impressos apresentados pelo autor e pelo réu com seus respectivos atos postulatórios, sendo, ao contrário do afirmado em contestação, de responsabilidade do réu e inescusáveis os defeitos do processamento eletrônico da seleção pública.

Ficaram ainda mais evidentes as ofensas aos princípios da impessoalidade e da moralidade quando verificada a possibilidade de realização das etapas de conhecimento em língua portuguesa, conhecimentos gerais e lógica pela internet, o que, obviamente, destituiu a segurança de que o próprio candidato respondeu as questões, sem, ao menos, o auxílio de terceiros e a consulta a materiais, a impedir a confirmação da identidade e a avaliação dos concorrentes. Importante pontuar que a verdade dessa circunstância fática decorre especialmente da ausência de controvérsia.

No curso do processo seletivo, principalmente a 5ª etapa definida como entrevista e análise pelo gestor da área é dotada de alta carga de subjetividade, a permitir que esse examinador escolha o candidato a partir de suas preferências pessoais, em detrimento dos postulados da impessoalidade e da moralidade, retrocedendo na escalada evolutiva em nosso ordenamento jurídico para exterminar a cultura de apadrinhamentos, nepotismos, discriminações odiosas entre outras.

Nesse contexto, o conjunto probatório até então produzido foi convincente acerca da invalidade do segundo processo seletivo realizado pelo requerido para preenchimento de 66 vagas de emprego de Técnico de Manutenção em Equipamentos Hospitalares; Engenheiro Clínico; Médico Regulador; Analista de Processos Operacionais; Assistente de Faturamento; Enfermeiro Auditor; Médico Auditor; Analista de Gestão de Pessoas; Analista Administrativo; Farmacêutico; Engenheiro Ambiental; Comprador Especializado; Analista de Contratos; Analista de Compras; Administrador.

O desvio de poder verificado corresponde ao manejo da competência em descompasso com a competência, segundo os ensinamentos do professor Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 22ª Edição, 2010, p. 981).

É importante registrar que, depois da formulação do pedido principal pelo autor, o réu não apresentou outros documentos com a contestação de id. dc1dae7, mantendo-se o conjunto probatório insuficiente em favor das teses defensivas já repelidas, inclusive conforme certificado em decisão judicial anterior.

Pelo exposto, declaro a nulidade absoluta do segundo processo seletivo realizado pelo réu e, por consequência lógica, de todas as contratações de empregados decorrentes dessa seleção.

Cumprе ressaltar que, na contestação de id. dc1dae7, o réu não impugnou especificamente os pedidos de obrigações de fazer e não fazer.

De todo modo, uma vez evidenciado o ilícito, é inadmissível sua perpetuação, bem como a produção de efeitos pelo ato nulo.

Portanto, no caso concreto, com fundamento nos artigos 3º e 11 da Lei nº 7.347/1985 e 84 da Lei nº 8.078/1990, forçoso o acolhimento do pedido inicial também para a imposição das seguintes obrigações de fazer e não fazer pleiteadas, a fim de evitar repetição do atos contrários ao direito no futuro, razão pela qual condeno o réu, sob pena de multa de R\$ 50.000,00 por cada descumprimento, a:

- a) promover o imediato desligamento de todos os empregados já contratados com base no segundo processo seletivo;
- b) abster-se de continuar contratando empregados com base no segundo processo seletivo;
- c) abster-se de realizar processos seletivos futuros com base em metodologias de seleção que tenham caráter subjetivo;
- d) abster-se de realizar processos seletivos sem a publicação de edital público, com as diversas etapas da seleção, banca examinadora, prazos, critérios objetivos e recursos cabíveis, com publicação mínima no Diário Oficial do DF e no seu sítio eletrônico;
- e) estabelecer, nos futuros editais públicos de seleção, a reserva de vagas para candidatos portadores de deficiência, na forma da lei;
- f) abster-se de discriminar ex-empregados nas seleções públicas e futuras contratações;
- g) abster-se de realizar provas pela internet em suas seleções públicas, adotando exames presenciais e com a presença de fiscais nos locais dos exames;
- h) abster-se de realizar seleções internas ou mistas;
- i) publicar esta sentença, na íntegra, em seu sítio eletrônico, para conhecimento de todos os interessados.

Os valores das astreintes acima indicados deverão ser devidamente corrigidos e revertidos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), previsto na Lei nº 9.008/1995, nos termos do art. 5º, §6º e da Lei nº 7.347/1985, ou a instituição sem fins lucrativos a ser indicada pelo órgão ministerial para homologação judicial.

Em outra frente, a fim de responder às questões suscitadas pelo requerido quando da impetração do mandado de segurança (processo autuado sob o nº 0000163-49.2018.5.10.0000): "A quem caberá indenizar os atuais empregados que sequer fizeram parte dos atacados processos seletivos? E as pessoas que pediram demissão de seus empregos anteriores para serem admitidos no IHB? Como fica essa situação? Quem assumirá esses danos e arcará com as indenizações que certamente serão pleiteadas?", bem como para aferir a responsabilidade pelos demais prejuízos à sociedade, continua forçoso levar ao conhecimento, das autoridades competentes pela correspondente investigação, o teor das principais peças processuais e desta decisão."

Volta-se o réu contra a decisão. Afirma estar equivocado o juízo de origem, ao reconhecer não ter o processo seletivo para admissão de pessoal respeitado os princípios gerais constantes em regulamento próprio.

Aduz ter havido regular publicação do edital (art. 6º do regulamento) para o recrutamento e seleção de pessoal (art. 5º do regulamento), inexistindo obrigação de publicação, no DODF, mormente diante do fato de ter havido divulgação nos sites "www.diariooficialdf.com.br" e "www.saude.df.gov.br", além de *"matéria jornalística no maior Jornal de Brasília, qual seja, o 'Correio Braziliense'"* (ID e72e218 - fls. 870 e seguintes), com mais de seis mil e quinhentas pessoas tendo participado da seleção ofertada.

Acrescenta que o processo seletivo foi realizado com observância de critérios objetivos e impessoais, sendo dividido em 05 (cinco) fases, das quais três sem qualquer participação do recorrente, não sendo facultada a escolha de candidatos pelos gestores.

Repisando os argumentos lançados em defesa, requer a reforma da sentença.

O autor, por sua vez, pede a majoração das astreintes fixadas na origem, ao argumento de que o valor estipulado *"não surtirá os efeitos desejados nesta ação civil pública, devido ao histórico do réu em não cumprir suas obrigações que estão na própria lei que o criou"* (fl. 1817).

Pois bem.

Registro, inicialmente, inexistir controvérsia acerca da natureza jurídica do réu.

Como antecipado na admissibilidade, as partes (fls. 1819/1822 e fls. 1769) convergem no sentido de que o demandado ostenta natureza jurídica de Serviço Social Autônomo, nos termos do que dispõe o artigo 1º da Lei Distrital nº 5.899/2017, regulamentado pelo Decreto nº 39.674/2019.

A referida norma legal, que autorizou o Poder Executivo a criar o Instituto Hospital de Base do Distrito Federal - IHBDF, estabeleceu em seu artigo 2º, inciso IX, que o processo de seleção para admissão de pessoal deve ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância aos princípios da publicidade, da impessoalidade, da moralidade, da economicidade e da eficiência. Assim está redigida a disposição em referência:

"Art. 2º Compete à Secretaria de Estado de Saúde supervisionar a gestão do IHBDF, observadas as seguintes normas e disposições:

[...]

IX - o **processo de seleção** para admissão de pessoal do IHBDF **deve ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios da publicidade, da impessoalidade, da moralidade, da economicidade e da eficiência**, nos termos do regulamento próprio a ser editado pelo Conselho de Administração;

[...]

XVIII - o IHBDF fará publicar, no Diário Oficial do Distrito Federal, no prazo de 90 dias após o registro do estatuto em cartório, **os manuais de seleção que disciplinarão os procedimentos que deverá adotar**, objetivando a plena consecução dos incisos IX e XII.

[...]" (sem destaques no original)

No regulamento interno do instituto, há disposição similar, em que se determina a observância aos mesmos princípios, a saber, *in verbis*:

"Art. 3º O **processo seletivo será público e deverá atender aos princípios da publicidade, da igualdade, da impessoalidade, da moralidade, da economicidade e da eficiência**, devidamente compatibilizado com a natureza privada, nos termos da lei civil, da natureza dos serviços sociais autônomos, em conformidade com os padrões de mercado e a necessidade de serviço, **devendo ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal**.

Parágrafo único. **É vedada, em obediência aos princípios da moralidade e impessoalidade, a ocorrência de práticas como nepotismo, tráfico de influência, apadrinhamento, troca de favores ou discriminação relacionada a etnia, cor, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, origem geográfica, condição socioeconômica e crença.**

Art. 4º **Toda contratação de pessoal será precedida de processo seletivo**, ressalvadas as hipóteses previstas neste Regulamento.

Art. 5º O processo seletivo será composto de uma fase de recrutamento e outra de seleção de profissionais, dentro de padrões compatíveis com o mercado de trabalho e segundo o perfil exigido para o emprego." (sem destaques no original)

Por ocasião do julgamento do RE nº 789.874/DF, o saudoso Ministro, TEORI ZAVASCKI, designado relator do recurso, ao pontuar as distinções entre os serviços autônomos do primeiro grupo - vinculados às entidades sindicais -, e aqueles do segundo grupo - ao qual o réu pertence -, assinalou que as restrições quanto à contratação de pessoal destes últimos devem ser mais severas, justamente em razão do financiamento público que circunda esse processo, possuindo "*normas específicas a respeito dos parâmetros a serem observados por essas entidades nos processos seletivos e nos planos de cargos e salários de seus funcionários*". Assim discorreu o saudoso magistrado, *in verbis*:

"[...]

Presente esse quadro normativo, pode-se afirmar que os serviços sociais do Sistema "S", vinculados às entidades patronais de grau superior e patrocinados, basicamente, por recursos recolhidos do próprio setor produtivo beneficiado, receberam, tanto da Constituição Federal de 1988, como das legislações que os criaram, inegável autonomia administrativa, limitada, formalmente, apenas ao controle finalístico, pelo Tribunal de Contas, de aplicação dos recursos recebidos.

As características gerais básicas desses entes autônomos podem ser assim enunciadas: (a) dedicam-se a atividades privadas de interesse coletivo cuja execução não é atribuída de maneira privativa ao Estado; (b) atuam em regime de mera colaboração com o poder público; (c) possuem patrimônio e receita próprios, constituídos, majoritariamente, pelo produto das contribuições compulsórias que a própria lei de criação institui em seu favor; e (d) possuem a prerrogativa de autogerir seus recursos, inclusive no que se refere à elaboração de seus orçamentos, ao estabelecimento de prioridades e à definição de seus quadros de cargos e salários, segundo orientação política própria.

4. É importante não confundir essas entidades, nem equipará-las com outras criadas após a Constituição de 1988, cuja configuração jurídica tem peculiaridades próprias. É o caso, por exemplo, da Associação das Pioneiras Sociais - APS (serviço social responsável pela manutenção da Rede SARAH, criada pela Lei 8.246/91), da Agência de Promoção de Exportações do Brasil - APEX (criada pela Lei 10.668/03) e da Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial - ABDI (criada pela Lei 11.080/04). Diferentemente do que ocorre com os serviços autônomos do Sistema "S", essas novas entidades (a) tiveram sua criação autorizada por lei e implementada pelo Poder Executivo, não por entidades sindicais; (b) não se destinam a prover prestações sociais ou de formação profissional a determinadas categorias de trabalhadores, mas a atuar na prestação de assistência médica qualificada e na promoção de políticas públicas de desenvolvimento setoriais; (c) são financiadas, majoritariamente, por dotações orçamentárias consignadas no orçamento da própria União (art. 2º, § 3º, da Lei 8.246/91, art. 13 da Lei 10.668/03 e art. 17, I, da Lei 11.080/04); (d) estão obrigadas a gerir seus recursos de acordo com os critérios, metas e objetivos estabelecidos em contrato de gestão cujos termos são definidos pelo próprio Poder Executivo; e (e) submetem-se à supervisão do Poder Executivo, quanto à gestão de seus recursos.

Essas características estão definidas nos preceitos legais abaixo:

"[...]

Bem se vê, portanto, que ao contrário dos serviços autônomos do primeiro grupo, vinculados às entidades sindicais (SENAC, SENAI, SEST, SENAT e SENAR), os do segundo grupo (APS, APEX e ABDI) não são propriamente autônomos, pois sua gestão está sujeita a consideráveis restrições impostas pelo poder público, restrições que se justificam, sobretudo, porque são financiadas por recursos do próprio orçamento federal. Essas limitações atingem, inclusive, a política de contratação de pessoal dessas entidades. Tanto a lei que autorizou a criação da APS, quanto aquelas que implementaram a APEX e a ABDI têm normas específicas a respeito dos parâmetros a serem observados por essas entidades nos seus processos seletivos e nos planos de cargos e salários de seus funcionários (ex: art. 3º, VIII e IX, da Lei 8.246/91, art. 9º, V e VI da Lei 10.668/03 e art. 11, §§ 2º e 3º da Lei 11.080/04).

"[...]"

Nesse contexto, os preceitos contidos na Lei Distrital nº 5.899/2017 tem sua justificativa nos princípios constitucionais que demarcam a atuação da administração pública, o que, inexoravelmente, atrai a incidência do contido no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Inexistindo dúvida de que o eixo interpretativo parte da mencionada norma constitucional, associado às disposições do diploma legal de criação da entidade acionada, passo à apreciação das questões debatidas, tendo presente, como não poderia deixar de ser, a determinação legal de que o processo de seleção para admissão de pessoal deve, e isto é imperativo, ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância aos princípios da publicidade, da impessoalidade, da moralidade, da economicidade e da eficiência.

Pelo princípio da publicidade, o réu passa a ter o **dever** de dar transparência a todos os atos relacionados ao processo de seleção para admissão de pessoal, tornando-os públicos, com o conhecimento do **maior número de pessoas**, de modo a garantir a transparência, a moralidade e impessoalidade na seleção.

O ato a ser publicado deve produzir efeitos internos e externos, alcançando, como já dito, o maior número de pessoas dotadas de qualificação e aptidão para participação no certame.

O artigo 6º do regulamento interno do réu dispõe que o processo seletivo deve ser publicado "*no sítio do IHBDF na rede mundial de computadores*", ou "*anúncio em jornal de grande circulação*", ou no "*Diário Oficial do Distrito Federal*", entre outros. Peço vênica para transcrever o mencionado artigo:

"Art. 6º O recrutamento é a fase do processo em que se buscam candidatos com determinado perfil, **por meio de publicação de edital no sítio do IHBDF na rede mundial de computadores ou anúncio em jornal de grande circulação ou no Diário Oficial do Distrito Federal**, podendo, ainda, utilizar-se, de **outros meios complementares nesse processo**, como a divulgação por meio de disseminação de anúncio em instituições de ensino, entidades de classe, utilização de cadastros de agências especializadas em recrutamento de recursos humanos, de consultoria especializada, de avisos internos, ou, ainda, em sítios na rede mundial de computadores especializados em recrutamento.

§ 1º O IHBDF manterá, em seu sítio eletrônico na rede mundial de computadores, espaço destinado a cadastro de currículos, com objetivo de serem analisados para o processo de recrutamento.

§ 2º O recrutamento poderá ser externo, interno ou misto:

I - o recrutamento externo ocorre quando a busca dos candidatos é realizada fora do âmbito do IHBDF;

II - o recrutamento interno ocorre quando a busca dos candidatos é realizada dentro do âmbito do quadro de pessoal do IHBDF, observadas as condições do art. 8º deste Regulamento; e

III - o recrutamento misto ocorre quando a busca dos candidatos é realizada, tanto no âmbito externo, como no interno, do IHBDF.

§ 3º No edital do processo seletivo, deverá constar a quantidade de vagas a serem preenchidas, a remuneração e os benefícios previstos, as condições para inscrição, o local de trabalho, a descrição das atividades a serem desempenhadas, as responsabilidades, além dos requisitos, regime e prazo de contratação." (sem destaques no original)

A utilização da conjunção alternativa "OU", presente no artigo 6º da aludida disposição, findou por consagrar expediente excludente das diversas modalidade de divulgação do processo seletivo, em visceral confronto com o princípio da publicidade, na medida em que obstou o escopo de proporcionar, ao maior número de pessoas possível, o conhecimento sobre a realização do evento.

Ao mesmo tempo, aludida disposição também fere o princípio da impessoalidade, na medida em que a publicação, em um ou em outro veículo de informação, deixa de observar o interesse público, restringindo o universo daqueles que poderiam participar do citado processo de seleção, direcionando a participação a um conjunto determinado ou determináveis de pessoas.

Nem se mencione o §2º, do referido artigo 6º, que prevê o recrutamento "*externo, interno ou misto*".

Na hipótese de recrutamento interno ou misto, a norma aponta, com maior clareza, o direcionamento da seleção que se pretende implementar, em ofensa, ainda mais visível, aos princípios que deveriam ser observados: - publicidade, impessoalidade e moralidade.

Há mais.

A regulamentação editada pelo réu, em seu artigo 7º, de forma ainda mais contundente, evidencia a irregularidade que contaminou todo processo seletivo. Aludido dispositivo estabelece um "*período mínimo de 05 (cinco) dias úteis para inscrição dos candidatos*" (fl. 596).

E, no caso concreto, o período de inscrições para o segundo processo

seletivo foi estabelecido entre 08 a 23 de março de 2018, ou seja, 16 (dezesesseis dias - fl. 80).

Se o objetivo do processo seletivo, segundo os princípios da publicidade, impessoalidade e moralidade, era atingir o maior número de pessoas qualificadas e aptas à seleção, o exíguo prazo de 16 (dezesesseis) dias reforça a conclusão a que chegou o juízo originário quanto à desconsideração dos preceitos contidos na Lei Distrital nº 5.899/2017.

Ao contrário do que advoga o réu, possuo a compreensão de que a divulgação da existência de seleção de pessoas nos sítios eletrônicos indicados na defesa - www.diariooficialdf.com.br e www.saude.df.gov.br - não cumpre o requisito de publicação do Edital previsto no artigo 6º do regulamento interno acima reproduzido.

Nem se diga que a divulgação de notícia no sítio eletrônico "www.correiobraziliense.com.br/euestudante" teria o condão de atrair a ilação de que houve regularidade na publicação do Edital.

Como registrado, a ausência de publicação de edital evidencia que não houve subsunção dos atos praticados pelo réu aos princípios da publicidade, impessoalidade e moralidade.

A conclusão ora alcançada **não** parte do pressuposto de ser necessária a existência de concurso público prévio, mas da **necessária existência de processo seletivo regular e adequado aos preceitos constitucionais encampados pela Lei Distrital nº 5.899/2017**, que, repito, garante observância aos princípios da publicidade, da impessoalidade e da moralidade.

Reitero, aqui, as palavras do saudoso Ministro, TEORI ZAVASCKI, segundo as quais os serviços sociais autônomos, do segundo grupo, possuem maiores restrições quanto à contratação de pessoal, assim se justificando pelo recebimento de recursos públicos advindos de dotações consignadas no orçamento do ente público com o qual firmaram o contrato de gestão, atrelando-se a "*normas específicas a respeito dos parâmetros a serem observados por essas entidades nos processos seletivos*" (RE nº 789.874/DF, Relator: MIN. TEORI ZAVASCKI, DEJT de 19/11/2014).

E essa rigidez principiológica, evidencia, vez mais, a inobservância dos postulados inerentes à impessoalidade e à moralidade em face do que dispõem o artigo 2º, III, "c", da Lei nº 7.853/1989 c/c o artigo 93 da Lei nº 8.213/91.

Isso porque o processo seletivo do réu evidenciou manifesta discriminação em relação às pessoas portadoras de deficiência.

Ora, se cabe ao poder público a "*promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores públicos e privado, de pessoas portadoras de deficiência*", ao acionado cabe observância à norma legal que determina o preenchimento mínimo (2% a 5%) de cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência.

A inobservância, pois, desde o início do processo de seleção de pessoal ao que dispõe norma de ordem cogente autoriza a conclusão alcançada pelo julgado de origem quanto à irregularidade da seleção implementada pelo requerido.

E aqui, registre-se, não se pode afastar a exigência da contratação mínima de pessoas com deficiência a ausência de registro formal de reclamações em entidades que realizam seleção pública de pessoal.

Ultrapassada a questão relativa à publicação do Edital, saltam aos olhos irregularidades ainda mais gravosas quanto à segunda seleção de pessoal do demandado.

Como bem pontuou o juízo de origem, o Estatuto Social do demandado repete os princípios relacionados no artigo 2º da Lei Distrital nº 5.899/2017, que garante observância aos primados da publicidade, impessoalidade, moralidade, economicidade e eficiência (art. 45 - fls. 172/173).

Quando se apreciam os critérios avaliativos do segundo processo seletivo, conclui-se, tal como o juízo de origem, pela existência de fase de seleção duvidosa, "*etapas dotadas de alta carga de subjetividade na seleção*", afastando-se dos princípios da impessoalidade e da moralidade.

Em relação à primeira hipótese, tem-se a realização das provas de conhecimento em língua portuguesa, conhecimentos gerais e lógica, que foram realizadas pela internet (fato incontroverso - fl. 300), "*o que, obviamente, destituiu a segurança de que o próprio candidato respondeu as questões, sem, ao menos, o auxílio de terceiros e a consulta a materiais, a impedir a confirmação da identidade e a avaliação dos concorrentes*" (Apud RENATO VIEIRA DE FARIA).

Em relação à segunda hipótese, cito, a título ilustrativo, os critérios de

avaliação descritos às fls. 632:

"- Análise curriculares;

- Provas de conhecimento específico;

- Perfil comportamental - Dinâmica de grupo - mapeamento das habilidades comportamentais conforme a necessidade do cargo segundo os critérios de: Atende - 5 pontos, Atende parcialmente: 3 pontos, Não atendo - 0 pontos; e

- Testagem psicológica - "realizada pelo gestor da vaga com parecer de favorável ou não para o cargo"." (sem destaques no original)

Não há esclarecimentos quanto à forma de realização do perfil comportamental, sendo a testagem psicológica "realizada pelo gestor da vaga".

O procedimento adotado pelo réu para a realização do segundo processo de seleção de pessoal, sem margem de dúvidas, mostra-se em evidente descompasso com os princípios aos quais deve se submeter o réu, impondo-se, nessa fração, a confirmação da sentença quanto à nulidade absoluta do segundo processo seletivo, bem como à nulidade de todas as contratações de empregados decorrentes dessa seleção.

Registro, por oportuno, que a pena pecuniária imposta na origem -- astreintes -- tem por finalidade estimular o devedor a cumprir a obrigação fixada na sentença, ou seja, garantir a efetividade do provimento judicial. A decisão que assim estabelece põe em evidência a garantia constitucional contida no inciso LXXVIII, que assegura a todos a razoável duração do processo, sendo indene de dúvida a sua aplicação ao processo do trabalho.

E o valor arbitrado na sentença apresenta-se razoável e adequado à finalidade proposta, não havendo razões para sua majoração.

Assim, ratificada a nulidade do processo seletivo, impõe-se a confirmação das obrigações de fazer e não fazer impostas na origem, inclusive quanto às astreintes estabelecidas na sentença.

Desse modo, nego provimento a ambos os recursos.

4. DANO MORAL COLETIVO (RECURSOS DO RECLAMANTE E DO RECLAMADO)

No presente tema, assim decidiu o juízo de primeiro grau:

"DANO MORAL COLETIVO

A proteção contra o dano extrapatrimonial foi alçada à condição de direito fundamental nos incisos V e X do artigo 5º da Constituição da República, in verbis:

"Art. 5º (...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"

Com efeito, os valores jurídicos protegidos não são restritos à esfera individual, pois o ordenamento jurídico estabeleceu novo paradigma com a dimensão social e coletiva de direitos e suas respectivas tutelas. Não nos referimos à mera reunião dos interesses individuais, mas de valores que não se restringem às pessoas diretamente atingidas e as ultrapassam para assumirem dimensão social, pois são identificadores de determinados grupos, classes e comunidades.

Consta expressamente das disposições dos artigos 6º, VI e VII, da Lei nº 8.078/1990 e 1º da Lei nº 7.347/1985 o reconhecimento ao direito coletivo e difuso de caráter extrapatrimonial, cujas ameaças de lesão e lesões são, respectivamente, prevenidas e reparadas pelo sistema processual previsto nesses diplomas normativos.

Nesse sentido, importante a definição de dano moral coletivo apresentada por Xisto Tiago de Medeiros Neto: "lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade (...) os quais se distinguem pela natureza extrapatrimonial e por refletir valores e bens fundamentais tutelados pelo sistema jurídico" (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Dano Moral Coletivo. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2012, p. 170).

Assim, o dano moral coletivo, por definição, pressupõe a existência de conduta antijurídica com gravidade suficiente para a repercussão social nociva a valores fundamentais do sistema jurídico, a configurar ofensa a interesses extrapatrimoniais de toda a coletividade ou mesmo de toda sociedade. Por conseguinte, estamos diante da invocação de interesses transindividuais, indivisíveis e titularizados em comunhão pelo grupo social, sejam coletivos em sentido estrito ou difusos, nos moldes do artigo 81, parágrafo único, I e II, do CDC:

"Art. 81. (...)

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;"

Então, está consagrada a existência de interesses e direitos de natureza extrapatrimonial titularizados pela coletividade em suas variadas expressões. A propósito dessa mudança de paradigma de proteção de dano moral, há destacado

precedente no colendo Tribunal Superior do Trabalho, com a seguinte ementa:

"RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA - CONSTRUTORA RV LTDA. - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSTRUÇÃO CIVIL - REPARAÇÃO DE LESÃO OFENSIVA AOS VALORES FUNDANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - NÃO PREENCHIMENTO DAS VAGAS RESERVADAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA - ART. 93 DA LEI Nº 8.213/91 - OFENSA A DIREITO DIFUSO - DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE MATERIAL - EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. A evolução das concepções jurídicas acerca da responsabilidade civil, que caminha desde o reconhecimento restrito do dano material, passando pela admissibilidade do dano moral individual, até o reconhecimento, à luz dos marcos da Constituição Federal de 1988, da necessidade de reparação da coletividade, quando atingidos, por meio de conduta ilícita, valores assentados na Carta de 1988 e que detém titularidade transindividual, torna imperativa a afirmação do direito à reparação por dano imaterial coletivo, que, de forma tecnicamente inadequada, vem sendo denominado dano moral coletivo. É importante ressaltar-se que, assim como a denominação, que se refere aos direitos de natureza individual, os pressupostos para o reconhecimento da responsabilidade em razão dessa espécie de dano são diversos, revelando a insuficiência dos paradigmas do direito liberal clássico para lidar com as novas categorias jurídicas transindividuais. Nesse contexto, resulta incabível perquirir, na conduta da ré no caso concreto, a existência de incômodo moral com gravidade suficiente a atingir não apenas o patrimônio jurídico dos trabalhadores envolvidos, mas o patrimônio de toda a coletividade. O que releva investigar, no caso em tela, é a gravidade da violação infligida pela ré à ordem jurídica. A coletividade é tida por ofendida, imaterialmente, a partir do fato objetivo da violação da ordem jurídica. Assim, verificado nos autos que a ré resistiu em cumprir a cota de portadores de deficiência prevista no art. 93 da Lei nº 8.213/91, descumprindo, injustificadamente, norma garantidora do princípio da igualdade material e da não discriminação das pessoas portadoras de necessidades especiais e, por conseguinte, furtando-se à concretização de sua função social, é devida a reparação da coletividade pela ofensa aos valores constitucionais fundamentais. Recurso de revista não conhecido." (sem grifo no original) (TST, 7ª Turma, Processo RR 1991-15.2011.5.10.0004, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 31/03/2015)

Nesse particular, então, são pressupostos da responsabilidade civil: a) a conduta comissiva ou omissiva contrária ao direito; b) a ofensa a interesse ou direito titularizado por uma coletividade; c) o nexo de causalidade, a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão e a ofensa.

No caso concreto, restou evidenciada a prática ilícita de ofensa a princípios constitucionais aplicáveis à espécie e de descumprimento das obrigações instituídas nos normativos próprios do réu referentes à seleção de seus empregados.

Foram atingidos pela conduta não apenas aqueles que efetivamente participaram do segundo processo seletivo do IHBDF, mas também quem não conseguiu participar da seleção por conta do ilícito patronal e, afinal, toda a sociedade, interessada no respeito aos pertinentes valores basilares estabelecidos na Constituição da República e na correta aplicação dos recursos públicos repassados ao réu por meio de contrato de gestão.

Dessarte, a prática do réu revelou padrão de conduta lesivo aos interesses e direitos extrapatrimoniais da coletividade e, diante do ilícito, não há necessidade de prova do dano, pois é presumido a partir do ato ofensivo de que decorre inexoravelmente a violação dos valores da humanidade, razão pela qual se afirma que o dano moral existe in re ipsa.

Noutras palavras, quando provado o fato, que atinge de forma intolerável e significativa direitos coletivos (lato sensu), a exigir a responsabilização exemplar do ofensor, restará evidenciado, em consequência, o dano moral coletivo.

Tratando-se de bens destituídos de conteúdo econômico, a indenização em dinheiro

tem a finalidade de compensar a lesão sofrida e de sanção pedagógica e inibitória, logo sua imposição servirá para desestimular condutas igualmente ofensivas aos direitos morais por parte da ré e de toda a sociedade.

Contudo, o ordenamento jurídico pátrio não estabelece parâmetros objetivos para a fixação dessa indenização por danos morais e, em virtude da omissão legislativa, a fixação da indenização está inserida no poder discricionário do Juiz diante das nuances do caso concreto.

No entanto, embora seja a solução casuística, o arbitramento deverá respeitar a diretriz fornecida pelo princípio da proporcionalidade, que pode ser extraído tanto do artigo 5º, V, da Constituição da República como do artigo 944 do Código Civil.

Ademais, o arbitramento judicial deve ser prudente e considerar alguns parâmetros sugeridos por doutrina e jurisprudência: a) o ambiente cultural dos envolvidos; b) a situação econômica das partes; c) o grau de culpa do ofensor; d) a gravidade e a extensão do dano.

Nesse contexto, a indenização por dano moral coletivo deverá considerar o porte econômico da parte ré para funcionar como medida pedagógica e punitiva e desestimular a repetição do ilícito, sendo que a única informação a respeito foi trazida pelo autor, no sentido de que o Governo do Distrito Federal repassará ao IHBDF seiscentos milhões de reais por ano.

Portanto, no exercício discricionário da conjugação desses parâmetros, a fim de respeitar o princípio da proporcionalidade neste caso concreto, condeno o réu ao pagamento de compensação financeira no importe de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), equivalente a menos de 0,1% do contrato de gestão original, desconsiderados eventuais aditamentos, com valores reversíveis ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), previsto na Lei nº 9.008/1995, nos termos do art. 5º, §6º e da Lei nº 7.347/1985 ou a instituição sem fins lucrativos a ser indicada pelo órgão ministerial para homologação judicial."

Volta-se o reclamado contra a condenação. Reitera inexistir nos autos qualquer comprovação da ocorrência de violação ao patrimônio imaterial da coletividade, uma vez que o processo seletivo implementado pelo recorrente transcorreu de forma regular.

Ultrapassada essa questão, afirma haver previsão na CLT em relação ao arbitramento dos valores devidos a título de indenização por danos morais, pelo que pede que aludida regra seja observada na fixação do valor.

O autor, por sua vez, afirma haver postulado como piso mínimo o montante de R\$500.000,00, todavia, diante do comportamento do réu, que se demonstrou renitente quanto à inobservância da legislação aplicável à espécie, requer a majoração da indenização por dano moral coletivo para o valor de R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais).

Pois bem.

A despeito de o reclamado negar a prática de atos irregulares que lhe foram atribuídos pelo Ministério Público do Trabalho, observa-se, do tópico acima, que restaram

evidenciadas as irregularidades apontadas.

A conduta lesiva consubstancia-se na realização de processo seletivo para contratação de pessoal de forma irregular e ilegal, em ofensa aos princípios da moralidade, publicidade e impessoalidade, inscritos na lei distrital já citada.

Como bem pontuou o juízo de origem, *"Foram atingidos pela conduta não apenas aqueles que efetivamente participaram do segundo processo seletivo do IHBDF, mas também quem não conseguiu participar da seleção por conta do ilícito patronal e, afinal, toda a sociedade, interessada no respeito aos pertinentes valores basilares estabelecidos na Constituição da República e na correta aplicação dos recursos públicos repassados ao réu por meio de contrato de gestão"*.

Nesse cenário, impõe-se reconhecer que as condutas imputadas ao reclamado detém aptidão para gerar dano na esfera moral da coletividade, razão pela qual deve ser confirmada a sentença nesse aspecto.

Quanto ao valor a ser arbitrado a título de indenização por danos morais, entendo que para sua fixação deve o juiz pautar-se pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em consideração o caráter pedagógico da medida, a fim de inibir a reiterada prática da conduta pela demandada.

Há que ser considerada, por óbvio, a intensidade da lesão provocada pelo procedimento adotado pelo réu, que obstruiu a participação do maior número de candidatos, inclusive daqueles portadores de deficiência, violando preceitos constitucionais encampados pela Lei Distrital nº 5.899/2017.

Nesse sentido, considerando tais premissas, ressalto que o valor arbitrado na sentença, R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), apresenta-se razoável à reparação da ofensa perpetrada, mormente considerando a eficácia pedagógica da condenação imposta.

Esclareço que os dispositivos indicados pelo réu, de constitucionalidade duvidosa, estão relacionados a ofensa na esfera patrimonial individual, não sendo aplicável ao caso dos autos.

Mantenho a sentença.

5. TUTELA PROVISÓRIA (RECURSO DO AUTOR)

Afirma o autor que o juízo de origem fez menção à decisão proferida pelo Excelentíssimo Senhor Presidente do colendo TST, nos autos da Suspensão de Segurança autuada sob o nº 1000186-54.2018.5.00.0000, somente no relatório da sentença, não o fazendo mais em sua fundamentação.

Entendendo que a citada decisão referia-se somente à tutela antecedente da ação cautelar, requereu manifestação sobre o tema em embargos de declaração, momento em que o juízo *a quo* indeferiu expressamente a postulação, admitindo, apenas, a execução provisória da sentença.

Sustenta o autor que a ausência de concessão da antecipação de tutela "**nas obrigações de fazer e não fazer futuras**", com imposição de astreintes, não fará com que o réu cumpra a sentença antes do trânsito em julgado, "*o que levará anos e anos*".

Acrescenta que a decisão proferida pelo Presidente do colendo TST foi clara quanto ao indeferimento de "*outros pedidos referentes a decisões futuras, pelo que sua decisão não pode servir de óbice à concessão de tutela antecipada na decisão final*" (fl. 1812).

Afirma que o réu segue promovendo seleções públicas nos mesmos moldes narrados na petição inicial, embora tenha efetuado alguns ajustes mínimos, mas ainda sem previsão de recursos, sem previsão de cotas para PCD's, com previsão de etapas predominantemente subjetivas e de caráter eliminatório.

Reitera, assim, a concessão da tutela provisória em relação aos pedidos relativos às "obrigações de fazer e não fazer futuras", constantes na ação principal, letras "c", "d", "e", "f", "g" e "h" (fls. 1316/1317).

Pois bem.

Na Suspensão de Segurança autuada sob o nº 1000186-54.2018.5.00.0000, o Excelentíssimo Ministro Presidente do colendo Tribunal Superior do Trabalho, João Batista Brito Pereira, assim decidiu sobre as liminares deferidas nos autos do presente feito, bem como nos autos do MS 0000163-49.2018.5.10.0000, *in verbis* (fls. 1217/1218):

"Ante o exposto, no que se refere ao item 1 do pedido formulado a fls. 68/69, que envolve o primeiro processo seletivo lançado pelo IHBDF, DEFIRO o pedido de suspensão de segurança formulado pelo Distrito Federal, para suspender a execução da decisão proferida pelo Desembargador Mário Macedo Fernandes

Caron do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, no que determinou ao IHBDF "a suspensão do Edital nº 1-IHB/DF, que prevê a contratação de empregados celetistas para exercerem as funções de enfermeiro, médico (diversas especialidades) e técnico de enfermagem para compor o quadro de empregados do referido instituto" (fls. 308) e para, em relação ao Distrito Federal, suspender a eficácia da decisão quanto à determinação de que divulgue "no sítio eletrônico da Secretaria de Saúde do DF a suspensão judicial com efeito ex tunc do ao Edital nº 1-IHB/DF/2018" (fls. 308), caso ainda não tenha realizado essa divulgação.

No pertinente ao segundo pedido formulado (fls. 69) e aditado a fls. 374, relativo ao segundo processo seletivo, DEFIRO o pedido de suspensão de segurança para suspender a execução da decisão proferida pelo Desembargador Dorival Borges de Souza Neto do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região nos autos do MS 0000163-49.2018.5.10.0000, que manteve parcialmente a tutela concedida pelo Juiz do Trabalho Substituto Renato Vieira de Faria proferida nos autos da TutCauAnt 0000247-02.2018.5.10.0016, em que havia sido determinada a suspensão do segundo processo seletivo público promovido para o preenchimento de 66 vagas e a suspensão de qualquer admissão de empregado para as vagas previstas no segundo processo seletivo.

INDEFIRO, porém, o terceiro pedido formulado, de suspensão de eficácia de "eventuais decisões liminares futuras que, em razão da identidade de objeto, impeçam/suspendam a realização de processos de seleção e contratação por parte do Instituto Hospital de Base do Distrito Federal", dada a absoluta impossibilidade de suspensão a priori de eventual decisão judicial que venha a ser proferida no futuro.

Intime-se o Ministério Público do Trabalho, na forma da lei." (sem destaques no original)

No sítio eletrônico do colendo TST, constatei que o Ministério Público do Trabalho interpôs Agravo Interno contra a referida decisão, que, apreciado pelo Órgão Especial daquela Corte, por unanimidade, julgou extinta a Suspensão de Segurança com relação ao MS-0000105-46.2018.5.10.00.0000, por perda de objeto, e, quanto ao MS-0000163.49.2018.5.10.00.0000, negou provimento ao Agravo Interno.

Como se observa, a decisão monocrática proferida pelo Exmo. Presidente do colendo TST foi mantida pelo Órgão Especial, tendo sido **expressamente indeferida a suspensão de eficácia de "eventuais decisões liminares futuras que, em razão da identidade de objeto, impeçam/suspendam a realização de processos de seleção e contratação por parte do Instituto Hospital de Base do Distrito Federal"** (sem destaques no original).

Em tal cenário, a decisão emanada do Exmo. Presidente do TST mantém sua eficácia em relação às pretensões constantes nas alíneas "a" e "b" do pedido da ação principal (fls. 1217), mantendo-se hígida até o trânsito em julgado da decisão proferida nos presentes autos, inexistindo óbice ao deferimento da tutela requerida quanto às obrigações de fazer e não fazer futuras.

Como se observa do item "**3. Processo Seletivo**", foi mantida a decisão originária em relação às obrigações de fazer e não fazer futuras, por manifesto desrespeito aos preceitos contidos na Lei Distrital nº 5.899/2017, uma vez que o procedimento adotado pelo réu mostra-se em evidente descompasso com os princípios já referidos, concernentes à publicidade, moralidade e impessoalidade.

Reconhecida a nulidade dos procedimentos adotados pelo réu, e uma vez presentes os requisitos instalados nos artigos 300 e seguintes do CPC, uma vez que se mostra patente o perigo de dano a se manter a adoção do procedimento seletivo atual, com subtração de considerável clientela habilitada a participar da seleção, defiro a tutela provisória de urgência quanto às obrigações de fazer e não fazer futuras, constantes das letras "c" a "h" do dispositivo da sentença, a saber, *in verbis*:

"c) abster-se de realizar processos seletivos futuros com base em metodologias de seleção que tenham caráter subjetivo;

d) abster-se de realizar processos seletivos sem a publicação de edital público, com as diversas etapas da seleção, banca examinadora, prazos, critérios objetivos e recursos cabíveis, com publicação mínima no Diário Oficial do DF e no seu sítio eletrônico;

e) estabelecer, nos futuros editais públicos de seleção, a reserva de vagas para candidatas portadores de deficiência, na forma da lei;

f) abster-se de discriminar ex-empregados nas seleções públicas e futuras contratações;

g) abster-se de realizar provas pela internet em suas seleções públicas, adotando exames presenciais e com a presença de fiscais nos locais dos exames;

h) abster-se de realizar seleções internas ou mistas;"

Referidas obrigações deverão ser cumpridas no prazo de 10 (dez) dias a partir da publicação desta decisão, sob pena de pagamento de multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) por cada descumprimento.

Diante desses fundamentos, dou provimento ao recurso do reclamante para deferir a tutela provisória de urgência quanto às obrigações de fazer e não fazer futuras, acima enumeradas, que deverão ser cumpridas no prazo de 10 (dez) dias a partir da publicação desta decisão, sob pena de pagamento de multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) por cada descumprimento.

6. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ (RECURSO DO AUTOR)

No tópico examinado, a decisão integrativa assim está redigida:

"LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DO RÉU

Até o momento da prolação da sentença, manteve-se o entendimento a respeito dessa questão pronunciado por ocasião do julgamento do pleito antecedente.

Assim, não se vislumbra a intenção deliberada do réu em ludibriar o órgão julgador com a juntada do referido documento, restando a análise das dificuldades enfrentadas pelos candidatos no mérito.

Nesse diapasão, o réu apresentou contestação fundada em alegações verossímeis e, ademais, não representa contrariedade aos deveres éticos o simples fato de a parte porventura sucumbir em juízo, pois isso constitui risco inerente a qualquer litigante em ação judicial.

Portanto, estamos diante do exercício regular do direito de defesa, em observância aos princípios da lealdade e da boa-fé processual, razão pela qual não estão configuradas as hipóteses do artigo 80 do CPC.

Rejeito."

Renova o autor a pretensão de condenação do reclamado às penas da litigância de má-fé, diante das "*constantes alterações de documentos ocorridas no site 'vagas.com' (empresa que realizava os processos seletivos do réu), durante o curso deste processo, com o objetivo claro de adulterar provas e alterar a verdade dos fatos*" (fl. 1806).

Acrescenta, outrossim, que a insistência do réu em "*misturar os conceitos de serviços sociais autônomos e de organizações sociais*", teve a finalidade de confundir o juízo, razão pela qual, no particular, deve ser reformada a sentença.

Sem razão.

Inexiste, nos autos, comprovação de que as alterações ocorridas no site "vagas.com" tivessem sido procedidas pela intervenção do réu.

Não vislumbro, outrossim, do teor da defesa apresentada, conduta passível de receber a reprimenda legal constante do artigo 80 do CPC.

A resistência ofertada não transbordou dos limites assegurados aos litigantes, motivo pelo qual, no particular aspecto, nego provimento ao recurso.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso ordinário interposto pelo autor e de, forma integral, daquele interposto pelo réu; rejeito as preliminares arguidas e, no mérito, nego provimento ao recurso do réu e dou parcial provimento ao do autor para deferir a tutela provisória de urgência quanto às obrigações de fazer e não fazer futuras, constantes das letras "c" a "h" do dispositivo da sentença, que deverão ser cumpridas no prazo de 10 (dez) dias a partir da publicação desta decisão, sob pena de pagamento de multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) por obrigação descumprida, nos termos da fundamentação.

Por razoável, mantenho o valor provisoriamente arbitrado para a condenação.

É o voto.

blb

ACÓRDÃO

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores da Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10.^a Região, conforme certidão de julgamento a fls. retro, aprovar o relatório; conhecer parcialmente do recurso ordinário interposto pelo autor e de forma integral daquele interposto pelo réu; rejeitar as preliminares arguidas e, no mérito, negar provimento ao recurso do réu e dar parcial provimento ao recurso do autor, nos termos do voto do Desembargador Relator. Ementa aprovada.

Julgamento ocorrido à unanimidade de votos, estando presentes os Desembargadores Pedro Luís Vicentin Foltran (Presidente), Ribamar Lima Júnior, José Leone Cordeiro Leite e Cilene Ferreira Amaro Santos.

Ausente o Desembargador Ricardo Alencar Machado; em gozo de férias regulamentares.

Representando o Ministério Público do Trabalho a Procuradora Heloísa Siqueira de Jesus.

Coordenador da Turma, o Sr. Luiz R. P. da V. Damasceno.

Coordenadoria da 3^a Turma;

Brasília/DF, 16 de junho de 2021 (data do julgamento).

Desembargador José Ribamar Oliveira Lima Júnior
Relator(a)

DECLARAÇÃO DE VOTO



Assinado eletronicamente por: **[JOSE RIBAMAR OLIVEIRA LIMA JUNIOR]** - faafdef
<https://pje.trt10.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



Documento assinado pelo Shodo