



MPF
Ministério Público Federal

Procuradoria
da República
no Rio de Janeiro

**AO JUÍZO DA ___ª VARA FEDERAL
DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**URGENTE: PERECIMENTO DE DIREITO EM
26 DE MARÇO PRÓXIMO**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, pelo Procurador da República infra-assinado, no uso de uma de suas atribuições constitucionais e legais, vem, com fundamento nos artigos 127, *caput*, e 129, incisos II e III, da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como nos dispositivos da Lei Complementar nº 75/93 e Lei Federal nº 7.347/85, propor a presente

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA
com pedido de tutela de urgência**

em face da **UNIÃO FEDERAL (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO, MINISTÉRIO DA SAÚDE E INCA)**, pessoa jurídica de direito público, representada pela Advocacia-Geral da União, na pessoa do seu Procurador-Chefe, situada na Avenida Rio Branco, nº 135, 13º andar, Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP 20.040-005, pelos fatos e fundamentos a seguir delineados:

1. SÚMULA DA QUESTÃO

A presente ação civil pública lastreia-se nos elementos de prova reunidos no Inquérito Civil nº 1.30.001.003376/2016-47 e busca compelir judicialmente a União Federal a alocar e prover ao menos 269 (duzentos e sessenta e nove) cargos no INCA, dentre os 3.594 (três mil, quinhentos e noventa e quatro) cargos do Plano de Carreiras da área de Ciência e Tecnologia de que trata a Lei nº 8.691, de 28 de julho de 1993, criados pela Lei 12.823/13, bem como nomear os candidatos aprovados e não convocados do concurso regido pelo Edital nº 4 de 2014.



O *deficit* de vagas em questão decorre de omissão ilegal da UNIÃO FEDERAL, tendo em vista que, contrariamente a determinação do Acórdão nº 1.193/2006 do Tribunal de Contas da União, bem como de compromisso assumido por ela própria por meio das Portarias MPOG nº 357/2014, 247/2015 e 325/2015, não alocou a totalidade de 583 vagas equivalentes ao quantitativo de contratos de trabalho com profissionais terceirizados da Fundação Ary Frauzino, que atuavam junto ao INCA até o ano de 2015.

Esta conduta resultou em grave impacto no quadro de recursos humanos do INCA, com severos prejuízos aos serviços de assistência e pesquisa em saúde, prestados pelo Instituto, conforme se expõe a seguir.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

O INCA, Instituto de referência do Ministério da Saúde, subordinado à Secretaria de Atenção à Saúde SAS, auxilia no desenvolvimento e coordenação de ações integradas para prevenção e controle do câncer no Brasil, de caráter multidisciplinar, que compreendem: a assistência médico-hospitalar prestada direta e gratuitamente aos pacientes com câncer no âmbito do SUS; atuação em áreas estratégicas como a prevenção e a detecção precoce; a formação de profissionais especializados e o desenvolvimento da pesquisa e a informação epidemiológica.

Os cargos públicos alocados no INCA, pelo Ministério da Saúde, são regulados pela Lei 8.691, de 28/7/1993, que dispõe sobre o Plano de Carreiras para a Área de Ciência e Tecnologia da Administração Federal Direta, das Autarquias e das Fundações Federais, estando o Instituto relacionado no inciso XX do § 1º do art. 1º desta norma, como órgão da Administração Pública Federal Direta. O Plano de Carreiras é estruturado da seguinte forma: Pesquisa em Ciência e Tecnologia, constituída do cargo de Pesquisador; Desenvolvimento Tecnológico, composta dos cargos de Tecnologista, Técnico, e Auxiliar-Técnico; e Gestão, Planejamento e Infraestrutura em Ciência e Tecnologia, formada dos cargos de Analista em Ciência e Tecnologia, Assistente e Auxiliar.

Há quase duas décadas, os órgãos federais de controle e fiscalização (CGU e TCU) e o próprio MPF, passaram a questionar a validade da complexa relação fático-jurídica estabelecida entre as fundações de apoio e os hospitais e institutos federais do Rio de Janeiro para contratação de mão-de-obra terceirizada para exercer funções típicas de cargos públicos.

Em síntese, reconheceu-se que eram irregulares: (i) as contratações de fundações de apoio para o fornecimento de mão-de-obra destinada a desempenhar funções típicas de cargos públicos, por contrariar o art. 37, inciso II, da Constituição Federal e o art. 1º, § 2º, do Decreto nº 2.271/97; (ii) contratação direta de fundações de apoio, com fundamento no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, para o fornecimento de mão-de-obra; (iii) a prestação de serviços a terceiros, pelas fundações de apoio, usando de instalações e equipamentos de entidades públicas; (iv) o recebimento direto, pelas fundações de apoio, junto ao Sistema Único de Saúde, de remuneração por serviços prestados aos hospitais federais, pois aquelas não constituem propriamente entidades de saúde, atuando nos moldes de um ajuste contratual para fornecimento de mão-de-obra. (v) o pagamento, pelas fundações de apoio, de complementação ou gratificação salarial a servidores públicos, no desempenho



Conforme será demonstrado adiante, **muito embora a UNIÃO FEDERAL estivesse obrigada a recompor, em sua totalidade, os postos de trabalho surgidos com o encerramento das contratações de terceirizados da FAF no INCA, não houve a efetiva reposição de profissionais concursados na mesma proporção**, aspecto que afetou negativamente o quadro de pessoal do Instituto e, por consequência, os serviços de saúde e pesquisa prestados por ele.

3. DOS FATOS

Em 2013, a Lei nº 12.823 criou 3.594 (três mil, quinhentos e noventa e quatro) cargos do Plano de Carreiras para a área de Ciência e Tecnologia, de que trata a Lei nº 8.691, de 28 de julho de 1993.

Parte destes cargos eram destinados à reposição da totalidade dos profissionais que deixaram de prestar serviços ao INCA em virtude da rescisão dos 583 contratos de trabalho terceirizado junto à Fundação Ary Frauzino. Esta finalidade encontra-se claramente apresentada no item 24 da Exposição de Motivos nº 189/2012 do Ministério do Planejamento (**DOC 1**) e que integrou o Projeto de Lei nº 4.265/2012, que por sua vez redundou na promulgação da Lei nº 12.823/2012, citada acima. Vejamos os seus termos:

*24. O objetivo da criação de cargos da Carreira de Ciência e Tecnologia para o Instituto Nacional de Câncer - INCA é o de promover a **substituição da totalidade da força de trabalho terceirizada contratada em desacordo com a legislação por intermédio da Fundação Ary Frauzino**, conforme compromisso firmado em audiência ocorrida na Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região, no dia 14 de dezembro de 2011, bem como para o atendimento ao Acórdão 1.193, de 11 de julho de 2006, do Tribunal de Contas da União. (Destques nossos)*

Com a sanção e publicação da referida lei, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão – MP, mediante a Portaria nº 357, de 10 de outubro de 2014 , autorizou a realização de concurso público para o provimento de **exatos 583 (quinhentos e oitenta e três) cargos** da Carreira de Ciência e Tecnologia pertencentes ao Quadro de Pessoal Permanente do Ministério da Saúde - MS, que visava atender as necessidades de pessoal do Instituto Nacional de Câncer – INCA surgidas após a extinção das terceirizações junto à Fundação Ary Frauzino (**DOC 28**).

Tal portaria condicionou o provimento dos cargos ao atendimento concomitante dos seguintes requisitos:

I - à existência de vagas na data da nomeação;



MPF
Ministério Público Federal

Procuradoria
da República
no Rio de Janeiro

II - à declaração do respectivo ordenador de despesas, quando do provimento dos referidos cargos, sobre a adequação orçamentária e financeira da nova despesa com a Lei Orçamentária Anual e sua compatibilidade com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, demonstrando a origem dos recursos a serem utilizados;

III - à substituição dos trabalhadores terceirizados que executam atividades não previstas no Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, cujos nomes deverão constar de relação, a ser publicada previamente à nomeação dos candidatos aprovados, de acordo com o disposto no art. 1º da Portaria Interministerial MP/CGU nº 494, de 18 de dezembro de 2009, o que implicará no remanejamento de dotações orçamentárias de "Outras Despesas Correntes" para "Pessoal e Encargos Sociais", no montante equivalente ao custo dos cargos providos, até que esta despesa esteja definitivamente incorporada aos limites orçamentários anuais de pessoal e encargos sociais do MS; e

IV - à extinção da totalidade dos postos de trabalho terceirizados integrantes do INCA, que estão em desacordo com a legislação vigente, obedecendo ao disposto na Cláusula Terceira do Termo de Conciliação Judicial-Processo nº 00810-2006-017-10-00-7. (Destaque nossos)

O certame, com **validade até 26 de março de 2019**, foi regido pelo Edital nº 4, de 13 de outubro de 2014 (**DOC 36**), e o seu resultado final foi homologado pelo Edital nº 11, de 26 de março de 2015, publicado no Diário Oficial da União, de 27 de março de 2015, Seção 3.

Após a homologação do resultado final, por meio da Portaria nº 247, de 26/06/2015 (D.O.U. nº 121, Seção 1, pág. 135, de 29.06.2015) (**DOC 29**) e da Portaria nº 325, de 06/08/2015 (D.O.U. nº 150, Seção 1, pág. 57, de 07/08/2015) (**DOC 31**), o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão autorizou o provimento de **exatos 583 cargos** referentes ao concurso público em questão, **condicionando-se o preenchimento aos exatos requisitos do ato normativo que autorizou a realização do certame** (Edital nº 4 / 2014).

No ano seguinte foi autorizado, por meio da Portaria MPOG nº 115 de 15/04/2016 (D.O.U. nº 73, Seção 1, de 18/04/2016, página 107) (**DOC 32**), o provimento de 27 (vinte e sete) cargos para prover as vagas que não tiveram candidatos aprovados ou aprovados em quantitativo insuficiente no certame regido pelo Edital nº 04/2014.

Até aquele momento, a UNIÃO aparentava ter cumprido todas as obrigações relacionadas ao encerramento dos contratos de profissionais terceirizados do INCA. Ocorre que no decorrer do Inquérito Civil MPF 1.30.001.003376/2016-47, destinado a apurar possíveis irregularidades no pagamento de Adicional de Plantão Hospitalar (APH) em detrimento da convocação dos concursados no certame regido pelo Edital nº 4 / 2014 (**DOC 3**), o INCA apresentou o Memo. nº 60/COGEP, de 21/12/2016 (**DOC 4**), informando que:



a) que haveria 387 cargos vagos, **ressaltando que foi detectado que o INCA não teria recebido a totalidade das 583 vagas criadas pela Lei nº 12.823/13, constatando uma diferença de 269 cargos não alocados**, o que acarreta sérios prejuízos a recomposição da força de trabalho;

b) segundo as tabelas encaminhadas (fls. 209/210, em anexo) **haveria a necessidade de preenchimento de 412 cargos**, incluídos os cargos vagos, não encaminhados e os solicitados para preenchimento por meio do cadastro de reserva, a um custo anualizado de R\$ 38.272.750,00; e

c) estava em elaboração um estudo de dimensionamento da força de trabalho no Instituto, com previsão de conclusão para fevereiro de 2017.

Em vista destas informações, foram efetuadas diligências para esclarecimentos referentes à demanda de recursos humanos no INCA, bem como sobre **a diferença de 269 cargos que deveriam ser destinadas ao Instituto por força da Lei nº 12.823/13**.

Por meio da NOTA TÉCNICA nº 8/2016/COGEP (**DOC 7**), o INCA informou que a diferença acima referenciada foi constatada em consulta ao sistema SIAPE, realizada, tendo por referência, datas anterior e posterior à Portaria MPOG nº 357 de 10.10.2014 (**DOC 28**), a qual autorizou a realização de concurso para preenchimento de 583 vagas.

Considerando o quantitativo de vagas que o INCA possuía no final de 2014 – antes, portanto, do concurso – e as 583 vagas autorizadas pelo MPOG, o Instituto deveria estar constituído do seguinte quadro de vagas do Plano de Carreiras para a área de Ciência e Tecnologia:

Análise dos Totais - Antes do Concurso + Vagas aprovadas no concurso			
Saldo/Déficit dos Totais	Vagas Aprovadas - PORTARIA Nº 357, DE 10 DE OUTUBRO DE	Quadro INCA em Novembro 2014 - Antes do Concurso	2014 + Vagas do Concurso (C + D)
Carreira 407 Total	108	692	800
- Analista em Ciência e Tecnologia (76)	76	108	184
- Assistente em Ciência e Tecnologia (32)	32	558	590
- Auxiliar em Ciência e Tecnologia	0	26	26
Carreira 406 Total	450	2653	3103
- Tecnologista (276)	276	1414	1690
- Técnico (174)	174	1209	1383
- Auxiliar Técnico	0	30	30
Carreira 405 Total	25	28	53
- Pesquisador (25)	25	28	53
Total de Déficit do total de vagas	583	3373	3956

FONTE: SIAPE e Portaria Nº 357/2014

Porém, ao extrair novo relatório gerencial do SIAPE, para conferência do quantitativo de cargos vagos e ocupados do órgão e para a solicitação de novo certame, o INCA se deparou com um *deficit* de aproximadamente 269 cargos, conforme pode ser observado no quadro abaixo:



ICA
INSTITUCIONAL DE CÂNCER

Análise dos Totais - Antes do Concurso + Vagas aprovadas no concurso

Saldo/Déficit dos Totais	Vagas Aprovadas - PORTARIA Nº 357, DE 10 DE OUTUBRO DE	Quadro INCA em Novembro 2014 - Antes do Concurso	2014 + Vagas do Concurso (C + D)	Quadro INCA Agosto 2016	Déficit
Carreira 407 Total	108	692	800	756	-44
- Analista em Ciência e Tecnologia (76)	76	108	184	173	-11
- Assistente em Ciência e Tecnologia (32)	32	558	590	557	-33
- Auxiliar em Ciência e Tecnologia	0	26	26	26	
Carreira 406 Total	450	2653	3103	2892	-211
- Tecnologista (276)	276	1414	1690	1556	-134
- Técnico (174)	174	1209	1383	1306	-77
- Auxiliar Técnico	0	30	30	30	
Carreira 405 Total	25	28	53	39	-14
- Pesquisador (25)	25	28	53	39	-14
					0
Total de Déficit do total de vagas	583	3373	3956	3687	-269

A questão, além de ter sido informada ao MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, foi devidamente esclarecida no Relatório de Gestão do Exercício de 2017 do INCA¹, item 6.1.1, Análise Crítica (páginas 89 e seguintes) (**DOC 23**), *in verbis*:

Preliminarmente, cabe uma análise quanto à coluna "Lotação Autorizada", onde os dados informados pelo INCA são os quantitativos expressos no SIAPE na data da pesquisa, de acordo com a nota explicativa do Quadro da Força de Trabalho da UPC. Quanto a esta informação, cabe destacar que o INCA não recebeu a totalidade das vagas que foram criadas por Lei e destinadas para a substituição de seus profissionais terceirizados.

Em 2013, a Lei nº 12.823/13 criou 3.594 (três mil, quinhentos e noventa e quatro) cargos do Plano de Carreiras para a área de Ciência e Tecnologia, de que trata a Lei nº 8.691, de 28 de julho de 1993. Para o INCA, deveriam ter sido destinadas 583 novos cargos vagos para atender a Portaria GM/MP nº 357/2014 que autorizou o concurso público para a substituição dos 583 profissionais contratados por meio da FAF. Entretanto, foram redistribuídos, para o INCA, apenas 316 novos cargos, onde, foi necessário que a instituição utilizasse de vagas de vacância já existentes em seu quadro de pessoal para complementar o provimento total dos 583 novos servidores. Desta forma, identificou-se que no quadro de "Lotação Autorizada" deveriam constar, aproximadamente, mais 267 cargos vagos que não estão registrados nos relatórios extraídos do SIAPE.

Após análise dos relatórios extraídos do SIAPE, em dezembro de 2017, observou-se que a força de trabalho do INCA neste período era composta de 3.184 servidores efetivos e 156 profissionais contratados através do Contrato Temporário da União (Lei nº 8.745/93), o que totalizou 3.340 profissionais ativos na Unidade. Para este relatório, ao contrário do exercício anterior, não foram considerados os residentes e os estagiários.

1 Informações que já constavam do Relatório de Gestão do Exercício de 2016 do INCA (**DOC 22**)



Extrai-se deste contexto, que a contratação precária e excepcional, através da Lei Nº 8.745/93, vem sendo responsável pela manutenção do quadro total de profissionais em relação a 2016 (3.380 servidores e temporários), principalmente, após a vacância (aposentadorias, falecimento, exonerações, etc.) de 166 cargos ao longo de 2017. Oportuno mencionar que, frente a esse quadro, fez-se necessária a utilização do Adicional de Plantão Hospitalar (APH) para garantir a cobertura de alguns serviços considerados essenciais à assistência hospitalar dos pacientes que ingressam nas unidades hospitalares do Instituto. Ademais, para análise da força de trabalho do Instituto nos últimos anos, é necessário, ainda, considerar o quantitativo de profissionais terceirizados que executavam atividades não previstas no Decreto nº 2.271, de julho de 199

No atual cenário, o INCA apresenta o menor quadro da força de trabalho dos últimos sete anos, onde, a perda de aproximadamente 600 postos de trabalho ao longo desses anos, prejudica de maneira significativa a continuidade dos serviços prestados. Deve-se observar o fato dos últimos concursos públicos realizados para a Instituição serem motivados, basicamente, pela substituição dos profissionais terceirizados. Além disso, a não autorização para nomear até 50% adicionais das vagas iniciais do concurso público, vigente até março de 2019, e a não autorização de realização de novos concursos para prover vagas de perfis não contemplados ou contemplados em quantitativo insuficiente para as demandas do INCA, contribuíram para a situação atual.

Soma-se ao fato apresentado, o grande quantitativo de cargos vagos (vacâncias), observado na diferença entre a "Lotação Autorizada" e a "Lotação Efetiva" no Quadro da Força de Trabalho da UPC e o número de 399 servidores que recebem o abono permanência (12,5% do total de servidores ativos - dezembro 2017) e estão aptos a se aposentar. Além disso, é importante ressaltar que o índice de absenteísmo no INCA chega a aproximadamente 6,45% em função do número de casos de licença por doença, licença maternidade e para acompanhamento de familiar doente. Tal índice, no exercício de 2017, atingiu a marca de 9,44% nas áreas de enfermagem, o que a caracteriza como uma área crítica no Instituto.

(Destaques nossos)

No mesmo sentido foi exarada a **Nota Técnica nº 001/2018 – COGEP-INCA**, de 16/05/2018 (**DOC 17**), indicando que nos últimos 7 (sete) anos ocorreu a perda de aproximadamente 600 postos de trabalho no INCA, devido à substituição de terceirizados, vacâncias, além do absenteísmo. **Há inclusive, segundo o Ofício nº 2/2019/INCA/COGEP/INCA/SAS/MS, um quantitativo de (trezentos e vinte e dois) servidores que se encontram já em gozo de abono de permanência e estão aptos a ir para a inatividade a qualquer momento, com o risco de nova e ainda mais abrupta diminuição da força de trabalho do Instituto (DOC 14).**



Assim, prossegue a Nota Técnica nº 001/2018 – COGEP-INCA (**DOC 17**), após demonstrar os resultados do estudo realizado através de critérios técnicos, **o cenário projetado de vacâncias para os próximos 4 (quatro) anos aponta que o INCA terá de fechar serviços e reduzir drasticamente sua atuação na área assistencial, caracterizando um cenário ainda mais crítico.** Já nas demais áreas de sua atuação, o Instituto está comprometendo a produção de conhecimento científico e inovação tecnológica, conseqüentemente, comprometendo o papel do Ministério da Saúde no desenvolvimento das políticas para o controle do câncer e deixando a população do Estado do Rio de Janeiro e de todo o Brasil que recorre ao Instituto desassistida no tratamento da doença.

Por fim, a referida **Nota Técnica nº 001/2018 – COGEP-INCA (DOC 17)** solicita encaminhamento à Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento do pleito de provimento de vagas mediante nomeações de candidatos aprovados em banco de reserva do concurso regido pelo Edital nº 04/2014, ao fundamento de que:

(...) para fazer frente às demandas do INCA, evitando-se que ocorra descontinuidade na prestação de serviços, entende-se justificada a necessidade de autorização, durante a validade dos concursos realizados para o INCA em 2014, que sejam nomeados até 50% além do quantitativo inicial das vagas previstas no Edital nº4/2014, conforme o art. 11 do Decreto nº 6.944/2009.

Assim, no caso do Edital MS nº 04 de 13 de Outubro de 2014, para as carreiras de Desenvolvimento Tecnológico e de Gestão, Planejamento e Infraestrutura, homologado pelo Edital nº 11 de 26 de Março de 2015, que contempla 558 (quinhentos e cinquenta e oito) vagas, solicitamos autorização para provimento de 178 (cento e setenta e oito) vagas, conforme quadro abaixo.

Delineado todo este quadro fático, o cerne da presente ação civil pública exsurge, então, de maneira nítida: **a UNIÃO, por meio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministério da Saúde e INCA, encerrou todos os contratos com profissionais terceirizados da Fundação Ary Frauzino, nos anos de 2015 e 2016. Contudo, deixou de alocar os cargos criados especificamente pela Lei nº 12.823/13, com esta finalidade, ao incluir na equação os cargos vagos que já existiam anteriormente nos quadros do Instituto, cujas vacâncias foram decorrentes de óbitos, exonerações e aposentadorias. Ocasinou, por conseguinte, um declínio do total de profissionais de saúde daquela instituição, prejudicando sobremaneira a prestação dos serviços de saúde pelo INCA, em evidente lesão aos direitos da comunidade de pacientes oncológicos e à sociedade em geral.**

Além disso, a UNIÃO, por meio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, mesmo ciente da referida situação e a despeito de vários requerimentos do INCA, não autorizou a nomeação do cadastro de reserva do concurso regido pelo Edital nº 04/14 até a presente data, mesmo com a autorização normativa contida no Decreto nº 6.944, de 21 de agosto de 2009, que em seu art. 11 que “durante o período de validade do concurso público, o



Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão poderá autorizar, mediante motivação expressa, a nomeação de candidatos aprovados e não convocados, podendo ultrapassar em até cinquenta por cento o quantitativo original de vagas”.

Por outro lado, a UNIÃO FEDERAL tampouco promoveu novos concursos públicos para recompor os quadros de pessoal do INCA.

Acerca do referido assunto, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por meio das Notas Informativas nº 7622/2018-MP (**DOC 19**) e nº 1158/2019-MP (**DOC 21**), limitou-se a afirmar a discricionariedade da Administração neste tema, conforme trechos transcritos abaixo:

8. Desse modo, tem-se que o provimento total dos cargos foi concluído em conformidade com as vagas previstas no Edital nº 4 - MS, de 2014. Dito isso, cumpre ressaltar que os candidatos classificados dentro do quadro de vagas oferecido pelo edital de abertura detêm direito subjetivo líquido e certo para fins de nomeação, já aqueles classificados fora do número de vagas, considerados como excedentes, apenas têm expectativa quanto ao direito à convocação, sendo que nomeação de candidatos na condição de excedentes, ou seja, fora das vagas ofertadas pelo Edital, nos termos do art. 11 do Decreto nº 6.944, de 2009, consiste em ato discricionário, observados a conveniência e oportunidade da administração. Nesse sentido, importa salientar o conteúdo da decisão do Supremo Tribunal Federal - STF, em julgamento de RE, com repercussão geral, que se extrai da transcrição do Informativo Nº 811 do STF, divulgado em 17 de dezembro de 2015.

(...)

11. Quanto ao pleito de provimento adicional, cabe frisar, como regra geral, que a convocação adicional de candidatos consiste em ato discricionário da Administração Pública, ou seja, não obrigatório. Essa avaliação leva em conta as necessidades do órgão ou entidade solicitante frente ao conjunto das demandas feitas ao MP por todos os órgãos do Poder Executivo federal, assim como deve ser considerado o atual cenário restritivo que impõe a necessidade de contenção de despesas públicas, diretriz que igualmente alcança as despesas com pessoal.

Nota-se que a UNIÃO FEDERAL, ao alegar vagamente que a totalidade das vagas previstas no concurso do Edital nº 4/2014 já haviam sido alocadas no INCA, evitou admitir que parte destas vagas foram destinadas a suprir vacâncias de cargos preexistentes, decorrentes de aposentadorias, mortes e outros afastamentos.



MPF
Ministério Público Federal

Procuradoria
da República
no Rio de Janeiro

Da mesma forma, ignorou-se o fato de que as 583 vagas equivalentes ao quantitativo de contratos de trabalho com profissionais terceirizados da Fundação Ary Frauzino não foram devidamente alocadas no INCA, em sua totalidade.

Conforme já demonstrado, a **substituição integral** da força de trabalho irregularmente terceirizada junto ao INCA era obrigação imposta à UNIÃO FEDERAL pelos Acórdãos nº 1.169/2006, nº 1.193/2006 (itens 9.1.2 e 9.1.3) e nº 1.520/2006, todos do Tribunal de Contas da União.

Esta obrigação reconhecida como legítima pela própria UNIÃO FEDERAL, posteriormente, no âmbito da Ação Civil Pública nº 00810-2006-017-10-00-7, proposta pelo Ministério Público do Trabalho junto à 17ª Vara do Trabalho de Brasília.

Nesta mesma esteira, mais uma vez, a própria UNIÃO FEDERAL, expressou por meio item 24 da Exposição de Motivos nº 189/2012 para a futura edição da Lei nº 12.823/2012, que o *objetivo da criação de cargos da Carreira de Ciência e Tecnologia para o Instituto Nacional de Câncer - INCA é o de promover a **substituição da totalidade da força de trabalho terceirizada contratada em desacordo com a legislação por intermédio da Fundação Ary Frauzino**, conforme compromisso firmado em audiência ocorrida na Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região, no dia 14 de dezembro de 2011, bem como para o atendimento ao Acórdão 1.193, de 11 de julho de 2006, do Tribunal de Contas da União.*

E, por fim, dando concretude a tal obrigação jurídica, a própria UNIÃO FEDERAL editou a Portaria nº 357, de 10 de outubro de 2014, pela qual autorizou a realização de concurso público para 583 cargos no INCA, ou seja, a exata proporção da força de trabalho até então fornecida pela Fundação Ary Frauzino - via terceirização - vagas estas cujo provimento foi autorizado pelas Portarias nº 247/2015 e nº 325/2015, ambas do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Desse modo, conforme se verá mais adiante, a UNIÃO FEDERAL atuou em *venire contra factum proprium*, violando os princípios da boa-fé objetiva, da proteção à legítima confiança e da motivação dos atos administrativos do Poder Público.

Além disso, e sobretudo, a omissão a UNIÃO FEDERAL em recompor o quadro de pessoal do INCA vem acarretando e agravando risco de descontinuidade de serviços essenciais prestados nas áreas de educação, pesquisa, prevenção e vigilância de câncer, bem nos serviços assistenciais do Instituto, com a consequente redução de consultas, cirurgias, exames, atendimentos quimioterápicos, transplantes, fechamento de banco de tumores, sessões quimioterápicas, entre outros.

Para além da documentação acostada a estes autos, a notoriedade vem sendo registrada na imprensa nacional, nos últimos anos (**DOC 35**).



4. DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL E DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

A competência da Justiça Federal está disciplinada no artigo 109 da Constituição Federal:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

(...)

Sendo assim, o foro competente para o processamento e julgamento do presente processo é o da Justiça Federal uma vez que a União é a demandada nesta ação.

Quanto à atribuição deste *Parquet*, a norma do artigo 127 da Constituição Federal prescreve que ao Ministério Público, instituição essencial à função jurisdicional, compete a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Estabelecido este vetor, dispõe em seguida:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (...).

Igualmente, em harmonia com a Carta Magna, preceitua a Lei Complementar nº 75/93, que dispõe sobre as atribuições do Ministério Público da União:

Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União:

I - a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os seguintes fundamentos e princípios:

(...)

h) a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade, relativas à administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União;

(...)

V - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto:

a) aos direitos assegurados na Constituição Federal relativos às ações e aos serviços de saúde e à educação;



*b) aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade;
(...)*

No presente caso, a pretensão almejada pelo Ministério Público Federal visa ao resguardo dos direitos difusos da coletividade, haja vista o interesse de todos no respeito a uma boa prestação de serviços de saúde por parte do Estado brasileiro.

4.1. Da ausência de conexão com a Ação Civil Pública nº 00810-2006-017-10-00-7 da 17ª Vara do Trabalho de Brasília – DF

Deve ser afastada, desde já, eventual alegação de conexão entre o presente feito e a Ação Civil Pública nº 00810-2006-017-10-00-7, proposta pelo Ministério Público do Trabalho junto à 17ª Vara do Trabalho do Distrito Federal.

De fato, a **causa de pedir da presente Ação Civil Pública não abrange a permanência de trabalhadores terceirizados que executavam atividades não previstas no Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997** – objeto da ACP trabalhista nº 00810-2006-017-10-00-7 e do respectivo Termo de Acordo Judicial; **trata-se aqui, na verdade, do deficit de ao menos 269 (duzentos e sessenta e nove) cargos no INCA decorrente da omissão da UNIÃO em alocar no Instituto o quantitativo de pessoal equivalente à força de trabalho anteriormente fornecida pela Fundação Ary Frauzino**, com graves impactos à qualidade dos serviços de assistência à saúde prestados pelo Instituto.

A ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho, por sua vez, teve como **causa de pedir** o reiterado descumprimento do Decreto nº 2.271/1997 por parte da UNIÃO FEDERAL. Seu **objeto** cingiu-se aos seguintes pedidos:

*a) condenar a União na **obrigação de não contratar trabalhadores subordinados, por intermédio de terceiros (pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado), ou de qualquer outra entidade pública ou privada que se qualifique ou não como Organização Social- OS, como Organização Social de Interesse Público- OSIP, ou como cooperativa de trabalho, para labor relacionado com a suas atividades fim** ou meio, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), por instrumento jurídico celebrado que viabilize, ainda que formalmente, a intermediação ilegal de mão-de-obra, valor reversível ao FAT;*

*b) condenar a União na **obrigação de abster-se de ultimar contratos de prestação de serviços fora das hipóteses previstas numerus clausus no Decreto 2.271/97, vedando-lhe que tais ajustes tenham por objeto a intermediação de mão-de-obra**, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) por instrumento jurídico celebrado que viabilize, ainda que formalmente, a intermediação ilegal de mão-de-obra, valor reversível ao FAT*

Naquele processo foi celebrado Termo de Conciliação Judicial pelo qual a UNIÃO FEDERAL se comprometeu a *contratar serviços terceirizados apenas e exclusivamente nas*



hipóteses autorizadas pela Decreto nº 2.271/97, sob pena de pagamento de multa a ser revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT (DOC 26).

Ciente de tal acordo e, visando esclarecer definitivamente a atribuição ministerial para tratar do *deficit* de vagas no INCA após a extinção dos contratos com a Fundação Ary Frauzino, este MPF oficiou a Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região, responsável pelo acompanhamento de sua execução junto aos órgãos federais sediados no Rio de Janeiro.

Em resposta, a Procuradora do Trabalho responsável para a matéria informou **(DOC 18)** que a situação das terceirizações irregulares no INCA foi objeto do Inquérito Civil nº 002568.2016.01.000/9-15, instaurado naquela Procuradoria do Trabalho, *cujas provas coligidas indicaram que o INCA promoveu a ruptura contratual de contratos terceirizados por força do cumprimento do Termo de Conciliação Judicial celebrado nos autos da Ação Civil pública nº 00810-2006-017-10-00-7 (E. TRT-10ª Região).*

Informou ainda que *ao longo da instrução, o INCA esclareceu ao MPT (...) que o concurso público do INCA foi motivado pela substituição de profissionais terceirizados. Sendo [que] todos os perfis, quantitativos e atribuição constantes do edital representavam de forma expressa os profissionais terceirização que estão em desacordo com o Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997.*

Acrescentou que o **Inquérito Civil nº002568.2016.01.000/9-15 foi arquivado**, com homologação conferida pela Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Trabalho, em 14 de março de 2018 e, assim, posicionou-se pela **manutenção do arquivamento diante da inexistência de interesse-necessidade para reabertura de nova instrução nos autos.**

Este MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL oficiou também a Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região, responsável pela celebração do Termo de Conciliação Judicial em tela e obteve a informação de que, em 14/02/2019, ocorreu uma audiência extrajudicial com membros do Ministério Público do Trabalho, da AGU, do Ministério da Saúde e da Comissão de Concursados do Edital nº 04/2014.

Na Ata de Audiência juntada ao PAJ 000656.2009.10.000/1-46, o Procurador do Trabalho responsável, oficiante naquela PRT da 10ª Região, **deixou consignado formalmente que qualquer medida em relação ao certame nº 004/2014, por envolver servidores estatutários, é atribuição do MPF, optando por oficial o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL com cópia da citada ata para ciência e providências que entender cabíveis (DOC 27).**

Em face de tudo isso, percebe-se que este processo detém pedidos e causa de pedir completamente diferentes em relação da Ação Civil Pública nº 00810-2006-017-10-00-7.

Por outro lado, ainda que assim não fosse, consta no sítio eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região que o processo nº 00810-2006-017-10-00-7 foi arquivado definitivamente em 19/06/2017, aspecto que induz a aplicação da Súmula 235 do Superior Tribunal de Justiça.



5. DO DIREITO

5.1. Do direito fundamental à saúde e a necessidade de intervenção judicial

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, reconhece a saúde como um direito social, obrigando o Estado o dever de garanti-lo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de doenças e outros agravos. Ao mesmo tempo, tendo reconhecido a saúde como um dos direitos fundamentais sociais, a Carta Política conferiu-lhe aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, §1º.

É inquestionável, portanto, que os direitos sociais, ditos de segunda geração, se comparados aos direitos e garantias clássicos, apresentam perfil que remetem a uma prestação material por parte do Estado, de modo que sua efetivação requer planejamentos de ordem orçamentária e administrativa que remetem, em princípio, à atividade típica do Poder Executivo.

O reconhecimento dessa circunstância não induz, porém, a ideia de que os tribunais estejam impedidos de exercer sua atividade de atividade jurisdicional de controle sobre a atuação da Administração. Na verdade, tais direitos constitucionais devem ser assegurados, pelo menos, na mínima medida determinada na Constituição, rompendo com o ciclo de baixa normatividade e frágil eficácia que exsurge da falta de empenho dos poderes públicos em implementar as políticas relativas aos direitos fundamentais sociais.

Com isso, o Estado encontra-se juridicamente obrigado a garantir o direito em questão mediante políticas, ações e serviços voltados a promover, proteger e recuperar a saúde, sendo que a tal obrigação corresponde o direito subjetivo público de ver tais medidas efetivamente implementadas.

Assim, se não é dado ao Poder Judiciário imiscuir-se na esfera reservada ao Executivo ou Legislativo, para substituí-los em seu juízo de oportunidade e conveniência, na mesma proporção, deve-se-lhe assegurar a atividade, para preservar o mínimo social que garanta a existência digna da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, CF/88), aí incluído prestação de assistência à saúde com eficiência e qualidade.

Isso porque **o administrador não é livre nas escolhas dos fins, quando correspondam a bens constitucionalmente protegidos**. Não se pode nulificar direito fundamental assegurado na Constituição, a pretexto de falta de recursos. Há que se resguardar, pelo menos, o núcleo indisponível do direito, apesar da realidade da escassez de recursos públicos, racionalizando a sua utilização.

Nas palavras do Min. Marco Aurélio, *o Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente*².

2 STF, RE 195192/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio



Da mesma forma, no RE 393175/RS, o Min. Celso de Mello asseverou, em voto condutor, que:

entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput" e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Cumpra não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

(...)

Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República.

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

(...)

*Cumpra assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), **em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.***³

3 STF, 2ª Turma, RE 393175/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02/02/2007 – destaques nossos



MPF
Ministério Público Federal

Procuradoria
da República
no Rio de Janeiro

Logo, a negação de prestação de serviços básicos de saúde à população, pelo Poder Público, possibilita a intervenção ativa do Judiciário para assegurar a retomada de tais serviços. A intervenção judicial, nessa concepção, para impor a execução eficiente das políticas públicas essenciais, criadas pelo Estado, não afronta a Separação dos Poderes. Revela-se, ao contrário, um sistema eficaz de freios e contrapesos dos poderes públicos, próprio de sua divisão funcional dos poderes políticos.

O especial significado e relevância do direito à saúde, como necessidade inerente à própria existência humana, justifica a fundamentalidade do direito, com todas as consequências jurídicas que daí decorrem, em especial, regime jurídico próprio, que o retira do âmbito de disponibilidade dos poderes constituídos e lhe atribui a aplicabilidade direta e imediata. A fundamentalidade do direito à vida impõe ao Poder Público o compromisso de garantir o padrão mínimo de promoção, proteção e assistência à saúde dos cidadãos.

A nota programática do direito também não lhe retira esses atributos. Ao contrário, reforça-lhe o relevante conteúdo axiológico, voltado à necessária consecução dos objetivos consagrados na Constituição. **Vincula os poderes e gera não apenas obrigação negativa de não fazer intervenções tendentes a restringir a efetivação do direito, mas também produz a obrigação positiva de efetivamente concretizá-lo. Serve de baliza tanto para as escolhas do administrador público, como para as decisões do legislador e, também, para o intérprete.**

Tudo isso resulta na possibilidade de o direito à saúde vir a ser exigido do Estado, ou melhor, na possibilidade de ser alcançado por meio do Estado, que não se pode eximir do cumprimento da obrigação, ao argumento de que não quis contraí-la mas tão somente declarou a intenção política de perseguir tal fim.

Nessa linha, as apurações do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL no âmbito do Inquérito Civil nº 1.30.001.003376/2016-47 apontaram o *deficit* de recursos humanos como fator preponderante das dificuldades enfrentadas pelo INCA em sua gestão, o que resulta em risco real de interrupção do atendimento prestado à população nas diversas áreas de atuação de combate ao câncer promovidas pela instituição.

Com efeito, a UNIÃO FEDERAL, em contrariedade às obrigações a ela impostas pelo Tribunal de Contas da União, impingiu uma consistente baixa no quadro total de profissionais de saúde atuantes no INCA (aproximadamente 635 postos de trabalho equivalente a quase 20% do quadro de pessoal da área-fim), sendo portanto diretamente responsável pelos danos, em escala crescente, à prestação dos serviços no Instituto.

Na presente ação, os fatos narrados e documentalmente comprovados, evidenciam que, de forma contumaz, as diretrizes constitucionais e legais para efetivação do direito à saúde vêm sendo descuradas pela UNIÃO, criando-se um cenário de iminente paralisação de serviços e conseqüente desassistência aos pacientes que dependem dos serviços da unidade de saúde daquele órgão.



5.2. Venire contra factum proprium. Violação aos princípios da boa-fé objetiva, da proteção à legítima confiança e da motivação dos atos administrativos praticados pelo Poder Público.

Desde a extinção dos contratos de trabalho para prestação de serviços terceirizados pela Fundação Ary Frauzino junto ao INCA, a UNIÃO FEDERAL encontra-se obrigada a proceder à reposição integral da força de trabalho correspondente, por meio de alocação de novas vagas para o Instituto.

Esta obrigação decorre, inicialmente, do Acórdão nº 1.193/2006 (itens 9.1.2 e 9.1.3) do Tribunal de Contas da União, bem como dos Acórdãos nº 1.169/2006 e 1.520/2006, daquela mesma Corte.

Em momento seguinte, a própria UNIÃO FEDERAL reconhece a legitimidade de tal obrigação e passa a agir de modo a se desincumbir da obrigação que lhe fora imposta, com adoção de medidas administrativas que expressamente apontavam para a necessidade de recomposição integral dos postos de trabalho extintos após a rescisão do contrato entre o INCA e a Fundação Ary Frauzinho. Neste sentido, viu-se que:

a) no Termo de Conciliação Judicial, assinado na Ação Civil Pública nº 00810.2006.017-10.00-7, foi **reconhecida** a ilegalidade da terceirização de mão de obra no INCA via Fundação Ary Frauzinho, com sua necessária reposição por servidores efetivos (**DOC 26**);

b) foi prolatada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a Exposição de Motivos nº 189/2012 (a qual resultaria posteriormente na edição da Lei nº 12.823/2012), em cujo item 24 **admitia-se** que o *objetivo da criação de cargos da Carreira de Ciência e Tecnologia para o Instituto Nacional de Câncer - INCA é o de promover a substituição da totalidade da força de trabalho terceirizada contratada em desacordo com a legislação por intermédio da Fundação Ary Frauzino, conforme compromisso firmado em audiência ocorrida na Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região, no dia 14 de dezembro de 2011, bem como para o atendimento ao Acórdão 1.193, de 11 de julho de 2006, do Tribunal de Contas da União* (**DOC 1**);

c) foi editada a Portaria MPOG nº 357, de 10 de outubro de 2014, pela qual **autorizou-se** a realização de concurso público para 583 cargos no INCA, na exata proporção da força de trabalho até então fornecida pela Fundação Ary Frauzino, via terceirização (**DOC 28**);

d) em consonância com todos os atos anteriores, foi publicado o Edital nº 4/2014 dispendo sobre concurso público para **preenchimento de 583 cargos no INCA** (**DOC 36**);



MPF
Ministério Público Federal

Procuradoria
da República
no Rio de Janeiro

e) foram editadas as Portarias nº 247/2015 (**DOC 29**) e nº 325/2015 (**DOC 31**), ambas do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, pelas quais **autorizou-se** o provimento das vagas constantes da Portaria MPOG nº 357/2014, supracitada.

No entanto, em alteração radical dos passos dados até então, a UNIÃO FEDERAL deixou de repassar ao INCA a totalidade dos 583 cargos aos quais o Instituto fazia jus após a edição da Lei nº 12.823/2012.

De fato, conforme tabelas demonstrativas constantes da exposição fática, logo acima, verificou-se que em novembro de 2014, antes da conclusão do Concurso do Edital nº 4/2014, o INCA possuía um total de **3.373 cargos efetivos** em seu quadro. Com o acréscimo de 583 cargos previstos na Lei nº 12.823/2012 e alocados no Instituto nos termos das Portarias MPOG nº 357/2014, nº 247/2015 e nº 325/2015, o quadro de vagas deveria contar, finalmente, com **3.956 cargos efetivos**.

Confirmando a omissão da UNIÃO FEDERAL, uma nova contagem da força de trabalho disponível no Instituto revelou que em 2016 o total de cargos efetivos somava **3.687 cargos efetivos**, apontando uma **defasagem de 269 cargos** em relação aos postos de trabalho que deveriam ter sido recompostos após o encerramento do contrato com a Fundação Ary Frauzino.

Desse modo, **conclui-se inapelavelmente que a UNIÃO FEDERAL agiu de forma contraditória a seus próprios atos, violando os princípios da boa-fé objetiva, da proteção à legítima confiança e da motivação dos atos administrativos praticados pelo Poder Público.**

Segundo já narrado, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editou diversas portarias autorizando a realização do concurso e o provimento de cargos para o INCA, **visando atender as necessidades de pessoal do Instituto**, vinculando-se por conseguinte à **motivação exteriorizada** nos referidos atos administrativos, consistentes basicamente na existência de vagas, na dotação orçamentária, na extinção dos contratos de terceirizados e a respectiva substituição por servidores concursados.

Como se sabe, a motivação dos atos do Poder Público legitimam o respectivo controle de legalidade pelo Poder Judiciário, mitigando, assim, o espaço de discricionariedade da Administração Pública. Neste ponto, a motivação tem sido amplamente aceita na jurisprudência do STJ como base para aplicação da teoria dos motivos determinantes dá-se, não apenas quando os motivos elencados não existiram ou eram falsos, **mas também quando deles não advier a necessária coerência da fundamentação exposta com o resultado obtido com a manifestação de vontade da Administração Pública**. Confirmam-se os precedentes abaixo (destaques nossos):

DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ATO VINCULADO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO. VINCULAÇÃO AOS MOTIVOS DETERMINANTES. INCONGRUÊNCIA. ANÁLISE PELO JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. DANO MORAL. SÚMULA 7/STJ.



1. Os atos discricionários da Administração Pública estão sujeitos ao controle pelo Judiciário quanto à legalidade formal e substancial, cabendo observar que os motivos embasadores dos atos administrativos vinculam a Administração, conferindo-lhes legitimidade e validade.

2. **"Consoante a teoria dos motivos determinantes, o administrador vincula-se aos motivos elencados para a prática do ato administrativo. Nesse contexto, há vício de legalidade não apenas quando inexistentes ou inverídicos os motivos suscitados pela administração, mas também quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o resultado nele contido" (MS 15.290/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 26.10.2011, DJe 14.11.2011).**

3. No caso em apreço, se o ato administrativo de avaliação de desempenho confeccionado apresenta incongruência entre parâmetros e critérios estabelecidos e seus motivos determinantes, a atuação jurisdicional acaba por não invadir a seara do mérito administrativo, porquanto limita-se a extirpar ato eivado de ilegalidade.

4. A ilegalidade ou inconstitucionalidade dos atos administrativos podem e devem ser apreciados pelo Poder Judiciário, de modo a evitar que a discricionariedade transfigure-se em arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade.

5. "Assim como ao Judiciário compete fulminar todo o comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária." (Celso Antônio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 15ª Edição.)

6. O acolhimento da tese da recorrente, de ausência de ato ilícito, de dano e de nexa causal, demandaria reexame do acervo fático-probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ. Agravo regimental improvido.⁴

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. (...) MÉRITO. SUSCITADA VIOLAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DOS ARTS. 80, §§ 1º E 2º, E 87, § 3º, III, DA LEI N. 9.394/1996; 2º DA LEI N. 9.131/1995; 11 DO DECRETO 2.494/1998; 186, 187 E 927 DO CÓDIGO CIVIL; E 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NÃO OCORRÊNCIA. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. APLICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA CONFIANÇA. INCIDÊNCIA. (...)

(...)

6. Segundo a teoria dos motivos determinantes, "a Administração, ao adotar determinados motivos para a prática de ato administrativo, ainda que de natureza discricionária, fica a eles vinculada" (RMS 20.565/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15/3/2007, DJ 21/5/2007).

4 STJ, AGRG RESP 1280729/RJ – 2a Turma – Humberto Martins – 10.4.2012



*7. Incidência do princípio da confiança no tocante à Administração Pública, o qual se reporta à necessidade de manutenção de atos administrativos, ainda que se qualifiquem como antijurídicos (o que não é o caso em exame), desde que verificada a expectativa legítima, por parte do administrado, de estabilização dos efeitos decorrentes da conduta administrativa. Princípio que corporifica, na essência, a boa-fé e a segurança jurídica. (REsp 1.229.501/SP, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 6/12/2016, DJe 15/12/2016).
(...)*

13. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.⁵

Por sua vez, o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da legítima confiança são institutos correlatos que buscam concretizar a segurança jurídica conferindo previsibilidade e estabilidade às relações jurídicas.

Assim, quando se fala em princípio da boa-fé, tem-se um preceito geral do direito que impõe a todas as pessoas, todos os membros de uma comunidade o dever de comportar-se de maneira ética em suas relações recíprocas, com lealdade não só na fase prévia, mas também no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas. Tal princípio possui um alcance absoluto, no sentido de irradiar sua influência em todas as esferas da arena social, em todas as situações e em todas as relações jurídicas. Daí o caráter abrangente do princípio da boa-fé que deve dominar todo o tráfego jurídico, não estando restrito à órbita do direito privado, alcançando, também, as relações de direito público. Quanto a isso, note-se a doutrina de Cláudio Godoy:

De toda sorte, expandiu-se a boa-fé objetiva como uma exigência de eticização das relações jurídicas, a ponto, inclusive, de espraiar seu campo de abrangência a outras áreas do direito privado, que não só a do contrato, e mesmo a outras áreas do direito, como por exemplo a do o direito público⁶.

O princípio da proteção da confiança, a seu turno, está relacionado à exigência dirigida especificamente aos agentes públicos de não frustrar, mediante decisões contraditórias, uma expectativa daqueles que se relacionam com o Estado. Ou seja, diversamente do princípio da boa-fé que pode ser invocado tanto pelo Poder Público quanto pelo particular, o Princípio da Proteção só oferece proteção em um único sentido: em favor do particular que se relaciona com o Estado. Ademais, essa proteção pode se dar, inclusive, frente a atos ilegais praticados pela Administração.

5 STJ,RESP 1487139/PR – 1a Seção – Og Fernandes – DJ, 08.11.2017

6 GODOY, Claudio Luiz Bueno de, *Função Social do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 100



Assim, os cidadãos devem esperar da Administração Pública a adoção de posturas que preservem a paz social e a tranquilidade. As decisões estatais devem ser tomadas sem sobressaltos ou mudanças abruptas de direção, sob pena de comprometer a estabilidade das relações jurídicas, econômicas e sociais.

Segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁷, a limitação à liberdade estatal de alterar suas condutas, imposta pela proteção à confiança, representa uma verdadeira restrição ao poder de autotutela, impedindo que a Administração anule ou revogue seus atos quando tais soluções desprestigiem o princípio⁸.

Com base nessas premissas doutrinárias, o que se constata dos fatos narrados é que ao não alocar a totalidade dos 583 cargos, dentre o total criado pelo art. 5º da Lei 12.823/13, a UNIÃO desvinculou-se ilicitamente das próprias razões que fundamentaram os atos administrativos dela emanados até então.

A situação em apreço autoriza o controle judicial do comportamento omissivo da UNIÃO FEDERAL mediante a aplicação da **vedação ao comportamento contraditório**. De fato, encontram-se presentes neste cenário os quatro requisitos apontados pela doutrina para a configuração do *nemo potest venire contra factum proprium*:

- a) uma **conduta inicial de um determinado agente** (o *factum proprium*) - no caso, o compromisso assumido pela UNIÃO FEDERAL em alocar 583 cargos no INCA;
- b) a **confiança legítima de terceiros** na preservação do sentido decorrente do *factum proprium* - no caso, a expectativa legítima de toda a comunidade de usuários do INCA em ver preservada a força de trabalho do Instituto;
- c) um **comportamento contraditório** em relação ao sentido objetivo da conduta originária - no caso, a alocação de 269 vagas a menos que o quantitativo inicialmente previsto pela própria UNIÃO; e
- d) um **dano efetivo ou potencial** na esfera jurídica de outrem - no caso, o evidente impacto negativo nos serviços de assistência à saúde e pesquisa prestados pelo INCA, conforme já demonstrado ao longo desta petição inicial.

Por fim, verifica-se que o controle dos atos do Poder Público pelo Judiciário com base na vedação ao comportamento contraditório encontra-se já consagrada em nossos Tribunais, conforme demonstra a seguinte passagem do Superior Tribunal de Justiça:

7 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 2ª. Ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2014

8 Além de limitar a autotutela, a incidência da proteção à confiança teria também o efeito específico de produzir uma redução da discricionariedade administrativa. Para o autor, são cinco os requisitos para aplicação da proteção à confiança: a) ato da Administração conclusivo capaz de gerar confiança no administrado; b) presença de signos externos decorrentes da atividade aptos a orientar o administrado a adotar determinada conduta; c) ato que reconhece ou constitui uma situação individualizada com durabilidade razoável; d) causa idônea para provocar a confiança do afetado; e) cumprimento, pelo interessado, dos seus deveres e obrigações.



Os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, bem como a vedação ao comportamento contraditório (venire contra factum proprium), impedem que a Administração, após praticar atos em determinado sentido, que criaram uma aparência de estabilidade das relações jurídicas, venha adotar atos na direção contrária, com a vulneração de direito que, em razão da anterior conduta administrativa e do longo período de tempo transcorrido, já se acreditava incorporado ao patrimônio dos administrados.⁹

5.4. Da obrigação de efetiva restituição do *status quo ante*: alocação e preenchimento de 269 cargos faltantes na estrutura de pessoal do INCA

Segundo já sobejamente demonstrado, a UNIÃO FEDERAL encontra-se em mora diante da obrigação de proceder à **substituição integral** da força de trabalho irregularmente terceirizada junto ao INCA, nos termos dos Acórdãos nº 1.169/2006, nº 1.193/2006 (itens 9.1.2 e 9.1.3) e nº 1.520/2006, todos do Tribunal de Contas da União.

Em seus arestos, a Corte de Contas determinou que o INCA adotasse providências para promover concursos públicos, quando houvesse necessidade de servidores para atuarem em cargos da atividade-fim, inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos e salários do Instituto (item 2.15 do Acórdão 1.169/2006 – Plenário), bem como determinou ao Ministério da Saúde que, no prazo de 365 dias, substituísse o pessoal contratado de forma indireta pelos hospitais e institutos federais localizados no Município do Rio de Janeiro por servidores concursados (item 9.1.2 do Acórdão 1.193/2006 – Plenário).

Da mesma forma, salientamos uma vez mais que a própria UNIÃO FEDERAL adotou inicialmente comportamento claramente voltado para uma **efetiva recomposição da força de trabalho** que seria perdida pelo INCA após a extinção do contrato com a Fundação Ary Frauzinho. Neste ponto, fazemos remissão às expressas manifestações do ente federal por ocasião do Termo de Conciliação Judicial da Ação Civil Pública nº 00810.2006.017-10.00-7, da Exposição de Motivos MPOG nº 189/2012, da Portaria MPOG nº 357, de 10 de outubro de 2014, do Edital MS nº 4/2014 e das Portarias MPOG nº 247/2015 e nº 325/2015.

Neste contexto, resta claro que a obrigação imposta à UNIÃO FEDERAL envolve não somente a disponibilização dos 269 cargos faltantes na estrutura de pessoal do INCA, **como também o seu efetivo preenchimento por meio da nomeação e posse de servidores aprovados no concurso público do Edital nº 4/2014**, o qual encontra-se ainda em plena validade.

De fato, a mera alocação de cargos junto ao Instituto, sem a respectiva nomeação e posse de servidores concursados, terminaria por esvaziar completamente o sentido das obrigações impostas à UNIÃO FEDERAL no momento da extinção dos contratos com a Fundação Ary Frauzino, qual seja, **preservar a qualidade dos serviços de pesquisa e de assistência à saúde prestados pelo INCA por meio da necessária preservação da força de trabalho ali existente.**

9. STJ - RMS 20.572/DF, Rel. Min Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe 15/12/2009



Com o descumprimento da obrigação de preservação dos recursos humanos em questão, a gestão de pessoas no INCA sofreu um severo impacto, prejudicando a atuação do Instituto no campo da pesquisa e da assistência à saúde. Desde então, a carência de pessoal vem se consolidando e, assim, agravando o risco de interrupção e colapso das atividades do Instituto.

É o que se demonstra no item a seguir.

5.5. Da grave situação de carência de pessoal do INCA e a necessidade de nomeação dos candidatos aprovados no Edital 04/2014

É claríssima a grave carência de pessoal do INCA, ocasionada pela omissão da UNIÃO em alocar os cargos criados pela Lei 12.823/13, que vem a impactar na assistência à saúde da população, bem como na própria saúde dos profissionais do Instituto.

Nesse sentido, as informações mais recentes obtidas junto ao INCA, de março do corrente ano de 2019, contidas no OFÍCIO Nº 2/2019/INCA/COGEP/INCA/SAS/MS (**DOC 14**), revelam que **há um risco de iminente colapso da prestação de serviços pela falta de pessoal**, com base nos seguintes dados:

- a) o quantitativo de profissionais vem decrescendo, anualmente, sendo que, atualmente, **o quadro de pessoal atual é inferior ao quantitativo de pessoal do ano de 2010** (3195 profissionais em 2019 e 3585 profissionais em 2010);
- b) **aumento do pagamento de Adicional de Plantão Hospitalar – APH**, em montantes que variaram de R\$ 4.289.625,88 em 2014 e R\$ 4.483.441,46 em 2015 para R\$ 6.323.206,08 em 2016 (**DOC 4**);
- c) **aumento do quantitativo de contratos temporários**, através do Departamento de Gestão Hospitalar/RJ, nos termos da Lei nº 8.745/93, com um salto de 7 profissionais temporários em 2015 para 179 em 2018 (**DOC 4**);
- c) existência de **322 (trezentos e vinte e dois) servidores efetivos em gozo de abono permanência**, aptos à aposentadoria, que podem deixar o Instituto a qualquer momento;
- d) **negativa do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por meio do Ofício 37281/2016-MP, à solicitação de nomeação de 50% dos cargos do concurso público regido pelo Edital nº 4/2014, limite permitido pelo Decreto nº 6.944 de 21/08/2009.**



Além disso, é importante ressaltar que o índice de absenteísmo é crescente no INCA, chegando a aproximadamente 6,45% em função do número de casos de licença por doença, licença maternidade e para acompanhamento de familiar doente. Tal índice, no exercício de 2017, atingiu a marca de 9,44% no setor de enfermagem, tornando-a uma área crítica no Instituto (**DOC 23**).

Nessas circunstâncias, caso não seja adotada nenhuma providência firme e concreta, o INCA sofrerá uma perda de aproximadamente de 30% do quadro de pessoal, comparando-se o quadro de pessoal em 2015 com o total de profissionais ativos e em abono de permanência em 2019 (**DOC 14**), situação que prejudicará ou mesmo inviabilizará a prestação dos diversos serviços relacionados ao tratamento do câncer, realizados pela instituição de referência internacional na área.

Não por outros motivos, a carência de pessoal ocasionada pela constante omissão da UNIÃO, demonstrada pelos inúmeros documentos produzidos pelo INCA nos últimos anos (**DOCS 2, 4, 7, 8, 10, 14, 17, 22, 23, 34**), importa no reconhecimento da presença dos requisitos jurídicos para a nomeação obrigatória, e não mais discricionária, dos candidatos aprovados e não convocados no concurso regido pelo Edital nº 04/2014.

Por meio do julgamento do RE 837.311/PI, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, fixou a Tese 784, estabelecendo os seguintes preceitos (grifo nosso):

*O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, **ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato.** Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses:*

I – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;

II – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação;

*III – **Quando surgirem novas vagas,** ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, **e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.***

Conforme consignado no voto condutor no aresto acima, os candidatos aprovados além das vagas previstas no edital não detêm direito subjetivo à nomeação. No entanto, esta mera expectativa de direito será ***convolada em direito adquirido à nomeação (...) na excepcional circunstância de restar demonstrado, de forma inequívoca, que existe a necessidade de novas nomeações durante a validade do concurso.***



Observa-se que o caso dos autos enquadra-se perfeitamente na exceção estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, gerando um direito subjetivo de nomeação aos candidatos aprovados fora das vagas previstas no Edital nº 4/2014, tendo em vista que a UNIÃO: **(i)** deixou de alocar e preencher a totalidade de cargos necessários à substituição de terceirizados do INCA por servidores concursados, conforme amplamente exposto; **(ii)** vem incrementando anualmente os gastos com pagamento de Adicional de Plantão Hospitalar (APH); **(iii)** passou a realizar contratações de profissionais temporários (Lei nº 8.745/93) para suprir as vacâncias decorrentes de aposentadorias, falecimentos e exonerações.

O **Adicional de Plantão Hospitalar (APH)** objetiva suprir as necessidades fins do atendimento ao sistema de saúde e, concomitantemente, no caso dos hospitais de ensino, garantir melhor acompanhamento, pelos docentes e preceptores, das atividades desenvolvidas pelos alunos no estágio curricular supervisionado obrigatório de conclusão dos cursos da área da saúde, em regime de internato, e dos pós-graduandos em residências em saúde.

É portanto um legítimo instrumento acessório de que dispõe os gestores da área de saúde para adequar as escalas de plantão de seu respectivo quadro de pessoal a uma melhor prestação de serviços de natureza ininterrupta aos pacientes assistidos.

Porém, no caso sob exame, o pagamento deste adicional remuneratório tem se baseado no próprio declínio de profissionais junto ao INCA, com total desvirtuamento de sua vocação originária.

Igual raciocínio pode ser aplicado à contratação temporária prevista na Lei nº 8.745/93. Conforme os parâmetros estabelecidos no RE 658.026/MG, também julgado sob a sistemática da repercussão geral, tem-se que (destaques nossos):

*O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) **a necessidade seja temporária**; d) o interesse público seja excepcional; e) **a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.***

Ora, o próprio INCA deixa patente que a contratação dos profissionais temporários vem sendo realizada para suprir as vacâncias de cargos efetivos, consoante trecho extraído do Relatório de Gestão do Exercício de 2017 do INCA, página 90:

a contratação precária e excepcional, através da Lei Nº 8.745/93, vem sendo responsável pela manutenção do quadro total de profissionais em relação a 2016 (3.380 servidores e temporários), principalmente, após a vacância (aposentadorias, falecimento, exonerações, etc.) de 166 cargos ao longo de 2017.



Nessas condições, conforme jurisprudência dos Tribunais Superiores, a contratação temporária de servidores ou o surgimento de cargos vagos durante a vigência do concurso, seja por exoneração, aposentadoria ou óbito, evidenciam a necessidade do serviço, e evidenciada tal necessidade surge para a Administração Pública a obrigação de nomear candidatos aprovados além do número de cargos previstos no Edital do respectivo concurso. Nesse sentido, são os arestos colacionados abaixo (destaques nossos):

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRETERIÇÃO CONFIGURADA.

1. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao rito da repercussão geral (RE 837.311/PI), fixou a orientação de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato.

2. No caso, a impetrante, embora não classificada dentro do número de vagas, preencheu os requisitos exigidos pelo referido julgado, pois, por meio dos documentos coligidos aos autos, **comprovou sua preterição, uma vez que demonstrou a existência de vagas em quantidade suficiente para atingir sua posição na lista de classificação e a contratação de pessoal de forma precária, durante a validade do certame, o que indica a necessidade inequívoca da administração pública em preenchê-las.**

3. **Segundo o entendimento preconizado nesta Segunda Turma, "nessa circunstância, a toda evidência, não restam dúvidas de que, dentro do prazo de validade do concurso, a manutenção de contratos temporários para suprir a demanda por profissionais da educação pela Administração Pública, na respectiva localidade, demonstra a necessidade premente de contratação de pessoal, de forma precária, para o desempenho da atividade, o que, diante da nova orientação da Suprema Corte, faz surgir o direito subjetivo do candidato aprovado no certame ainda válido à nomeação" (RMS 55.675/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 23/5/2018).**

4. Agravo interno a que se nega provimento¹⁰.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS DO EDITAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXPECTATIVA DE DIREITO QUE SE CONVOLA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRETERIÇÃO CONFIGURADA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

¹⁰ AgInt no RMS 57.380/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 03/12/2018



(...)

7. O STJ possui entendimento sedimentado de que a contratação de servidor em caráter temporário em detrimento de candidato aprovado em concurso público para provimento definitivo gera o direito líquido e certo à nomeação deste. Nesse sentido: MS 18.685/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 09/08/2017.

8. Enfim, nessa circunstância, a toda evidência, não restam dúvidas de que, dentro do prazo de validade do concurso, a manutenção de contratos temporários para suprir a demanda por Professores pela Administração Pública, na respectiva localidade, demonstra a necessidade premente de contratação de pessoal, de forma precária, para o desempenho da atividade, o que, diante da nova orientação da Suprema Corte, faz surgir o direito subjetivo do candidato aprovado no certame ainda válido à nomeação.

9. Portanto, há direito líquido e certo a ser amparado pelo Mandado de Segurança.

10. Recurso Ordinário provido¹¹.

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 784/STF. CANDIDATO CLASSIFICADO ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS E DAS VAGAS EM CADASTRO DE RESERVA. ELIMINAÇÃO DO CONCURSO. CLÁUSULA DE BARREIRA. TEMA 376/STF. DIREITO À NOMEAÇÃO. PRETERIÇÃO. CONTRATAÇÃO DE TEMPORÁRIOS. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS DO EDITAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 735/STF. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO DO STF. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. No julgamento, sob o regime de repercussão geral, do RE 837.311/PI, o Supremo Tribunal Federal firmou a tese de que o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge "quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital", "quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação" ou "quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração" (Tema 784/STF).

2. Consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do RE-RG 635.739/AL, "é constitucional a regra inserida no edital de concurso público, denominada cláusula de barreira, com o intuito de selecionar apenas os candidatos mais bem classificados para prosseguir no certame" (Tema 376/STF).



3. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 808.524/RS, "a questão do direito à nomeação de candidato aprovado em concurso público em face de posteriores contratações temporárias, quando não comprovada a preterição, tem natureza infraconstitucional, e a ela se atribuem os efeitos da ausência de repercussão geral" (Tema 735/STF).

4. Estando o acórdão recorrido em conformidade com o entendimento da Suprema Corte, imperiosa a negativa de seguimento prevista no art. 1.030, inciso I, alínea "a", do Código de Processo Civil.

5. Agravo interno não provido.¹²

Os julgados que vimos de mencionar aplicam-se com exatidão à hipótese sob exame, porquanto, além dos que deveriam ter sido destinados pela UNIÃO com a partir da Lei 12.823/12, o INCA possui atualmente diversos cargos vagos, decorrentes de afastamentos, óbitos, exonerações, demissões e aposentadorias de servidores públicos e paralelamente vem autorizando o aumento do pagamento de Adicional de Plantão Hospitalar (APH) e realizando contratações temporárias para suprir as necessidades permanentes de pessoal, há mais de dois exercícios financeiros consecutivos.

Não se pode conceber a gestão e execução dos serviços de saúde com qualidade, eficiência e economicidade se há carência de especialistas em saúde e se para remediá-la o Poder Público vem se socorrendo de forma permanente de mecanismos provisórios tais como o Adicional de Plantão Hospitalar e as contratações temporárias. Se a necessidade de mais profissionais é fato que faz parte do cotidiano do INCA, deveria a UNIÃO promover o imediato recrutamento de pessoal por meio da nomeação dos candidatos aprovados em concurso público que se encontra dentro do prazo de validade.

Saliente-se que sob o ponto de vista da economicidade e da eficiência, a prática de se suprir a carência de profissionais da saúde com o pagamento de Adicional de Plantão Hospitalar ou contratação temporária enfraquece o instituto do concurso público, bem como os princípios que o norteiam, constituindo prática extremamente onerosa para os cofres públicos.

Sob essa ótica, **não há presença de interesse público que justifique a decisão da UNIÃO FEDERAL em obstar a nomeação dos candidatos aprovados no certame para aquelas mesmas especialidades em que vem sendo pago Adicional de Plantão Hospitalar (APH) de forma ininterrupta e naquelas em que vêm ocorrendo a contratação temporária de profissionais com base na Lei nº 8.745/93, para suprir a carência permanente de pessoal junto ao INCA.**

Ante todo o exposto, a condenação da UNIÃO nas obrigações de fazer consistentes na alocação e provimento das vagas que deveriam ter sido destinadas ao INCA, por ocasião da rescisão dos contratos terceirizados da Fundação Ary Frausino, revela-se como medida adequada e juridicamente legítima, uma vez que confere concretude ao direito fundamental à saúde, prestigiando também a regra constitucional do concurso público.

¹² AgInt no RE nos EDcl no AgInt no RMS 53.600/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 12/02/2019, DJe 14/02/2019



6. DA TUTELA DE URGÊNCIA

A concessão de tutela provisória de urgência se faz necessária, tendo em vista o preenchimento dos requisitos dos artigos 300 e 301 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguaração do direito.

A probabilidade do direito invocado (*fumus boni iuris*) foi amplamente demonstrada nesta peça, conforme fundamentação exposta nos itens anteriores. Em suma, demonstrou-se que a alocação e preenchimento de ao menos 269 cargos no INCA resulta:

a) de determinação emanada dos Acórdãos nº 1.193/2006, nº 1.169/2006 e 1.520/2006 do Tribunal de Contas da União;

b) de reconhecimento, pela própria UNIÃO FEDERAL, da necessidade de uma efetiva recomposição da força de trabalho anteriormente provida pela Fundação Ary Frauzino por ocasião da assinatura do Termo de Conciliação Judicial da Ação Civil Pública nº 00810.2006.017-10.00-7, da edição da Exposição de Motivos MPOG nº 189/2012, da edição Portaria MPOG nº 357, de 10 de outubro de 2014, do Edital MS nº 4/2014 e da edição das Portarias MPOG nº 247/2015 e nº 325/2015.

Já o *periculum in mora* assenta-se na crescente deterioração do quadro de servidores no INCA, demonstrada no item anterior, a qual se encontra sintetizada pelos dados fornecidos pelo Instituto por meio do Ofício nº 2/2019/INCA/COGEP/INCA/SAS/MS (**DOC 14**):

Evolução da força de trabalho no INCA, mês de referência Dezembro, de 2010 a 2018									
Contratação	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
MS	1973	3094	3273	3180	3029	3385	3375	3148	3016
Temporário *	471	0	0	0	25	7	27	156	179
FAF	1141	830	781	583	583	583	0	0	0
Total	3585	3914	4054	3763	3627	3957	3380	3340	3195
Quadro em 2012	3.920	3.920	3.920	3.920	3.920	3.920	3.920	3.920	3.920



Segundo a tabela acima, constante do referido documento, entre os anos de 2015 e 2018, o decréscimo na força de trabalho contabiliza 762 (setecentos e sessenta e dois) profissionais. Soma-se a isso um total de 322 (trezentos e vinte e dois) servidores no exercício de abono de permanência, os quais podem deixar o Instituto a qualquer momento, via aposentadoria.

Por outro lado, a projeção de vacâncias apresentada na Nota Técnica n.º 001/2018 – COGEP-INCA (**DOC 17**), que o INCA terá de fechar setores do Instituto e reduzir drasticamente sua atuação na área assistencial, o que resultaria em cenário crítico não somente para a coletividade de pacientes que dependem de sua atuação, mas para a sociedade como um todo.

A ameaça de uma iminente interrupção de serviços e de um colapso nas atividades do INCA autoriza, portanto, o provimento de tutela de urgência que determine a imediata alocação e preenchimento de ao menos 269 cargos no Instituto Federal em questão.

Por outro lado, faz-se necessária a adoção de medida cautelar que faça garantir o resultado útil do presente processo. Assim, visando garantir a efetividade do pedido principal, consistente na alocação de 269 cargos no INCA, com preenchimento de cada um mediante nomeação e posse de candidatos aprovados em concurso público, **faz-se necessária a prorrogação do prazo de validade do certame do Edital nº 4/2014**, o qual encontra-se ainda em vigor, mas **terá sua validade expirada em 26 de março de 2019**.

De fato, o atual quadro de aprovados do referido concurso público é instrumento fundamental e legítimo para a regularização da carência de recursos humanos apresentada nesta ação civil pública, sobretudo diante do fato de que a UNIÃO FEDERAL vem se negando a atender o pleito do INCA relativo à nomeação de 50% dos cargos do concurso público em questão, conforme permitido pelo Decreto nº 6.944 de 21/08/2009.

Com isso, pugna o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL:

1. pela concessão liminar de tutela de urgência cautelar que determine a **prorrogação da validade do concurso regido pelo Edital nº 4 do INCA** até o trânsito em julgado da presente ação civil pública, nos termos do artigo 300 e 301 do Código de Processo Civil;
2. pela concessão liminar de tutela de urgência que determine **a imediata alocação e preenchimento de ao menos 269 cargos no INCA**, com a nomeação e posse dos candidatos aprovados no concurso regido pelo Edital nº 4/2014, **ainda que fora do quantitativo de vagas inicialmente previsto**;



7. DOS PEDIDOS DEFINITIVOS

Por fim, em face de tudo o que se expôs, requer o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL:

1. a intimação da UNIÃO FEDERAL para que se manifeste sobre a presente ação no prazo de 72 horas, nos termos do artigo 2º da Lei nº 8.437/92;
2. a citação da UNIÃO FEDERAL para contestar a presente demanda no prazo legal;
3. a confirmação da tutela de urgência concedida, com a condenação da UNIÃO FEDERAL em obrigação de fazer consistente na **alocação definitiva de 269 (duzentos e sessenta e nove) cargos de que trata a Lei nº 8.691/1993 no Instituto Nacional do Câncer**, com a consequente confirmação da nomeação e posse dos candidatos convocados do concurso regido pelo Edital nº 4 de 2014, **ainda que fora do quantitativo de vagas inicialmente previsto**, os quais deverão ser distribuídos segundo critérios de gestão apresentados pelo próprio Instituto, a fim de recompor o respectivo quadro de servidores em relação ao número de contratos terceirizados da área fim, encerrados no ano de 2015.

Desde já, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL informa que está disposto a participar da audiência de trata o artigo 334 do Código de Processo Civil, com a discussão de solução conciliatória para a presente lide.

Dá-se à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Rio de Janeiro, 13 de março de 2019.

ALEXANDRE RIBEIRO CHAVES
Procurador da República



MPF
Ministério Público Federal

Procuradoria
da República
no Rio de Janeiro

Documentos e arquivos anexados

1. Exposição de Motivos - Avulso--PL-4365-2012.pdf
2. Memo 53 - COGEP - INCA - fls. 33-37.pdf
3. Portaria de instauração de IC - fl. 199.pdf
4. Memo 60 - COGEP - INCA - fls. 204-217.pdf
5. Relatório MPF - 09-03-2017 - fls. 286-287.pdf
6. Memo 15 - COGEP - INCa - fls. 358-359.pdf
7. NOTA TÉCNICA 08-2016 - COGEP - INCA - fls. 366-369.pdf
8. Anexo Nota Técnica - INCA - fls. 370-373.pdf
9. Ofício 342-CGESP - MS - fls. 391.pdf
10. Memo 49 - COGESP - INCA - fls. 429-430.pdf
11. Anexo Memo 49 - COGESP - fls. 431-433.pdf
12. Ofício nº 109-SH-2017 - CG ESP-SAA-SE-MS - fls. 604-614.pdf
13. Ofício nº 114-SH-2017 - CG ESP-SAA-SE-MS - fls. 662-669.pdf
14. Ofício n.º 22019 - INCA-COGEP-INCA-SAS-MS - marco-2019.pdf
15. Nota Informativa nº 4467-2018-MP - fls. 766-767.pdf
16. Relatório MPF -13-06-2018 - fls. 776-780.pdf1
17. NOTA TÉCNICA 01-2018 - COGEP - INCA -16-05-2018 - fls. 781-790.pdf
18. Despacho PRT Ia REgião - MPT fls. 817-818.pdf
19. Nota Informativa nº 7622-2018-MPOG - fls. 815-816.pdf
20. Relatório MPF (ago-2018) - fls. 829-830.pdf
21. Nota Informativa nº 1158-2019-MP - fls. 1036-1041.pdf
22. Relatório de Gestão INCA - 2016.pdf
23. Relatório de Gestão INCA - 2017.pdf
24. Relatório MPF (out-2018) - fls. 913-915.pdf
25. Processo nº 25410.004342 2018-35 - Autorização 50% ao MPOG.pdf
26. Termo de Conciliação Judicial - JT - fls. 791-805.pdf
27. Ata MPT -14.02.2019.pdf
28. Portaria MPOG n.º 357 de 10.10.2014.pdf
29. Portaria MPOG n.º 247 de 26.06.2015.pdf
30. Portaria MPOG n.º 270 de 10.072015.pdf
31. Portaria MPOG n.º 325 de 06.08.2015.pdf
32. Portaria MPOG n.º 115 de 15.042016.pdf
33. Portaria MPOG n.º48 de21.032017.pdf
34. Nota técnica 32 -2015-CGESP-SAA-SE-MS - 40 cargos para o INCA - 12.01.2016.pdf
35. Notícias da imprensa - crise do INCA.pdf
36. Edital de abertura do concurso n.º 04-2014.pdf