



PROCESSO Nº TST-AIRR-540-45.2011.5.04.0028

Agravante: **ELIANE DIAS DA SILVA**

Advogado : Dr. Roberto de Figueiredo Caldas

Agravado : **HOSPITAL NOSSA SENHORA DA CONCEIÇÃO S.A.**

Advogado : Dr. Dante Rossi

GMDS/dpa/r

D E C I S Ã O

Contra a decisão que denegou seguimento ao seu Recurso de Revista (fls. 1.046/1.056), a reclamante interpõe o presente Agravo de Instrumento (fls. 1.064/1.093).

Razões de contrariedade a fls. 1.107/1.177.

Decisão regional publicada antes da vigência da Lei n.º 13.015/2014 (24/10/2013).

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, na forma regimental.

Satisfeitos os requisitos legais de admissibilidade.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGADO – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O TRT da 4.ª Região negou provimento ao Recurso Ordinário obreiro, mantendo a decisão de primeiro grau que declarou a improcedência dos pedidos iniciais, relativos ao reconhecimento do direito à nomeação em caráter definitivo, posse no respectivo cargo em que logrou aprovação, a conversão do contrato a termo para contrato por prazo indeterminado e sua reintegração ao emprego.

Para tanto, valeu-se dos seguintes fundamentos:

“1.1. Como regra geral o contrato de trabalho tem natureza de negócio jurídico por prazo indeterminado. A determinação de prazo é exceção à regra geral, que somente pode ocorrer quando se trata das hipóteses legalmente autorizadas.

Nesse contexto, cabia ao réu comprovar a presença fática de alguma das hipóteses legais autorizadas da contratação por prazo determinado, ônus do qual se desincumbiu satisfatoriamente.



PROCESSO Nº TST-AIRR-540-45.2011.5.04.0028

É fato incontroverso que a autora foi aprovada em Processo Seletivo Público, conforme Edital n.º 01/2007 (fls. 66/91) e que não foi contratada em face do referido concurso, mas mediante contrato por prazo determinado - fl. 223 - fundamentado na necessidade de *substituição temporária de Ana Paula Bertels (...) em virtude de seu afastamento por Lic. Maternidade* e prorrogado, conforme termo juntado na fl. 224 para *substituição Temporária de Alice Cristina Assunção de Souza (..), em virtude do seu afastamento por LTS*. O contrato foi firmado em 03/02/2010, pelo prazo de 180 dias e com previsão de prorrogação, o que ocorreu em 02/08/2010, expirando em 28/01/2011.

Verifico que, diferentemente do que ocorreu com outros processos seletivos já apreciados por esta Juíza, o edital referente ao processo seletivo 01/2007, prevê, no item 10.2, a contratação para preenchimento de vaga temporária, estabelecendo que *destina-se ao preenchimento de vaga definitiva no quadro de pessoal, e que conforme necessidade deste e respeitando a ordem de classificação. os candidatos aprovados poderão também ser chamados para o preenchimento de vaga temporária (contrato por prazo determinado), por período não superior a 01 (um) ano*. Além disso, no item 10.4.1. define que o candidato poderá ser chamado *para o preenchimento de vaga temporária (contrato por prazo determinado nos casos de necessidade substituição de empregados em licença saúde e licença maternidade), quando não aceitar essa contratação deverá assinar Termo de Desistência específico para este fim, mantendo-se na mesma ordem de classificação do respectivo Processo Seletivo Público*.

Segundo o Edital n.º 01/2007 dispõe que o candidato que assumir contrato por prazo determinado e que, após, vier a ser chamado a preencher vaga definitiva, assumirá esta vaga.

Nesse contexto, entendo que não há ilegalidade na contratação por prazo determinado, que era prevista no edital de contratação temporária, e, portanto, de conhecimento dos candidatos, dentre eles a autora, estando atendido o disposto no artigo 443, parágrafo 2º, alínea *a*, da CLT.

1.2. Saliento que a legislação não impede a coexistência dos dois tipos de contratação, a temporária e a definitiva, cada uma com pressupostos e requisitos próprios. Assim, a contratação temporária é



PROCESSO N° TST-AIRR-540-45.2011.5.04.0028

permitida nos casos previstos na Lei n° 8.745/93 e a definitiva depende da criação de cargo efetivo e permanente o que deve ser autorizado por Lei.

Nesse contexto, sendo fato constitutivo do direito vindicado, competia à autora o ônus da prova de que não foi contratada para substituição de pessoal afastado, como consta no contrato de trabalho e na prorrogação.

Por outro lado, a ausência de avaliação da autora ou mesmo a existência de política interna de avaliação e desenvolvimento, não altera a natureza da contratação ajustada, na medida em que a dispensa não decorreu de exercício de direito potestativo da empresa, mas do término do contrato a prazo determinado, o que não é vedado.

1.3. Além disso, não se pode deixar de considerar que as contratações temporárias e permanentes são instrumentos de efetivação do princípio da eficiência da Administração Pública, pois permitem a existência de mão de obra temporária, capaz de atender licenças, férias e, mesmo, a sazonalidade, endemias, etc, sem que isso represente afronta ao princípio constitucional da moralidade.

Diante dos termos do Edital n° 01/2007, julgo que a autora possuía mera expectativa de direito à convocação, tendo em vista que o certame foi aberto para o preenchimento cadastro de reserva condicionado a liberação e/ou criação futura de vagas, o que não foi desrespeitado pelas contratações temporárias.

Por outro lado, a pretensão da autora de converter o contrato em prazo indeterminado, acarretaria na violação do edital e da ordem de classificação, bem como do disposto no artigo 37 da Constituição da República. Ocorre que sua contratação por prazo indeterminado encontrava óbice na ausência de vagas disponibilizadas ou que vieram a surgir no prazo do concurso público regido pelas regras estipuladas no Edital n.º 01/2007, já que não obteve êxito em ser aprovado dentro do número de vagas disponibilizadas para o cargo, no qual foi classificada, no prazo de vigência do concurso. Por fim, a abertura do Edital n.º 01/2010, também não é irregular e foi levada a efeito dentro das regras legais.

(...)



PROCESSO Nº TST-AIRR-540-45.2011.5.04.0028

Desta forma, a ausência de irregularidade na contratação torna improcedente o pedido de conversão do contrato por prazo determinado em prazo indeterminado.”

Contra tal decisão, a reclamante interpôs Embargos de Declaração, pretendendo que o TRT respondesse os seguintes questionamentos (trechos extraídos das razões de Recurso de Revista):

"a) esclarecer se o reclamado estabeleceu qualquer controvérsia, em defesa, acerca do fato de a contratação da reclamante ter decorrido de prévia aprovação em concurso público regido pelo Edital 01/2007, porquanto que, a despeito de não pairar controvérsia quanto ao fato de que a reclamante foi aprovada em concurso público regido pelo edital 01/2007, não teria sido contratada por ter sido aprovada no referido certame, mas o fato de a reclamante ter sido contratada em decorrência da aprovação no concurso regido pelo Edital 01/2007 restou incontroverso nos autos;

b) esclarecer se há nos autos documentos que comprovem que as supostas funcionárias pretensamente substituídas estiveram, efetivamente, em gozo de benefício previdenciário no período de vigência do contrato da reclamante, que retornaram ao trabalho quando do término de contrato do reclamante, apontando-as expressamente, inclusive a folha dos autos, porquanto entendeu que a contratação temporária da reclamante seria lícita na medida em que teria se dado para substituição de supostas empregadas afastadas em benefício previdenciário, mas deixou de analisar a alegação obreira no sentido de que o reclamado não fez prova de que as supostas funcionárias pretensamente substituídas estiveram, efetivamente, em gozo de benefício previdenciário no respectivo período de vigência do contrato da reclamante e de seus retornos, hipótese que implicaria no término do contrato da reclamante;

c) esclarecer se o entendimento propugnado afronta ou não o disposto no art. 37, II, da CF, o qual dispõe que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, porquanto a reclamante, fato incontroverso, foi contratado em decorrência de prévia aprovação



PROCESSO N° TST-AIRR-540-45.2011.5.04.0028

em concurso público para o cargo de 'TÉCNICO DE ENFERMAGEM', enquanto a suposta funcionária pretensamente substituída exerceria o cargo de 'AUXILIAR DE ENFERMAGEM';

d) elucidar se o edital do certame prevê, de forma taxativa, que a contratação temporária somente se daria nas hipóteses de substituição de empregados em licença saúde ou em licença maternidade, bem como se o reclamado (fl. 189) reconheceu proceder à contratação de temporários para evitar a realização de horas extras por parte de seus atuais empregados além do limite legal, porquanto asseverou que no edital do processo concurso público a que se submeteu a reclamante e no qual logrou aprovação haveria previsão específica da possibilidade de contratação temporária para substituição de empregados em licença saúde e licença maternidade, mas deixou de analisar a alegação obreira segundo a qual o reclamado confessou em defesa ter realizado a contratação da reclamante para evitar a realização de horas extras por parte de seus funcionários definitivos além do limite legal (fl. 189);

e) esclarecer qual é a natureza dos serviços prestados pela reclamante ao reclamado, bem como qual é a natureza dos serviços prestados pelo próprio reclamado, se permanentes ou transitórias;

f) analisar a aplicação dos arts. 2° e 6°, da Lei n.° 8.745/93, e do art. 37, caput, e incisos II e IV, CF;

g) esclarecer se o reclamado logrou comprovar que teriam sido abertas apenas 429 vagas efetivas para o cargo da reclamante no período em que vigeu o concurso no qual logrou aprovação, bem como se os documentos com os quais pretendeu realizar tal prova apenas aponta quantos candidatos foram aprovados e quais suas respectivas colocações, não indicando qual foi o último convocado, porquanto asseverou que durante o prazo de vigência do concurso no qual a reclamante logrou aprovação e em decorrência do qual foi contratada, conforme informações do reclamado, teriam sido chamados para vaga definitiva apenas os 429 primeiros classificados, mas deixou de examinar a alegação contida no recurso obreiro no sentido de que não há qualquer prova nos autos de que teriam sido abertas apenas 429 vagas efetivas para o cargo da reclamante no período em que vigeu o concurso no qual logrou aprovação, porquanto os documentos juntados pelo reclamado não têm o condão de comprovar que



PROCESSO N° TST-AIRR-540-45.2011.5.04.0028

a última candidata nomeada em vaga definitiva seria a 429.^a colocada porquanto trata, tão-somente, de edital de homologação do certame, de modo que apenas apontam quantos candidatos foram aprovados e quais suas respectivas colocações, não indicando o número de vagas definitivas e muito menos qual teria sido o último candidato nomeado em vaga definitiva;

h) esclarecer se, em verdade, sua contratação temporária se deu nos termos da Lei n.º 6.019/74 e, assim entendendo, se há prova nos autos de ter havido mediação de empresa de trabalho temporário devidamente registrada no Departamento Nacional de Mão-de-Obra do Ministério do Trabalho e da Previdência Social, se foi observado o prazo máximo de 03 (três) meses no contrato temporário celebrado, ou se, tendo sido ultrapassado tal período, houve autorização conferida pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

i) consignar se há qualquer referência no contrato de trabalho no sentido de apontar que a contratação teria se dado para atender necessidade excepcional de interesse público, nos termos do art. 37, IX, da CF, bem como, conforme estipulado no contrato, a contratação se deu conforme disposições do art. 442 e seguintes da CLT, porquanto asseverou que no edital do processo concurso público a que se submeteu a reclamante e no qual logrou aprovação haveria previsão específica da possibilidade de contratação temporária, mas deixou de esclarecer sob quais termos restou firmado o contrato de trabalho celebrado;

j) consignar as datas de validade do concurso no qual a reclamante logrou aprovação e em decorrência do qual foi contratada pelo reclamado e a das novas contratações realizadas pelo reclamado relativas ao certame posterior ao reclamante;

k) esclarecer se há nos autos prova de que a contratação definitiva da reclamante implicaria em preterição de eventuais candidatos melhor classificados, apontando-a, expressamente, porquanto afirmou que a transformação do contrato da reclamante para a prazo indeterminado acarretaria afronta á ordem de classificação do concurso;

l) analisar a previsão contida já na própria introdução do referido regulamento interno segundo a qual seus mandamentos objetivam disciplinar todo o contrato de trabalho dos empregados do reclamado, desde sua admissão até seu desligamento;



PROCESSO N° TST-AIRR-540-45.2011.5.04.0028

m) analisar a previsão contida na página 15 (quinze) da indigitada Política de Avaliação de Desenvolvimento, a qual foi referida tanto na inicial quanto no recurso, e que dispõe que o somente trabalhador que obtiver conceitos negativos ('C' e 'D') durante dois anos consecutivos poderá ser despedido ou, excepcionalmente, em situações extremas de ações de remanejamento ou desligamento;

n) analisar a prova documental carreada aos autos, no sentido de fixar, expressamente, quais os conceitos são considerados positivos segundo a indigitada 'Política de Avaliação de Desenvolvimento', bem como quais as respectivas avaliações da reclamante, de modo a esclarecer quais os conceitos por ela obtidos e se a mesma recebeu ou não qualquer sanção durante o transcurso do contrato de trabalho;

o) esclarecer se editou orientação jurisprudencial no sentido de que os hospitais integrantes do Grupo Hospitalar Conceição (Hospital Nossa Senhora da Conceição S. A., Hospital Cristo Redentor S. A. e Hospital Fêmeina S. A.) sujeitam-se à execução por precatório ou requisição de pequeno valor (RPV), nos termos do art. 100 da CF; e

p) declinar se o deferimento de honorários é compatível com as disposições dos arts. 5º, LXXIV, e 133, da CF, e EC n.º 45, bem como com o art. 5º, da LINDB”.

O Regional negou provimento aos Embargos de Declaração da reclamante, conforme os seguintes fundamentos:

“[...]

À luz do normatizado nos arts. 897-A da CLT e 535 do CPC, os embargos de declaração são próprios para sanar omissão, contradição, obscuridade e/ou manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso, não se prestando à pretensão de reforma do julgado.

No caso em exame, não se verificam os vícios apontados pela embargante, tampouco é necessário manifestação e/ou prequestionamento acerca dos aspectos suscitados nos embargos. A decisão é clara e suficiente, nela constando, de forma fundamentada, o entendimento unânime da Turma no sentido de que é válida a contratação por prazo determinado de profissional da saúde, aprovado em concurso público e aguardando nomeação, a fim de substituir empregado licenciado - licença saúde ou



PROCESSO Nº TST-AIRR-540-45.2011.5.04.0028

gestante -, quando expressamente prevista no edital do certame tal possibilidade, não havendo falar em ofensa ao art. 443, § 2º, a, da CLT. A decisão está fundamentada, ainda, no sentido de que, considerada a expressa autorização constante no edital que regula o concurso no qual a embargante foi aprovada,

'não há qualquer ilicitude ou vício no procedimento adotado pelo réu, quanto à contratação temporária da recorrente. Decorrência lógica, descabe falar em afronta ao art. 443, § 2º, a, da CLT, tampouco ao art. 37 da CF, tendo-se em conta que os afastamentos mencionados, para tratamento de saúde e licença gestante, inegavelmente irão trazer prejuízos à regular continuidade dos serviços de saúde prestados pelo réu, os quais, em face da sua natureza - essenciais -, não podem ser interrompidos, justificando as contratações a termo levadas a cabo pelo hospital demandado. A propósito, o cargo exercido pela segunda empregada afastada (auxiliar de enfermagem), ainda que diverso do ocupado pela recorrente (técnica de enfermagem), é dizente com atribuições que podem ser consideradas inseridas neste.

Melhor dizendo, nos termos dos arts. 10 e 11 do Decreto 94.406/87, o técnico de enfermagem 'exerce as atividades auxiliares, de nível médio técnico, atribuídas à equipe de enfermagem', assistindo aos enfermeiros, enquanto o auxiliar 'executa as atividades auxiliares, de nível médio, atribuídas à equipe de enfermagem', estando as atribuições de maior complexidade (técnico) inseridas nas de menor (auxiliar).

Além disso, tenho que a transformação do contrato da recorrente para prazo indeterminado acarretará afronta à ordem de classificação dos candidatos aprovados no concurso, porquanto possível concluir que ocuparia vaga referente a candidato melhor classificado, diante da distância existente entre a última candidata incontestavelmente nomeada (classificada em 429º lugar - fl. 273) e a classificação da recorrente (519º lugar), o que torna descabidas as alegações da recorrente quanto à ausência de prova do número de vagas existentes (ora,



PROCESSO Nº TST-AIRR-540-45.2011.5.04.0028

sequer há alegação de fraude no certame, pelo que se presume tenha a empresa pública agido de boa-fé ao nomear os candidatos na proporção das vagas existentes).' (fls. 454v/455).

A questão alusiva aos honorários advocatícios foi expressamente enfrentada na decisão (fl. 458v) e sinale-se, ainda, que não altera a conclusão acima a orientação jurisprudencial 02 da Seção Especializada em Execução ('Os hospitais integrantes do Grupo Hospitalar Conceição (Hospital Nossa Senhora da Conceição S. A., Hospital Cristo Redentor S. A. e Hospital Fêmina S. A.) sujeitam-se à execução por precatório ou requisição de pequeno valor (RPV), nos termos do art. 100 da Constituição'), porquanto não dizente com nomeação de candidatos aprovados em concurso público e, afora isso, aplicável somente na execução da sentença.

Os embargos de declaração interpostos manifestam evidente contrariedade da embargante à decisão proferida e nítida pretensão de reforma do acórdão embargado, finalidade esta estranha aos embargos de declaração, como ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

(...)

De resto, é importante referir que, de acordo com o art. 131 do CPC, o juiz, ao fundamentar sua decisão, não é obrigado a se manifestar, expressamente, sobre todas as questões suscitadas pelas partes, desde que indique os motivos que lhe formaram o convencimento, como ocorre no presente caso.

Nego provimento.”

Inconformada, a reclamante interpôs Recurso de Revista, insistindo na preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional. Indicou ofensa aos arts. 5.º, XXXV, LIV e LV, e 93, IX, da CF. O apelo teve o seu seguimento negado (decisão de fls. 1.046/1.056)

À análise.

Inicialmente, esclareça-se que, de acordo com os termos da Súmula n.º 459 do TST, “o conhecimento do Recurso de Revista, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, supõe a indicação de violação do art. 832 da CLT, do art. 489 do CPC de 2015 (art. 458 do CPC de 1973) ou do art. 93, IX, da Constituição Federal”,

Firmado por assinatura digital em 15/06/2020 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-AIRR-540-45.2011.5.04.0028

motivo pelo qual a análise do presente Recurso se dará apenas quanto à ocorrência de violação do citado preceito constitucional.

Pois bem. Cotejando-se os fundamentos lançados pelo acórdão regional com os questionamentos trazidos pela reclamante, tem-se que não há omissão às alegações trazidas nos itens "a", "b", "c", e "l". Afinal, o Regional foi expresso ao consignar que a contratação temporária da autora ocorreu nos termos do Processo Seletivo Público (Edital n.º 01/2007), para substituição de empregados afastados em virtude de licenças maternidade e de saúde, tendo a reclamante a devida ciência quanto ao fato de que a contratação temporária não importaria garantia de nomeação futura para vaga permanente. De outro lado, o cargo exercido pela agravante - técnica de enfermagem - encampa todas as funções do cargo da segunda empregada afastas - auxiliar de enfermagem.

O enfiletamento dos itens "e", "h" e "i" também foi ofertado pelo juízo *a quo*, em especial porque, conforme consignando, a contratação da reclamante decorreu da autorização prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal, o que torna irrelevante a discussão acerca da natureza dos serviços prestados (se permanentes ou transitórios), bem como da incidência da Lei n.º 6.019/74.

Quanto aos itens "f", "g" e "k", destacou o Regional que as contratações temporárias e permanentes são instrumentos de efetivação do princípio da eficiência da Administração Pública, pois permitem a existência de mão de obra temporária, capaz de atender licenças, férias e, mesmo, a sazonalidade, endemias, etc, sem que isso represente afronta ao princípio constitucional da moralidade. Constou ainda da decisão recorrida que a transformação do contrato da recorrente para prazo indeterminado desrespeitaria ordem de classificação dos candidatos aprovados no concurso, uma vez que representaria a ocupação de vaga referente a candidato melhor classificado. Além do que, não houve controvérsia quanto ao fato da última candidata aprovada ser a de número 429, enquanto a autora habilitou-se em 519º lugar.

Em relação aos itens "m" e "n", destacou-se que a ausência de avaliação da autora ou mesmo a existência de política interna de avaliação e desenvolvimento, não alteram a natureza da contratação ajustada.

Por fim, no que diz respeito à parcela honorária e à forma de



PROCESSO Nº TST-AIRR-540-45.2011.5.04.0028

execução, também houve manifestação expressa da matéria, afastando-se a alegação de omissão quanto aos itens "o" e "p".

Todavia, a reclamante tem razão quando alega que não foram enfrentadas as questões tratadas nos itens "d", e "j", relativas: 1) à existência de confissão, pelo reclamado, de haver realizado contratações temporárias para evitar a prestação de horas extraordinárias por parte de seus servidores efetivos além do limite legal; e, 2) o lançamento de um novo concurso público para preenchimento de vagas idênticas ao que se submeteu a reclamante, o qual ainda se encontrava vigente (de modo que se faz necessário que sejam consignadas as datas de validade do concurso no qual a reclamante logrou aprovação, e das novas contratações realizadas pelo reclamado relativas ao certame posterior ao da reclamante).

Tais apontamentos, de cunho fático, são insuscetíveis de reexame nesta fase processual recursal, em face do óbice da Súmula n.º 126 do TST, e, em um exame perfunctório, o que se constata é que são relevantes para o deslinde da matéria. Isso porque a ausência dos esclarecimentos solicitados impossibilita o enfrentamento da tese recursal devolvida a esta Corte, relativa à irregularidade da contratação temporária, com pedido de conversão do contrato por prazo determinado para indeterminado, e conseqüente reintegração, podendo, inclusive, alterar substancialmente o entendimento adotado.

Diante do exposto, caracterizada a violação do art. 93, IX, da Constituição Federal, visto que o Regional deixou de apreciar questões relevantes que lhe foram devolvidas.

A Revista logra conhecimento.

Conhecido o Recurso de Revista, por violação do art. 93, IX, da Constituição Federal, **dou-lhe provimento** para, anulando o acórdão dos Embargos de Declaração, determinar o retorno dos autos ao TRT de origem a fim de que profira novo julgamento, manifestando-se, expressamente, sobre os questionamentos constantes nos itens "b", "d", e "j", relativos à existência de confissão, pelo reclamado, de haver realizado contratações temporárias para evitar a prestação de horas extraordinárias por parte de seus servidores efetivos além do limite legal e, o lançamento de um novo concurso público para preenchimento de



PROCESSO Nº TST-AIRR-540-45.2011.5.04.0028

vagas idênticas ao que se submeteu a reclamante, o qual ainda se encontrava vigente (de modo que se faz necessário que sejam consignadas as datas de validade do concurso no qual a reclamante logrou aprovação, e das novas contratações realizadas pelo reclamado relativas ao certame posterior ao da reclamante). Prejudicado o exame dos demais temas do Recurso de Revista.

Publique-se.

Brasília, 15 de junho de 2020.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

LUIZ JOSÉ DEZENA DA SILVA
Ministro Relator