

A C Ó R D Ã O
(1ª Turma)
GMWOC/ac/jb

RECURSO DE REVISTA. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS DE ADVOCACIA. TERCEIRIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Na linha do entendimento do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Trabalhista, bem como do Superior Tribunal de Justiça, em observância aos princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência, o direito à contratação é assegurado no caso de preterição decorrente de terceirização de serviços especializados de advocacia, ocorrida no prazo de vigência de concurso público, em detrimento da admissão de candidatos aprovados para o emprego de advogado, os quais estão aguardando em cadastro de reserva. A contratação de serviço terceirizado, que se insere na competência da atividade objeto de concurso realizado, evidencia a necessidade do preenchimento de novas vagas com a contratação dos aprovados. Precedentes.

Recurso de revista conhecido e a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-2167-67.2011.5.22.0001** (convertido de Agravo de Instrumento de mesmo número), em que é Recorrente **BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A. - BNB** e são Recorridos **JUCIANO MARCOS DA CUNHA MONTE** e **FRANCISCA MARIA BARBOSA CARDOSO**.

Insatisfeito com a decisão da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, mediante a qual se denegou seguimento ao recurso de revista, o Banco reclamado interpõe agravo de instrumento.

Não houve contraminuta ou contrarrazões.

PROCESSO N° TST-RR-2167-67.2011.5.22.0001

Foi concedido efeito suspensivo ao recurso, em razão da concessão de medida acautelatória pleiteada nos autos da CauInom - 11262-05.2012.5.00.0000.

Desnecessária a manifestação do órgão do Ministério Público do Trabalho, na forma regimental.

É o relatório.

V O T O

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO

1. CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos genéricos da tempestividade e da representação processual, e tendo sido veiculado nos autos principais, **CONHEÇO** do agravo de instrumento.

2. MÉRITO

Merece ser provido o presente agravo de instrumento, alusivo a "concurso público - cadastro de reserva - contratação de serviços especializados de advocacia - terceirização", porquanto demonstrada divergência jurisprudencial válida e específica em relação ao aresto oriundo do TRT da 7ª Região (fls. 2357-2363), erigido em causa envolvendo o próprio Banco do Nordeste, e devidamente reiterado no agravo (fls. 2454-2459), o qual reflete entendimento no sentido da possibilidade de contratação, mediante terceirização, para a prestação de serviços especializados de advocacia, mesmo havendo lista de candidatos aprovados em concurso público para cadastro de reserva.

Do exposto, configurada a hipótese prevista na alínea a do art. 896 da CLT, **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento para determinar o julgamento do recurso de revista, observado o procedimento estabelecido na Resolução Administrativa n° 928/2003 do Tribunal Superior do Trabalho.

PROCESSO N° TST-RR-2167-67.2011.5.22.0001

II - RECURSO DE REVISTA

1. CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos extrínsecos da tempestividade, da representação processual e do preparo, cumpre examinar os requisitos específicos de cabimento do recurso de revista.

CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS DE ADVOCACIA. TERCEIRIZAÇÃO

A Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região rejeitou preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*, e demais arguições suscitadas em contrarrazões pelos reclamantes, e, no mérito, por maioria, deu provimento ao recurso ordinário do Banco reclamado, para "*excluir da condenação todas as cominações constantes da sentença, exceto a de convocação/contratação imediata dos recorridos nominados na petição de ingresso*". Eis os fundamentos condutores do acórdão recorrido, *in verbis*:

Trata-se de ação onde os reclamantes/recorridos pleiteiam suas imediatas contratações no cargo de Especialista Técnico - Advogado - do recorrente/reclamado, por terem sido aprovados nas posições 22 e 25, respectivamente, no concurso público que previa para o polo do Estado do Piauí a formação de cadastro de reserva para o cargo referido.

Argumentam os recorridos que o direito à nomeação advém da contratação irregular pelo banco recorrente de advogados terceirizados através de procedimento licitatório, pois estes estariam ocupando as vagas destinadas aos concursados, o que caracterizaria burla ao princípio do concurso público, gerando para os recorridos o direito subjetivo à contratação nas "vagas" destinadas aos terceirizados.

A defesa do reclamado/recorrente sustenta que é legalmente possível a contratação simultânea de pessoal por concurso público e por procedimento licitatório, tendo em vista que a atividade advocatícia no âmbito do recorrido

PROCESSO N° TST-RR-2167-67.2011.5.22.0001

configura-se como atividade-meio, oportunidade em que trata dos poderes de gestão que possui a instituição bancária em virtude de sua natureza de pessoa jurídica de direito privado, bem como que não restou comprovada a prática de ato administrativo viciado na contratação dos terceirizados.

Os reclamantes/recorridos pleitearam de modo subsidiário, ainda, o pagamento de indenização por perda de chance cumulado com pedido de indenização por danos morais, o que foi objeto de defesa pelo reclamado.

A r. sentença ora recursada acolheu os pedidos formulados na inicial e determinou ao reclamado/recorrente a proibição de contratar advogados terceirizados; a obrigatoriedade de romper os contratos celebrados com os escritórios de advocacia em curso de vigência; a contratação imediata dos candidatos aprovados no certame até atingir a posição 25, posição de um dos recorridos. Condenou também o reclamado/recorrente no pagamento de indenização por perda de chance no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para cada reclamante/recorrido, nada mencionando sobre o pedido de danos morais.

Inconformado, recorre ordinariamente o reclamado, devolvendo toda a matéria meritória.

3.a. Natureza jurídica do reclamado: submissão ao princípio da legalidade estrita ou ao princípio da reserva legal?

O reclamado, Banco do Nordeste do Brasil é pessoa jurídica de direito privado, constituída sob a forma de sociedade por ações, pertencente à Administração Indireta, sob a roupagem de sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica. Quer isto dizer que o BNB, por sua natureza híbrida, está submetido a um só tempo aos princípios e normas que regem a administração pública, inscritos no art. 37 e aos princípios e às normas aplicáveis às empresas privadas, conforme disposto no art. 173, §1º, ambos da CF.

As sociedades de economia mista controladas pelo poder público que exploram atividade econômica desenvolvem de modo ordinário atividades próprias das empresas negociais e, excepcionalmente, atividades típicas do poder estatal. Assim, nem estão completamente submetidas ao princípio da legalidade estrita, [segundo o qual somente lhe é permitido fazer aquilo que a lei expressamente determina], nem estão completamente reguladas pelo

PROCESSO N° TST-RR-2167-67.2011.5.22.0001

princípio da reserva legal, [segundo o qual lhe é lícito fazer tudo aquilo não expressamente vedado em lei]. Pertencem tais entidades a um gênero terciário, dito "híbrido" que se rege pelos dois princípios, prevalecendo o princípio da legalidade estrita ou da reserva legal, consoante o ato a ser praticado seja negocial ou ato de poder estatal. Aliás, a própria Constituição Federal afirma no art. 173, § 1º, que "a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica, de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre (...) sujeição ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (...)".

Para distinguir se em determinado ato a SEM exploradora de atividade econômica deverá obediência à reserva legal ou à legalidade estrita, basta que se analise em que condição, na prática do ato examinado, pautou sua atuação.

Não é objetivo desta Corte excluir ditas pessoas da incidência de normas de direito público que lhe são aplicáveis justamente pelo fato de serem coadjuvantes do poder estatal, pois, na esteira de Celso Antônio Bandeira de Melo, "(...) quaisquer empresas públicas e sociedades de economia mista - sejam exploradoras de atividade econômica sejam prestadoras de serviços públicos (ou responsáveis por obras públicas) -, por força da própria Constituição, veem-se colhidas por normas ali residentes que impedem a perfeita simetria de regime jurídico entre elas e a generalidade dos sujeitos de Direito Privado" (BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 27ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 64 de 4.2.2010. 2010. São Paulo: Malheiros).

Não é outra a lição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo quando afirmam que "o evidente intuito desse comando é assegurar que todas as empresas que atuam no "mercado", isto é, no domínio econômico em sentido estrito, tenham iguais condições de operação, em atenção ao postulado expresso da livre concorrência, princípio basilar da ordem econômica brasileira (art. 170, IV)" (ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente.

PROCESSO N° TST-RR-2167-67.2011.5.22.0001

DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO. 17ª edição, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2009).

Estabelecido que o regime das sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica é de direito privado com incursões no regime de direito público, trazidas pela própria Carta Magna, tem-se que seus diretores possuem ao mesmo tempo poderes de gestão próprios das empresas privadas, e poderes administrativos típicos dos entes públicos de tal sorte que cabe aos diretores administrá-las procurando operacionalizar suas atividades no sentido de viabilizar a concorrência com as empresas privadas que prestem a mesma atividade, sem descuidar, não é demais afirmar, da atenção aos princípios públicos.

Dentre as disposições de direito público aplicáveis às sociedades de economia mista, estão os princípios inscritos no art. 37, CF, aplicáveis à Administração Pública, dentre eles o princípio do concurso público, e a submissão ao controle externo pelo Tribunal de Contas da União.

3.b. Natureza da atividade advocatícia no âmbito do BNB: atividade-meio ou atividade finalística?

Cumprir analisar como parte da tese inicial e defensiva, a natureza das atividades advocatícias no âmbito do Banco do Nordeste do Brasil, pois tal circunstância é decisiva para que se possa definir se a dita "terceirização das atividades advocatícias" respectiva é legal ou ilegal.

Para os recorridos, a atividade advocatícia é indispensável ao funcionamento do órgão e corresponde à atividade finalística cuja terceirização é ilegal e viola o princípio do acesso aos cargos públicos por concurso. Para o recorrente, a atividade desenvolvida pelos advogados empregados se insere na atividade finalística enquanto a atividade desenvolvida pelos terceirizados constitui-se em atividade-meio. Como distinguir a atividade finalística da atividade intermediária no âmbito da empresa?

Simple. Será finalística a atividade principal do empreendedor, quando for realizada de modo permanente e corresponda ao seu objetivo final. As atividades de apoio, que não as que constituem a razão de ser do empreendedor, ainda que indispensáveis à realização da atividade finalística, serão, por exclusão, consideradas atividades intermediárias. Logo, é o

PROCESSO N° TST-RR-2167-67.2011.5.22.0001

critério da essencialidade/finalidade que define se a atividade empresarial é finalística ou intermediária na atuação do empreendedor. O recorrente é um banco de fomento, dedica-se à atividade bancária, consistente na realização de transações financeiras [empréstimos] visando retribuição financeira [lucro].

Assim, a atividade advocatícia de cobrança judicial de ativos financeiros junto a devedores inadimplentes, serve de suporte, mas não se confunde com a atividade principal do recorrente. Logo, configura atividade intermediária.

De uma simples leitura do art. 5º da Lei nº 1.649/52, observa-se que os serviços de advocacia prestados para patrocínio de ações judiciais e acompanhamento de cobranças e execuções judiciais caracterizam-se como atividades intermediárias, vez que sua atividade-fim é o empréstimo de recursos para financiamento de atividades econômicas em geral, devendo-se concluir que, apesar de necessária, não se confunde com a atividade-fim desenvolvida por este último.

3.c. As atribuições dos advogados empregados são as mesmas dos advogados terceirizados?

Cumpra também analisar, como proposto no recurso, a distinção ou similitude entre as atribuições dos advogados empregados e os ditos "terceirizados".

A tese da parte recorrida diz que ambos exercem no âmbito da empresa as mesmas atribuições. A tese do recorrente, ao contrário, sustenta serem distintas as atribuições dos profissionais envolvidos.

Incumbe aos advogados selecionados por concurso, dentre as atribuições funcionais descritas no Plano de Cargos, em sua relação com os ditos "terceirizados", a defesa dos interesses primários do banco, o que compreende, não somente acompanhar a realização de acordos e a renegociação de dívidas [item 1] mas também avaliar a qualidade dos trabalhos [item 10] e prestar orientação técnica [item 19] referentes a processos judiciais patrocinados por advogados e sociedade de advogados contratados.

PROCESSO N° TST-RR-2167-67.2011.5.22.0001

Consta também como fato inconteste que as atribuições dos advogados não empregados correspondem apenas à proposição e acompanhamento de ações de cobrança e execução judicial contra devedores inadimplentes.

Inexistem evidências de que as atribuições descritas não correspondam aos fatos, donde concluir-se que as atribuições dos advogados empregados são mais abrangentes e importantes que as atribuições dos advogados terceirizados, cabendo inclusive àqueles a supervisão do trabalho destes últimos, como demonstrado.

Assim, as atribuições dos advogados pertencentes ao quadro efetivo diferem em qualidade, importância, essencialidade e enfoque, daquelas desempenhadas pelos advogados não empregados. Conclusivamente, não executam as mesmas atribuições junto ao recorrente.

3.d. A contratação de terceirizados via procedimento licitatório é legal ou ilegal?

Ora, é cediço que a terceirização é lícita quando objetiva a contratação de pessoal para desenvolvimento de atividade-meio. Assim já decidiu inclusive o C. TST, oportunidade em que sumulou a matéria no verbete jurisprudencial 331, especificamente no item III.

Vista desta ótica, a atribuição a terceiros, diretamente ou através de empresa interposta, de serviços não essenciais, conhecida como "terceirização", via procedimento licitatório não somente não encontra óbice legal, como é a modalidade de contratação obrigatória para este tipo de contratação, já que o recorrente pertence à Administração Pública Indireta da União.

Observe-se que os escritórios de advocacia foram contratados para recuperação judicial dos créditos do banco quando muitos já estavam quase prescritos, atendendo a uma determinação do Tribunal de Contas da União, órgão que, como dito alhures, controla externamente o recorrente, detentor da qualidade de sociedade de economia mista, participante da Administração Indireta da União.

A atitude do reclamado/recorrente, é bom que se diga, está em consonância com os princípios da Administração Pública. É o que se passa a demonstrar.

PROCESSO N° TST-RR-2167-67.2011.5.22.0001

O reclamado/recorrente contratou advogados terceirizados para assumir os processos de recuperação judicial de seus créditos, muitos quase prescritos, os quais utilizam a estrutura de seus próprios escritórios e custeiam o deslocamento até as cidades mais longínquas, onde muitas vezes não há representação do reclamado, permanecendo, inclusive, responsáveis pelo acompanhamento das ações mesmo após a expiração do prazo de vigência dos contratos celebrados em decorrência dos procedimentos licitatórios em troca apenas dos honorários sucumbenciais, tornando evidente o respeito aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência, além da própria legalidade.

3.e. Há desvio da finalidade [burla ao princípio do concurso público] na realização do concurso para cadastro de reserva?

No caso do reclamado, as contratações por concurso público e por procedimento licitatório convivem em harmonia, os terceirizados são contratados [via licitação] para atividades de recuperação judicial enquanto os advogados-empregados são contratados [via concurso público] para atividades ligadas à atividade-fim do reclamado, vez que consistem em assessoramento em questões de valores vultosos, além de fiscalizar o desempenho das atividades dos primeiros.

Não houve, pois, burla ao princípio do concurso público porque, para caracterizá-la, é necessária a comprovação da vontade do reclamado em não nomear os candidatos aprovados, o que não ocorreu no caso porque à medida que surgem vagas os candidatos aprovados estão sendo nomeados, como resta demonstrado nos autos.

Não restou igualmente demonstrado o alegado desvio de finalidade na contratação de terceirizados. Não há uma só mácula no procedimento. Na espécie, o reclamado está adstrito ao princípio do concurso público, porém, quando existem vagas para preencher, o que não ocorre no caso. Em não tendo havido burla ou desvio de finalidade, e, estando o concurso em prazo de vigência, já tendo sido chamados vários candidatos aprovados e respeitada a ordem classificatória, nenhum direito subjetivo à contratação imediata pode ser reconhecido neste momento aos candidatos postulantes. Não se pode, sob o manto da "terceirização ilegal", incorrer no caso,

PROCESSO N° TST-RR-2167-67.2011.5.22.0001

"converter" contratos administrativos em contratos de trabalho, criando, indiretamente, vagas onde elas ainda não existem.

3.f. Há limitações legais ou administrativas ao poder de contratar pessoal efetivo no âmbito do BNB?

Segundo tese recursal, o reclamado possui limitações legais ao poder de contratar pessoal efetivo, pois está submetido a regras instituída por seu órgão controlador do executivo federal, no caso o DEST/MPOG.

Evidentemente que, sendo o recorrente/reclamado um ente integrante da administração pública federal indireta, nos seus atos de império, na manifestação da vontade estatal, submete-se ao princípio da legalidade estrita, por esta razão não tem poderes de decisão quanto ao quantitativo da força de trabalho, estando submetido aos órgãos de controle do acionista majoritário, a União. Assim, na visão desta Relatora, não pode o recorrente nomear para cargos cuja existência jurídica ainda não lhe foi autorizada. Não se pode esquecer que os cargos a serem preenchidos são públicos, e como tais, a criação e extinção não está inserida no poder de gestão da diretoria, senão quando autorizada pelo acionista majoritário, o que não se verifica na hipótese.

3.g. A decisão que proíbe contratar e determina a ruptura imediata dos contratos administrativos com terceirizados causa prejuízos ao recorrido?

Consoante tese recursal, a decisão recorrida lhe ocasiona prejuízos diretos e indiretos, além de lesionar direito de terceiros que não integram a relação processual.

Quanto aos prejuízos a serem suportados, quer pelo recorrente quer por terceiros, a discussão possui conteúdo metajurídico, restando de pouca ou nenhuma importância para o deslinde da controvérsia. O efeito da decisão que contraria a pretensão da parte não integra o conteúdo preliminar ou meritório e não pode servir de fundamento ao eventual acolhimento ou rejeição das pretensões deduzidas.

3.h. Para as Sociedades de Economia Mistas da União, há proibição ou possibilidade legal de terceirizar na atividade advocatícia, ainda que parcialmente?

PROCESSO N° TST-RR-2167-67.2011.5.22.0001

Conforme já descrito nos itens precedentes, no entendimento da relatoria, não há proibição de terceirizar na atividade advocatícia não essencial, quer diretamente, quer por interposta pessoa. Assim, merece reforma a decisão recorrida para julgar improcedentes todos os pedidos descritos na inicial.

Todavia, prevaleceu na sessão de julgamento a posição defendida pelos demais membros votantes da 1ª. Turma, no sentido de que a sentença de primeiro grau deve ser mantida no tocante à condenação do banco em contratar imediatamente os recorridos, posição esta que vem ratificar a decisão proferida na Ação Cautelar já referenciada no corpo do relatório.

A tese vencedora amparou-se nos seguintes argumentos:

"O concurso público é conquista democrática, republicana e moralizadora de acesso aos cargos e empregos públicos, cuja concretização não se subordina exclusivamente à conveniência dos poderes institucionalizados, haja vista a existência de um sistema constitucional destinado a garantir sua força normativa (CF, art. 37, I, II, III e IV).

Acerca da força normativa do princípio do concurso público, considera-se que o direito subjetivo à nomeação impõe limites à atuação da Administração Pública, exigindo que ela cumpra as normas que regem os certames, em especial os deveres de boa-fé e o respeito à confiança que os cidadãos nela depositam ao se inscreverem em concurso público. Resta fortalecido o princípio constitucional do concurso público quando as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio são asseguradas e observadas pelo Poder Público, aí incluído o direito à nomeação, que representa, ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público. (RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENTA VOL-02599-03 PP-00314).

Nesse sentido e objetivando conferir efetividade ao princípio do concurso, a jurisprudência tem se firmado reconhecendo a existência de direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados em concurso público quando:

PROCESSO N° TST-RR-2167-67.2011.5.22.0001

i) Há candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital e a Administração não nomeia o candidato dentro do prazo de validade do concurso, optando por realizar novo concurso público;

II) Ocorre nomeação de candidato em detrimento de outro melhor classificado;

III) Há candidato aprovado em concurso público para certo cargo e a Administração nomeia para esse cargo alguém não aprovado para aquele mesmo cargo;

IV) Há candidato aprovado em concurso público com prazo de validade não expirado e a Administração realiza novo concurso para o mesmo cargo, nomeando candidato aprovado no último concurso antes de nomear todos os aprovados no concurso anterior que ainda se encontra vigente;

V) Há cadastro de reserva para preenchimento de vaga que venha a surgir durante o prazo de validade do concurso e, surgindo a vaga, a Administração não nomeia o candidato;

VI) Há candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital, formando assim cadastro de reserva, e a Administração contrata terceirizados para desempenhar atividades que poderiam e deveriam ser realizadas pelos concursados, deixando patente, dessa forma, senão a existência numérica de vaga, mas ao menos a necessidade do serviço.

A última situação é a dos autos, porquanto os recorridos lograram êxito em concurso realizado pelo recorrente para ocupar vagas de emprego na função de advogado, integrando o cadastro de reserva, e durante o prazo de validade do concurso o recorrente contratou advogados sob a forma de terceirização.

Assim, ao terceirizar serviços advocatícios de natureza permanente que bem podem e devem ser realizados por advogados concursados, tanto que se insere entre suas atribuições a atuação na esfera judicial com vistas a salvaguardar o patrimônio do recorrente (p. 449), o Banco do Nordeste demonstra que há necessidade de serviço, devendo, pois, contratar advogados sob o regime de emprego e não sob a forma de terceirização.

Portanto, a contratação dos recorridos é medida que se impõe, ainda que figurem apenas no cadastro de reserva, sendo ônus do recorrente a

PROCESSO N° TST-RR-2167-67.2011.5.22.0001

demonstração do quantitativo de pessoal necessário para suprir a necessidade de contratação de pessoal terceirizado, pois diante da constatação da ilicitude da terceirização, resta incontroversa a necessidade de nomeação de concursados. Com efeito, no caso, a preterição se dá em razão da contratação de terceirizados e não há como se aferir a quantidade precisa de advogados que se encontram trabalhando para o Banco em substituição aos aprovados. De todo modo, há a informação de que, no Estado do Piauí, foram contratados advogados/escritórios de advocacia para atuar em 17 agências, presumindo-se que foram ocupados por terceirizados, no mínimo, 17 postos de trabalho. O edital não prevê o número de vagas, indicando apenas que o concurso visa à formação de "cadastro de reserva para atendimento às demandas de provimento de vagas que venham a surgir nos quadros do BNB, para os cargos elencados, durante o prazo de validade do concurso" (p. 76). É incontroverso que foram convocados 11 candidatos, dos quais nove foram contratados e que os recorridos encontram-se classificados nas 22ª e 25ª posições, de onde se infere que não fosse a contratação de terceirizados, os recorridos já deveriam ter sido contratados.

Por fim, impende registrar que a jurisprudência é pacífica ao considerar que não se configura preterição quando se procede à nomeação de candidato em cumprimento a decisão judicial. Da mesma forma, configura a presunção de existência de disponibilidade orçamentária quando ocorre a preterição da ordem de classificação em razão da contratação temporária, como na espécie. Nesse sentido, a decisão do STF no SS-AgR 4189, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 13.8.2010."

Portanto, mantém-se a sentença na parte que determina a convocação/contratação imediata dos recorridos. (...)" (Desembargadora Relatora Enedina Maria Gomes dos Santos).

3.1. Pedido subsidiário - indenização por perda de chance

Por fim, o reclamado demonstra seu inconformismo com a condenação ao pagamento de indenização pela perda de uma chance (...)

A sentença condenou o reclamado a nomear os reclamantes e a pagar-lhes indenização pela perda de uma chance no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para cada um deles.

PROCESSO N° TST-RR-2167-67.2011.5.22.0001

Ora, o pedido subsidiário somente é deferido se o reclamante não logrou êxito no pedido principal e o pedido subsidiário, devendo ser excluída da condenação a indenização pela perda de uma chance. (grifos no original e apostos)

Nas razões do recurso de revista, o BNB indica violação dos arts. 2º, 5º, XXXVI, 37, II e IX, e 173, § 1º, II, todos da Constituição Federal, e transcreve arestos para demonstrar divergência de teses. Reitera as alegações veiculadas, reiterando "existir nítida diferenciação entre as atribuições dos advogados empregados e das sociedades contratadas, e que se demonstrou não haver impedimento para a convocação dos concursados." (fls. 2305-2369).

Merece conhecimento o apelo, sob o ângulo da divergência jurisprudencial.

Com efeito, o aresto oriundo do TRT da 7ª Região (fls. 2357-2363), erigido em causa envolvendo o mesmo Banco do Nordeste, reflete entendimento dissonante do acórdão ora recorrido, no sentido da possibilidade de contratação, mediante terceirização, para a prestação de serviços especializados de advocacia, mesmo havendo lista de candidatos aprovados em concurso público para cadastro de reserva.

Razão pela qual **CONHEÇO** do recurso de revista, com arrimo na alínea "a" do art. 896 da CLT.

2. MÉRITO**CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS DE ADVOCACIA. TERCEIRIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE**

Na reclamação trabalhista, os reclamantes, Juciano Marcos da Cunha Monte e Francisca Maia Barbosa Cardoso, pleitearam a contratação para o cargo em que foram aprovados por meio de concurso

PROCESSO N° TST-RR-2167-67.2011.5.22.0001

público, bem como a rescisão dos contratos de terceirização de serviços de advocacia, firmados pelo Banco do Nordeste no estado do Piauí.

Mediante a sentença, foram julgados parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, para condenar o Banco do Nordeste do Brasil a: 1 - pagar aos reclamantes, individualmente, indenização por perda de uma chance no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais); 2 - abster-se de contratar serviços terceirizados de advocacia no Estado do Piauí; e 3 - providenciar a rescisão dos contratos de prestação de serviço de advocacia, bem como a imediata contratação dos aprovados no certame público.

O Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região deu provimento parcial ao recurso ordinário interposto pelo Banco reclamado, para excluir da condenação todas as cominações constantes da sentença, exceto a de convocação e contratação imediata dos reclamantes. Adotou entendimento segundo o qual "é incontroverso que foram convocados 11 candidatos, dos quais nove foram contratados e que os recorridos encontram-se classificados nas 22ª e 25ª posições, de onde se infere que não fosse a contratação de terceirizados, os recorridos já deveriam ter sido contratados".

A questão alusiva à preterição é estritamente jurídica, e não fática. Incólume a literalidade dos arts. 2º, 5º, XXXVI, 37, II e IX, e 173, § 1º, II, da Constituição Federal.

De acordo com a Súmula nº 15 do Supremo Tribunal Federal, aprovada na Sessão Plenária de 13/12/1963, a aprovação em concurso público, por si só, não gera direito à nomeação, constituindo mera expectativa de direito.

Entretanto, havendo nomeação de outros candidatos não aprovados, ou o preenchimento de vaga, sem observância da ordem de classificação, fica caracterizada a preterição de candidatos aprovados, impondo-se o reconhecimento do direito à nomeação para o cargo público vago, ou para aqueles que vierem a vagar no prazo de validade do concurso, bem assim para a contratação, quando se tratar de emprego público.

Assim preconiza a Súmula nº 15 do Supremo Tribunal Federal:

PROCESSO N° TST-RR-2167-67.2011.5.22.0001

Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

O posicionamento que ensejou a edição da referida Súmula, desde 1963, vem sendo aprimorado no âmbito do Excelso Pretório, haja vista as peculiaridades das situações modernas, relativas ao tema concurso público, que têm aportado naquela Corte, ensejando novas reflexões, inclusive quanto ao direito subjetivo à nomeação, quando reconhecida a existência de cargos vagos. Nesse sentido, observem-se os seguintes precedentes do STF:

EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PRAZO DE VALIDADE. EXISTÊNCIA DE VAGAS. CANDIDATOS APROVADOS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. ACÓRDÃO RECORRIDO DISPONIBILIZADO EM 28.4.2008. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso. Reconhecida pela Corte de origem a existência de cargos vagos e de candidatos aprovados, surge o direito à nomeação. Agravo regimental conhecido e não provido. (AI 728699 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG. 31-07-2013 PUBLIC. 01-08-2013) ;

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Concurso público. Nomeação de servidores temporários. Preterição de candidata aprovada em concurso vigente. Direito à nomeação. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte é no sentido de que, havendo aprovados em concurso público ainda vigente, configura preterição na ordem de nomeação a contratação temporária de pessoal para o exercício das atribuições destinadas aos aprovados no certame. 2. Agravo regimental não provido. (ARE 659921 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira

PROCESSO N° TST-RR-2167-67.2011.5.22.0001

Turma, julgado em 28/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG. 08-08-2013 PUBLIC. 09-08-2013) ;

EMENTA: DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO DE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE VAGAS PARA CARGO PÚBLICO COM LISTA DE APROVADOS EM CONCURSO VIGENTE: DIREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA DE DIREITO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO EM PROVER CARGOS VAGOS: NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. ARTIGOS 37, INCISOS II E IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso. 2. A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (RE 227480/RJ, Relator Ministro Menezes Direito, Relator p/Acórdão: Ministra Cármen Lúcia, DJe 20/8/2009) .

O Superior Tribunal de Justiça igualmente tem adotado posicionamento no sentido de que a aprovação do candidato, ainda que fora do número de vagas disponíveis no edital do concurso, confere direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo, se a Administração Pública manifesta, por ato inequívoco, a necessidade do preenchimento de novas vagas. Nesse norte, o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. ABERTURA DE NOVAS VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXPECTATIVA DE DIREITO QUE SE CONVOLA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. O STJ adota o entendimento de que a mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público (fora do número de vagas)

PROCESSO N° TST-RR-2167-67.2011.5.22.0001

convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.

2. Agravo Regimental não provido. (AgRg no RMS 36.831/MA, Rel. Ministro Herman Benjamin, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 15/06/2012).

Na mesma linha de raciocínio, a terceirização de serviços, que se insere no rol de competências de cargo ou emprego público objeto de concurso realizado, para o qual há candidatos aprovados constantes de cadastro de reserva, evidencia a necessidade da nomeação dos aprovados, na hipótese de existência de cargo público vago ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso, ou, ainda, o preenchimento das vagas com a contratação, no caso de emprego público. Sobretudo quando restar incontroverso que, não fosse a contratação de terceirizados, os aprovados já deveriam ter sido contratados, tendo em vista a posição alcançada na ordem de classificação do concurso.

A Primeira Turma desta Corte Trabalhista já se posicionou em caso semelhante. Senão, vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO. CARGO OCUPADO PELO IMPETRANTE NA CONDIÇÃO DE TERCEIRIZADO. DIREITO À NOMEAÇÃO. 1. Trata-se de hipótese em que restou incontroverso que o impetrante do mandado de segurança foi aprovado em concurso público, nos moldes preconizados pelo art. 37, II, da Lei Maior. 2. A Corte Regional concluiu que não há falar em cadastro reserva, quando o ente público mantém em seu quadro, no prazo de validade do concurso, terceirizados no lugar de concursados, enfatizando que a vaga a ser preenchida pelo impetrante estava sendo ocupada, de forma terceirizada, por ele mesmo. Aferiu, então, que o direito à nomeação era inconteste, no caso de preterição, fundamentando-se na Súmula n° 15 do STF. 3. Nesse contexto, a decisão que assegura o direito à nomeação não viola o art. 37, -caput-, da Constituição Federal, por ser proferida em observância aos

PROCESSO N° TST-RR-2167-67.2011.5.22.0001

princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência e da isonomia. A transcrição de aresto oriundo de Tribunal de Justiça resulta inservível ao cotejo de teses, por restar em desacordo com o art. 896, -a-, da CLT. Decisão agravada que se mantém. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 48340-29.2006.5.02.0019, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 14/09/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: 23/09/2011).

A Oitava Turma desta Corte também já se posicionou no mesmo sentido, em processo envolvendo a mesma reclamada. Consta do acórdão:

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À CONTRATAÇÃO. A Justiça do Trabalho é competente para conhecer e julgar pedido relacionado a período pré-contratual, decorrente da não convocação de aprovados em concurso público realizado por sociedade de economia mista. Precedentes. 2. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO RESERVA. CONTRATAÇÃO DE TERCEIRIZADOS EM DETRIMENTO DOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À CONTRATAÇÃO. Conquanto seja lícita, em determinadas hipóteses, a terceirização na Administração Pública, é indubitável que, *in casu*, as contratações de advogados terceirizados ocorreram em detrimento da admissão de candidatos aprovados no concurso público, sobretudo porque ocorreram no prazo de vigência do concurso. A contratação do serviço terceirizado corrobora a necessidade dos serviços e, via de consequência, a necessidade da nomeação dos aprovados. Agravo não provido. (Ag-AIRR-2600-23.2011.5.13.0001, Relatora Juíza Convocada: Maria Laura Franco Lima de Faria, Data de Julgamento: 12/12/2012, 8ª Turma, Data de Publicação: 14/12/2012).

Logo, em observância aos princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência, o direito à nomeação é assegurado no caso de preterição decorrente de contratação de serviços especializados de

PROCESSO N° TST-RR-2167-67.2011.5.22.0001

advocacia, mediante terceirização ocorrida no prazo de vigência de concurso público, em detrimento da admissão de candidatos aprovados para o emprego de advogado, que estão aguardando em cadastro de reserva.

Fundamentos pelos quais **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de revista.

Registre-se, nos termos do art. 808, III, do CPC, que fica extinta a ação cautelar, devendo ser apensada aos presentes autos (CPC, art. 809).

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar o julgamento do recurso de revista. Acordam, ainda, por unanimidade, julgando o recurso de revista, na forma do art. 897, § 7º, da CLT, dele conhecer, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento. Nos termos do art. 808, III, do CPC, fica extinta a ação cautelar, devendo ser apensada aos presentes autos.

Brasília, 16 de outubro de 2013.

Firmado por assinatura digital (Lei nº 11.419/2006)

WALMIR OLIVEIRA DA COSTA

Ministro Relator