



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

A C Ó R D ã O

(7ª Turma)

GMDAR/HPM/

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTERIORMENTE À LEI 13.015/2014. 1. COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO REALIZADO PELO BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A. - BNB. CADASTRO DE RESERVA. FASE PRÉ-CONTRATUAL. Na forma do art. 114, I, da CF, cabe à Justiça do Trabalho processar e julgar todos os conflitos vinculados às relações de trabalho, inclusive quando envolvidos fatos ocorridos em fases antecedentes à celebração desses vínculos. Relevante para a fixação da competência, segundo a dicção constitucional, é que o vínculo laboral seja a causa próxima ou remota do dissenso instaurado, sendo essa a razão que tem levado a Justiça do Trabalho a examinar dissídios que envolvam questões pré-contratuais ou mesmo disputas por eventos havidos após o fim desses negócios jurídicos. Discutindo-se, na espécie, o direito subjetivo do Reclamante à contratação, após regular aprovação em concurso público para o cargo de advogado de empresa pública federal, não há como afastar a atuação da jurisdição especializada (art. 114, I, da CF). Incólume o artigo 114 da Constituição Federal. **Recurso de revista não conhecido. 2. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PARA ADVOGADO. ATIVIDADE PREDOMINANTEMENTE CONSULTIVA. CADASTRO DE RESERVA. CONTRATAÇÃO TERCEIRIZADA DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA, POR MEIO DE LICITAÇÃO, PARA ATIVIDADES DE SERVIÇO JURÍDICO CONTENCIOSO. AUSÊNCIA DE PRETERIÇÃO DO CANDIDATO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. 2.1.** A Corte Regional considerou incontroversa nos autos a



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

realização de concurso público para formação de cadastro de reserva com vistas ao preenchimento do cargo de **Especialista Técnico 1 - Advogado**. O Tribunal Regional também considerou incontroversa a manutenção simultânea de licitação, objetivando a contratação de escritórios de advocacia para prestação de serviços de apoio contencioso. Ao julgar o recurso ordinário, a Corte Regional manteve a sentença em que se considerou tipificada hipótese de terceirização ilícita de atividade prevista no Edital para a contratação de advogado. 2.2. Nas razões do recurso de revista, o Banco sustenta a licitude da contratação de escritórios de advocacia para a finalidade específica de acompanhamento judicial contencioso, procedimento considerado legal pelo Tribunal de Contas da União. Indica ofensa aos artigos 1º, IV, 2º, 5º, XXXVI, LIV e LV, 37, caput, I, II, IX, 48, X, 61, §1º, II, "d", 132, 169 § 1º e 173, §1º, I e II, todos da CF. 2.3. Da motivação inscrita no acórdão regional, verifica-se que inexistiu superposição de objetos licitados por concurso público e para a contratação de escritórios de advocacia. Com efeito, as atividades previstas no **Edital de Concorrência 118/2009** são voltadas à **prestação de serviços jurídicos específicos, em âmbito contencioso**, quais sejam: patrocínio de demandas judiciais; ajuizamento de ações; elaboração de petições; elaboração e apresentação de defesas e réplicas; interposição de recursos; comparecimento a audiências; apresentação de memoriais; sustentação oral; habilitação de crédito; impugnações; protestos pela preferência e pelo remanescente; dentre outros atos que decorram das causas cuja



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

condução lhes for confiada, sempre que o Banco do Nordeste solicitar ou autorizar (acórdão regional - fl.763). Por seu turno, as atividades previstas no Edital 01/2010 são voltadas à prestação de serviços jurídicos na esfera consultiva, consistentes na prestação de serviços jurídicos para a defesa de direitos e interesses do Banco nas esferas judicial e administrativa, mas por meio de assessoramento legislativo, prestação de assessoria técnica e consultoria jurídica. Embora ambas as atividades, em sentido amplo, consistam na defesa dos direitos e interesses do Recorrente, os advogados contratados por meio de escritórios que participaram de licitação defendem o Banco na esfera estritamente judicial, contenciosa, ao passo que a atuação dos advogados recrutados por meio do concurso público em exame se dá na esfera estritamente consultiva, “mediante assessoramento legislativo, prestação de assessoria técnica e consultoria jurídica” (acórdão regional - fl.763). Nesse sentido, não se cogita de terceirização ilícita de atividades para as quais foram selecionados, por concurso público, profissionais da advocacia, não se divisando ofensa ao direito subjetivo afirmado pelo Autor ou ofensa ao art. 37, II, da CF. Ao revés, a imposição de contratação, em razão da realização de licitação com objeto diverso, denota afronta aos artigos 37, caput e inciso II, e 173, § 1º, I e II, da Constituição Federal. **Recurso de revista conhecido e provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-745-64.2012.5.06.0002**, em que é Recorrente **BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A. - BNB** e Recorrido [REDACTED].



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

O Tribunal Regional da 6ª Região, por meio do acórdão às fls. 735/791, negou provimento ao recurso ordinário do Banco Reclamado, confirmando a sentença que determinou a imediata contratação do Reclamante, em antecipação de tutela, sob pena de multa diária.

Inconformado, o Reclamado interpõe recurso de revista, às fls. 797/945, com respaldo no art. 896, "a" e "c", da CLT. Insurge-se quanto ao reconhecimento da ilicitude da terceirização de serviços de advocacia protagonizada pelo Banco-reclamado, que estaria supostamente em detrimento da contratação de advogados aprovados no concurso público para formação de cadastro reserva.

Foram apresentadas contrarrazões a fls. 1009/1091.

O Recorrente ajuizou ação cautelar às fls. 1407/1473, com pedido de efeito suspensivo ao recurso de revista. Liminar concedida às fls.2585/2587. Ação Cautelar julgada procedente por esta Turma do TST, às fls.2803/2806.

Ausente parecer do Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83 do RITST.

É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, passo à análise dos pressupostos recursais intrínsecos.

1.1. COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

O BNB sustenta a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho em razão da matéria. Argumenta que a discussão se circunscreve à contratação civil realizada por empresa pública, por meio de licitação, e que a contratação de candidato aprovado não sofreu preterição, por se tratar de expectativa de direito.



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

Afirma que não existe relação de emprego, mas, somente, expectativa de contratação de aprovado em concurso público, para suprimimento de cadastro reserva. Aduz que a competência para análise da matéria relativa a questões pré-contratuais, no caso, seria da Justiça Comum.

Aponta ofensa ao artigo 114, da Constituição Federal, sem mencionar qual inciso restaria supostamente ofendido.

Transcreve arestos para confronto de teses.

Eis a decisão recorrida:

Da preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho

Suscita a recorrente preliminar de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para processar e julgar a presente reclamação trabalhista, sob o argumento de que as questões submetidas a julgamento, quais sejam, suposta ilegalidade da contratação de escritório de advocacia e preterição de candidato aprovado em concurso público, não são oriundas da relação de trabalho e assim não cabe à Justiça do Trabalho a apreciação dessas matérias.

Quanto ao tema, assim se manifestou o MM. juízo a quo:

“A expressão relação de trabalho, prevista no art. 114 da Constituição da República, deve compreender as perspectivas pré-contratual, pós-contratual e contratual propriamente dita. Neste caso concreto, os pleitos trazidos à tutela jurisdicional dizem respeito exatamente ao período pré-contratual - sendo oriundos, portanto, da relação de trabalho que pretende concretizar com a parte demandada (art. 114, I, CF/88).

Nesse sentido, expôs o Juiz do Trabalho RODOLFO PAMPLONA FILHO, no artigo “A nova competência da Justiça do Trabalho” (Revista de Direito do Trabalho RDT 121/233, jan.-mar./2006), que “(...) a regra básica da nova competência material trabalhista deve ser a da apreciação de todos os conflitos oriundos da relação de trabalho, ou seja, em que a demanda se refira necessariamente aos sujeitos da relação de trabalho, o que envolve, obviamente, a discussão sobre as condições em que esse trabalho é prestado, os danos pré e pós-contratuais etc”. Da mesma forma, leciona CAMPOS BATALHA, em “Tratado de Direito Judiciário do Trabalho” (vol. 1, 3ª Ed., Editora Ltr, SP, 1995, p. 340), que “tudo quanto se relacione com o contrato de trabalho, quer tenha havido, quer não tenha havido prestação de serviços, está sujeito à jurisdição especial, como também a fase



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

pré-contratual - as consequências do pré-contrato não cumprido (...), e a fase ultracontratual”.

Em suma, aqui se discute o direito (ou não) à contratação de candidato aprovado em certame público; ou seja, apreciar-se-á se o autor tem (ou não) direito à formação do vínculo empregatício com o BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A.

Referido entendimento, ademais, já é pacífico na jurisprudência da Corte Superior Trabalhista, conforme seguinte julgado: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 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. Agravo de Instrumento não provido. (AIRR - 564-47.2010.5.20.0001, Relatora Juíza Convocada: Maria Laura Franco Lima de Faria, Data de Julgamento: 19/09/2012, 8ª Turma, Data de Publicação: 21/09/2012).

Assim, rejeita-se a preliminar.”

E nas razões do recurso ordinário, o reclamado reitera seus fundamentos de defesa no tocante à incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para processar e julgar a presente reclamação trabalhista, acrescentando ainda que:

“(…) Eventual entendimento isolado e da Justiça do Trabalho quanto a essa matéria (que foi o caso da única decisão citada pela sentença ora vergastada para fundamentar seu indeferimento do pleito em tela), não merece guarida na medida em que o próprio Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça (órgão competente inclusive para decidir eventual conflito de competência nesse particular) já se pronunciaram recentemente (2012) e definitivamente sobre a competência da Justiça Comum e, consequentemente, a incompetência dessa Justiça Especializada para processar e julgar reclamações trabalhistas de candidatos que não foram chamados ainda para fazer parte do quadro de funcionários das Sociedades de Economia Mista”.

Pois bem.

Não obstante a tese defendida pelo réu, entendo que, com o advento da Emenda Constitucional n. 45/04, foi ampliada a competência dessa justiça especializada para processar e julgar as ações concernentes a relações de trabalho (art. 114, I, da CF). Relação de trabalho, por sua vez, é toda relação



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

jurídica que tem como objeto uma obrigação de fazer consubstanciada no labor humano. É gênero do qual a relação de emprego é espécie. Portanto, após a Emenda Constitucional n. 45/04, o mero vínculo de emprego deixou de ser requisito fundamental para competência material desta Justiça Especializada.

A competência *ratione materiae* decorre da natureza jurídica da questão controvertida que é trazida ao Poder Judiciário que, por sua vez, é fixada pelo pedido e causa de pedir. Não importa que dependa a solução da lide de questões de Direito Civil, Administrativo ou outro qualquer ramo do direito, mas sim, que decorra da relação de emprego.

E na hipótese dos autos, o pleito deduzido na petição inicial versa sobre convocação de candidato aprovado em concurso público realizado pelo BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A., entidade integrante da Administração Pública Indireta (Sociedade de Economia Mista) o qual foi realizado visando admissão futura do candidato, por meio de contrato de trabalho regido pela CLT (como expressamente previsto no Edital n. 01/2010, item 15.4 - fls. 28/66 vol. I dos autos apartados).

Embora a questão controvertida anteceda à efetiva formalização da relação de trabalho propriamente dita (o concurso publico esta relacionado entre as questões pré-contratuais), não há dúvida de que ela é de natureza trabalhista a atrair a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a presente ação.

Apreciando matéria semelhante, o Colendo TST, através da sua 4ª Turma, proferiu julgamento, figurando como relator o Excelentíssimo Ministro Milton de Moura França, em julgamento realizado no dia 09/11/2011, (Data de Publicação: 18/11/2011), no TST-RR RR - 87800-04.2009.5.07.0011, judiciosamente destacou a competência da Justiça do Trabalho 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, do qual, por pertinência, cito o seguinte trecho:

“(…) O fato de o pedido versar sobre convocação de candidato aprovado em concurso público, realizado pela Petrobras, sociedade de economia mista, questão relativa à fase pré-contratual, não retira a competência desta Justiça para examinar a lide.



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

A Emenda Constitucional 45/2004 atribuiu a esta Justiça competência para processar e julgar ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de Direito Público externo e da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A relação de trabalho, em sua constituição sistemática, divide-se em três fases distintas: Fase Pré-Contratual, Fase da Execução do Contrato e Fase Rescisória ou Pós-Contratual.

Conforme leciona Campos Batalha, "tudo quanto se relacione com o contrato de trabalho, quer tenha havido, quer não tenha havido prestação de serviços, está sujeito à jurisdição especial, como também a fase pré-contratual - as conseqüências do pré-contrato não cumprido - (p. ex., empregados contratados no exterior que não são admitidos a emprego quando chegados ao País), e a fase ultracontratual (p. ex., complementação de aposentadoria e hipóteses análogas." [in Tratado de Direito Judiciário do Trabalho, vol. I, 3ª Ed., Editora Ltr, SP, 1995, p. 340].

Trata-se de situações que, embora antecedentes ou posteriores à efetiva formalização do contrato de emprego ou da relação de trabalho propriamente dita, geram efeitos jurídicos (art. 422 do Código Civil), daí por que, ainda que haja envolvimento do ato administrativo (concurso público), tal ocorrência não transmuda a natureza trabalhista do litígio.

Some-se, ao exposto, que o Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Min. Sepúlveda Pertence, já decidiu:

"... para saber se a lide decorre da relação de trabalho não, tenho como decisivo, data venia, que a sua composição judicial penda ou não de solução de temas jurídicos de direito comum, e não, especificamente, de direito do trabalho. O fundamental é que a relação jurídica alegada como suporte do pedido esteja vinculada, como efeito à causa, à relação empregatícia, como me parece inquestionável que se passa aqui, não obstante o seu conteúdo específico seja o de uma promessa de venda, instituído de direito civil". (AC.STF - Pleno - MV - conflito de jurisdição n.º 6.959-6 - j. 23/5/90 - Suscte. Juiz de Direito da 1ª Vara cível de Brasília; Susdo. Tribunal Superior do Trabalho - DJU 22/9/91, p. 1259)

Logo, considerando que a admissão futura do candidato é de ser regida pela CLT, a competência para exame do feito é atribuída a Justiça do Trabalho.(...)"

O acórdão acima citado teve a seguinte ementa:

**"COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO -
CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO -
FASE PRÉ-CONTRATUAL. O fato de o pedido versar sobre**



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

convocação de candidato aprovado em concurso público, realizado pela Petrobras, sociedade de economia mista, questão relativa à fase pré-contratual, não retira a legitimidade desta Justiça para examiná-lo. A Emenda Constitucional 45/2004 atribuiu a esta Justiça competência para processar e julgar ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A relação de trabalho, em sua constituição sistemática, divide-se em três fases distintas: Fase Pré-Contratual, Fase da Execução do Contrato e Fase Rescisória ou Pós- Contratual. Conforme leciona Campos Batalha, "tudo quanto se relacione com o contrato de trabalho, quer tenha havido, quer não tenha havido prestação de serviços, está sujeito à jurisdição especial, como também a fase pré-contratual - as consequências do pré-contrato não cumprido - (p. ex., empregados contratados no exterior que não são admitidos a emprego quando chegados ao País), e a fase ultracontratual (p. ex., complementação de aposentadoria e hipóteses análogas)." (in Tratado de Direito Judiciário do Trabalho, vol. I, 3ª Ed., Editora Ltr, SP, 1995, p. 340). Trata-se de situações que, embora antecedentes ou posteriores à efetiva formalização do contrato de emprego ou da relação de trabalho propriamente dita, geram efeitos jurídicos (art. 422 do Código Civil), daí por que, ainda que digam respeito a ato administrativo, não transmudam a natureza trabalhista do litígio. Nesse contexto, e considerando que a relação futura do candidato será regida pela CLT, não se mostra razoável atribuir à Justiça comum competência para exame do feito. Intactos, pois, os artigos 114 da Constituição Federal e 113, § 2º, do CPC. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR - 87800-04.2009.5.07.0011, Data de Julgamento: 09/11/2011, Rel. Min. Milton de Moura França, 4ª Turma, DEJT 18/11/2011).

Frise-se que, ao contrário do que alega o recorrente, não se trata de entendimento isolado da Justiça do Trabalho, pois outras ações foram decididas pelo Colendo TST no mesmo sentido, conforme ementas:

(...)

Por outro lado, os julgados mencionados pelo recorrente do provenientes do Excelso Supremo Tribunal Federal e do Colendo Superior Tribunal de Justiça, acerca da competência da Justiça Comum, não possuem efeito vinculante, pois se tratam de decisões turmárias cujos efeitos de restringem aos processos ali julgados. Também o fato de que reclamações trabalhistas ajuizadas por outros candidatos aprovados com classificação



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

superior à do recorrido já foram devidamente remetidas à Justiça Comum, em face do acolhimento da preliminar de incompetência da Justiça Especializada, não tem o condão de transmudar a natureza trabalhista do litígio.

Logo, em face do disposto no art. 114, da Constituição Federal e da jurisprudência iterativa e atual do C. TST, é competente a Justiça do Trabalho para processar e julgar questão que envolve período pré-contratual, concernente à não-convocação de aprovados em concurso público realizado por entidade integrante da Administração Pública Indireta (Sociedade de Economia Mista), uma vez que a admissão futura do candidato será regida pela CLT.

Considerando-se que a r. sentença revisanda decidiu escorreitamente a questão da competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar esta demanda, não há que se falar em declaração de nulidade dos atos decisórios (CPC, art. 113, § 2º).

Não há, portanto, qualquer violação às normas apontadas pelo recorrente (art. 114 da Constituição Federal e art. 113, § 2º, do CPC).

Rejeito, pois, a preliminar supra.

(fls. 745/757)

O Recorrente não se conforma, sustentando que as questões decididas não competem à Justiça do Trabalho, por não decorrerem de uma relação de trabalho constituída, consoante arestos do STF e STJ, que colaciona às fls.801/803 e do próprio 6º Regional, à fl.805.

Aponta ofensa ao artigo 114 da CF, sem mencionar qual inciso restaria supostamente ofendido.

Ao exame.

De plano, o recurso de revista não se processa por divergência jurisprudencial, na medida em que os arestos do STF, STJ e do próprio Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, não autorizam o processamento do apelo, na forma do artigo 896, "a" da CLT e da Súmula 337/TST.

De outro lado, no que se refere à fixação da Competência desta Justiça Especializada no artigo 114 da Constituição Federal, é preciso destacar que o inciso I, incluído pela Emenda



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

Constitucional 45/2004, dispõe que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I. as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (destaquei)

A ampliação da competência da Justiça do Trabalho, fruto da EC 45/04, tornou possível, se dúvida houvesse, o julgamento de causas em que sejam discutidas questões pré e pós-contratuais, em virtude da circunstância de serem decorrentes da relação de trabalho, ainda que não concretizada (no primeiro caso) ou encerrada (no segundo).

Não se pode confundir a execução do contrato com as tratativas referentes à sua celebração ou com as consequências que projeta no patrimônio jurídico dos sujeitos que o celebram.

No caso, a pretensão se refere à expectativa de contratação de aprovado em concurso público realizado pelo BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A. - BNB, entidade estatal regida pelo artigo 173, § 1º, II, da Constituição Federal e pelo Direito do Trabalho.

A matéria decorre de relação de trabalho, ainda que em fase pré-contratual. Logo, esta Justiça Especializada é competente para processar e julgar a presente ação, nos termos do artigo 114, I, da Constituição Federal.

Nesse sentido, os seguintes julgados desta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ADMISSÃO POR CONCURSO PÚBLICO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. COMPETÊNCIA MATERIAL. É competente a Justiça do Trabalho para conhecer e julgar litígios referentes ao período pré-contratual de potencial empregado que presta concurso público para ingresso em entidade estatal regida pelo art. 173, §1º, II, da Constituição e pelo Direito do Trabalho (art. 114, I, CF). Desse modo não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui a decisão denegatória, que subsiste



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

por seus próprios fundamentos. 2. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO DE CANDIDATO. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. A incorreta preterição de candidato aprovado em concurso público para ingresso em entidade estatal (art. 37 caput e §2º, CF), ainda que admitido tempos depois, gera danos morais e materiais, em vista da prática de ato ilícito pela entidade estatal obrigada a respeitar a rigorosa ordem de convocação dos aprovados (art. 5º, V e X, CF; art. 186, Código Civil). Agravo de instrumento desprovido. (TST-AIRR-1870-94.2010.5.02.0472, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT 21/03/2014);

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO - ELIMINAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO - EMPRESA PÚBLICA. Dá-se provimento ao agravo de instrumento quando configurada no recurso de revista a hipótese da alínea -c- do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO - ELIMINAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO - EMPRESA PÚBLICA. Conquanto o exercício de certame para emprego público não crie vínculo jurídico entre o candidato e a administração pública, é certo que a possibilidade de aprovação do candidato gera uma expectativa do direito a um futuro contrato de trabalho a ser firmado com o órgão público, inserindo-se, pois, na fase pré-contratual da formação da relação de emprego. Assim, depreende-se que compete à Justiça do Trabalho a análise da demanda, ainda que esta anteceda à efetiva contratação. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-1109-71.2011.5.03.0061, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, DEJT 07/03/2014);

RECURSO DE REVISTA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS A EMPREGO PÚBLICO REGIDO PELA CLT. FASE PRÉ-CONTRATUAL DA RELAÇÃO DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Nos termos do artigo 114 da Constituição Federal, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito da administração pública indireta dos Estados, situação em que se insere o presente caso, uma vez que se discute



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

admissão em emprego público na empresa reclamada, sociedade de economia mista. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST-RR-94700-26.2012.5.21.0005, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DEJT 13/12/2013);

RECURSO DE REVISTA (...) INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A decisão regional está em consonância com a jurisprudência atual desta Corte, que vem se firmando no sentido de que se insere no âmbito da competência desta Especializada apreciar os conflitos surgidos ainda que na fase pré-contratual da relação de trabalho. Incólumes os artigos indicados como violados. Precedentes. Recurso de Revista não conhecido. (...) (TST-RR-49-12.2012.5.24.0007, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, DEJT 04/10/2013);

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESERÇÃO. Tendo a Agravante superado os fundamentos da decisão agravada, dá-se provimento ao Agravo. Agravo provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. O fato de o pedido versar sobre convocação de candidato aprovado em concurso público, realizado pela Petrobras Transporte S.A., sociedade de economia mista, questão relativa à fase pré-contratual, não retira a competência desta Justiça para examiná-lo. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO RESERVA. CONTRATAÇÃO DE TERCEIRIZADOS EM DETRIMENTO DOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À CONTRATAÇÃO. Não merece admissão o Recurso de Revista quando não configuradas ao menos uma das hipóteses de cabimento, prevista nas alíneas -a- a -c- do art. 896 da CLT. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. O Recurso, quanto ao tema, encontra-se desfundamentado, nos termos do art. 896, -a- e -c-, da CLT, uma vez que não foram apontados os dispositivos legais ou constitucionais tidos como violados, nem foram colacionados arestos para configurar a divergência de julgados. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. FIXAÇÃO DO -QUANTUM-. Diante do contexto fático retratado nos presentes autos, não se revela desproporcional o valor arbitrado pela sentença e mantido pelo Regional, a saber, R\$30.000,00 (trinta mil reais), a



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

título de dano moral. Agravo de Instrumento não provido. (TST-Ag-AIRR-162000-49.2009.5.19.0010, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT 22/02/2013);

AGRAVO DE INSTRUMENTO em RECURSO DE REVISTA - FASE PRÉ-CONTRATUAL DA RELAÇÃO DE TRABALHO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A competência da Justiça do Trabalho é fixada em face da *causa petendi* oriunda da relação de trabalho, inclusive em razão da sua irradiação pré ou pós-contratação. Portanto, todo conflito decorrente da relação de trabalho, em qualquer de suas fases pré-contratual, contratual ou pós-contratual, é da competência desta Justiça Especial. Trata-se de situações que, embora antecedentes ou posteriores à efetiva formalização do contrato de emprego ou da relação de trabalho propriamente dita, geram efeitos jurídicos, nos termos do art. 422 do Código Civil. Nesse passo, no caso sob exame, o pedido formulado na exordial de indenização por dano moral, atribuída à reclamada, nitidamente enquadra-se na competência estabelecida no inciso VI do art. 114 do texto constitucional, eis que decorre dos efeitos jurídicos oriundos da fase pré-contratual da relação de trabalho, embora não efetivada, o que não transmuta a natureza trabalhista do litígio, inserindo-se, assim, na órbita da competência da Justiça do Trabalho. Agravo de instrumento desprovido. (...). (TST-AIRR-852-85.2010.5.03.0027, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, DEJT 03/04/2012).

Desse modo, reconhecida a competência desta Corte Especializada, não se há de falar em ofensa ao artigo 114 da CF, sobretudo diante da premissa da Corte Regional, no sentido de que a competência desta Justiça Especializada se estabelece também em fase pré-contratual, com o eventual reconhecimento do direito do reclamante de ser contratado.

NÃO CONHEÇO.

1.2. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PARA ADVOGADO. ATIVIDADE PREDOMINANTEMENTE CONSULTIVA. CADASTRO RESERVA. CONTRATAÇÃO TERCEIRIZADA DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA, POR MEIO DE LICITAÇÃO, PARA ATIVIDADES DE SERVIÇO JURÍDICO CONTENCIOSO. AUSÊNCIA DE PRETERIÇÃO DO CANDIDATO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

A Corte Regional confirmou a sentença, *in verbis*:

MÉRITO

Do direito do reclamante à contratação. Preterição na ordem de nomeação

Inconforma-se o recorrente com a sentença proferida em primeiro grau de jurisdição que, confirmando a decisão que antecipou os efeitos da tutela, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na petição inicial, determinando a contratação do reclamante (sub judice), no prazo de 30 (dez), para o cargo de Especialista Técnico 1, função Advogado, nos moldes previstos no edital do concurso para o qual foi aprovado, pagando-lhe os salários vincendos a partir de então e sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) pela mora ou descumprimento dessa obrigação de fazer (art. 461 do CPC),.

Assevera o réu, no entanto, que é equivocada aludida decisão, uma vez que o reclamante foi aprovado no concurso público em 15º lugar, havendo outros candidatos aprovados e não convocados com melhor classificação. Destaca que há ausência de direitos dos candidatos à posse compulsória e inexistência de preterição decorrente da licitação, uma vez que o concurso teve por finalidade a formação de cadastro de reserva para atendimento às demandas de provimento de vagas que venham a surgir nos cargos elencados, durante o prazo de validade do concurso, prorrogado para 09/06/2014, e desse modo a convocação dos candidatos aprovados se submete ao juízo de oportunidade e conveniência do administrador, não gerando direito à nomeação.

Defende a regularidade da contratação de serviços autônomos de advogados e de sociedades de advogados na condução de específicos processos judiciais de seu interesse, estes contratados através de processos licitatórios de acordo com a Lei n. 8.666/1993 e demais normas atinentes à licitação, reputados regulares pelos órgãos de controle e fiscalização, cujas atividades não se inserem na atividade-fim do BNB e também são serviços distintos daqueles exercidos pelos advogados de carreira do banco. Ressalta que há distinção do serviço jurídico contratado em relação às atividades dos advogados de carreira do BNB, pois esses exercem atividades jurídicas



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

direcionadas às atribuições-fim do banco, enquanto aqueles se restringem ao patrocínio de demandas judiciais de natureza judicial-contenciosa de menor complexidade e repercussão financeira, dentro do âmbito da atividade-meio do BNB.

Ressalva a sua natureza jurídica (Sociedade de Economia Mista) e sustenta que ainda há óbice à contratação do autor devido a limitações de pessoal e estrutura do Banco (limitações física e normativas), imposta pelo DEST que define o limite atual de funcionários em número não superior a 5.895 e ainda assim o BNB já conta com 5.926 funcionários, tendo assumido compromisso com a Controladoria-Geral da União no sentido de reduzir o número de funcionários para o teto indicado pelo DEST, sendo que para a unidade jurídica de Pernambuco foi fixado 21 cargos de advogados e 03 cargos de chefia.

Deste modo, pugna pela reforma da sentença, para que seja revogada a tutela indevidamente antecipada, por não vislumbrar presentes os requisitos previstos no art. 273, I e II, do CPC, julgando improcedentes todos os pedidos da inicial.

Pois bem.

Incontroverso nos autos a realização de concurso público pelo reclamado visando a formação de cadastro de reserva e ainda que o reclamante foi aprovado na 15ª posição para a vaga de advogado (Especialista Técnico 1 - EAV), polo Pernambuco, conforme Edital n. 001/2010, publicado em 08 de janeiro de 2010, provas realizadas dia 11 de abril de 2010 e resultado publicado no Diário Oficial da União de 09 de junho de 2010 (fls. 29/82 vol. I dos autos apartados).

Também patente que o BNB mantém, simultaneamente à existência de advogados de carreira (empregados) contratos de prestação de serviços jurídicos com advogados autônomos e escritórios de advocacia contratados mediante procedimentos licitatórios (concorrências públicas nº 22/2006 e nº 118/2009 e aditivos, conforme documentos de fls. 90/232, vol. II e II dos autos apartados), até porque confessado na defesa (fl. 78) e razões recursais (fl. 224) que atualmente vigoram treze contratos de prestação de tais serviços advocatícios. Do mesmo modo, é verossímil a afirmação que ainda há candidatos aprovados no concurso aguardando contratação.



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

Como bem salientado pelo MM. juízo *a quo*, também entendo que a contratação de advogados autônomos e escritórios de advocacia quando vigente o certame público, feita pelo BNB, ainda que por meio de licitação, ocorreu em detrimento da admissão dos aprovados no concurso público.

Logo, a regularidade da Licitação Concorrência n. 2009/118 não autoriza o empregador a postergar a admissão dos advogados aprovados em concurso público, mesmo que o § 7º, do art. 10, do Decreto-Lei n. 200/67, preveja a execução indireta de serviços através de credenciamento, uma vez que o direito à terceirização não pode se sobrepor ao direito de os candidatos aprovados serem chamados para ocupar sua vaga conquistada em concurso público.

Ademais, a terceirização de atividade-meio da empresa é admitida pela diretriz emanada do item III, da Súmula n. 331, do Colendo TST, mas tal entendimento não impede que se dê preeminência jurídica ao candidato aprovado em concurso público em relação à possibilidade de se terceirizar atividades. Contudo, esclareço que os serviços jurídicos do demandado se inserem em atividade-fim do banco.

A tese do recorrente de que as atividades contratadas por meio de licitação não correspondem às que seriam desempenhadas para o cargo de advogado descrito no edital, não merece acolhimento, em razão da análise das atividades previstas para os advogados concursados, conforme descrição sumária do papel funcional contidas no Edital n. 01/2010, anexo IV (fl. 55-vol. I dos autos apartados):

“Defender os interesses do BNB nas esferas judicial e administrativa, mediante assessoramento legislativo, devendo também prestar assistência técnica e consultoria jurídica, com vistas a salvaguardar o patrimônio do BNB e assegurar que os negócios da Empresa e os atos de seus administradores observem as leis e os dispositivos normativos que atendem aos interesses do BNB”.

E o objeto da contratação de advogados autônomos e escritórios de advocacia, conforme definido no Edital de Concorrência n. 118/2009, anexo I (fls. 90/136 vol I dos autos apartados) é o seguinte:

“(…) O presente objeto é a contratação de serviços advocatícios, sem exclusividade, para patrocínio de demandas judiciais de interesse das agências do Banco do Nordeste listadas no Anexo II do edital, inclusive aquelas



com trâmite nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais,
compreendendo o



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

ajuizamento de ações; elaboração de petições; a elaboração e apresentação de defesas e réplicas; interposição de recursos; comparecimento a audiências; apresentação de memoriais; sustentação oral; habilitação de crédito; impugnações; protestos pela preferência e pelo remanescente; dentre outros atos que decorram das causas cuja condução lhes for confiada, sempre que o Banco do Nordeste solicitar ou autorizar”.

Como se constata, ao contrário do que afirma o recorrente, não há diversidade das atividades jurídicas exercidas, uma vez que os serviços executados pelos advogados autônomos e escritórios de advocacia, contratados através de licitação, estão incluídos dentre aqueles para as quais o autor se candidatou e foi aprovado (demandas contenciosas e de assessoria), ou seja, são inerentes à defesa dos interesses do BNB na esfera judicial, pouco importando que correspondam a uma parcela reduzida ou mais simples.

Como bem pontuou o MM. juiz a quo não há a menor possibilidade do banco “dividir” a atividade jurídica em duas e classificá-las em atividade-meio ou atividade-fim, para delegar uma aos advogados terceirizados e outra aos concursados. Do mesmo modo, não pode ser elemento definidor de atividade-fim e atividade-meio demandas judiciais de natureza judicial-contenciosa de menor complexidade e repercussão financeira.

Registre-se, ainda, que o fato de inexistir, em relação aos advogados credenciados e componentes dos escritórios de advocacia, a pessoalidade ou subordinação jurídica, as atividades por eles custeadas que assumem o risco do contrato, distinção da remuneração pelos serviços prestados, não afasta a identidade dos serviços jurídicos executados pelos advogados (empregados e terceirizados), de natureza comum, ordinária, que circunscrevem-se nas atribuições definidas no Edital de Concorrência n. 118/2009, anexo I (fls. 90/136 vol I dos autos apartados) para os advogados concursados do BNB.

Na verdade, é inquestionável que a contratação de advogados autônomos e escritórios de advocacia pelo réu, dentro do prazo de validade do concurso, objetivou atender necessidade de serviços e a carência de pessoal, notadamente na atividade jurídica do banco. Tal prática caracteriza terceirização de seus serviços jurídicos (e não mero credenciamento, como pretende fazer crer o réu), pois não há como se entender que os serviços



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

patrocinados pelos advogados autônomos e escritórios de advocacia em demandas judiciais de natureza judicial-contenciosa (principalmente cobranças judiciais) se distanciem da dinâmica das atividades do banco, sendo certo que contribuem diretamente para o sucesso da instituição, sendo evidentemente voltadas à sua atividade-fim.

É certo que o concurso (Edital n. 01/2010) se destinou ao preenchimento de cadastro de reserva, o que, em princípio, gera ao candidato aprovado apenas expectativa de direito. Porém, uma vez comprovada de forma cabal e inconteste a notória necessidade de admissão de profissionais na área jurídica para atender necessidade de serviços e carência de pessoal, o procedimento do banco de contratar por meio de licitação advogados autônomos e escritórios de advocacia para tal fim, quando em curso prazo de validade do concurso, caracteriza violação à regra do concurso público (art. 37, IV, da Constituição Federal), e aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública e a boa-fé que deve ser observada nas relações jurídicas, configurando preterição dos candidatos regularmente aprovados, passando a existir direito subjetivo à nomeação do autor, consoante já decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. TERCEIRIZAÇÃO DE VAGA. PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS. DIREITO À NOMEAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Uma vez comprovada a existência da vaga, sendo esta preenchida, ainda que precariamente, fica caracterizada a preterição do candidato aprovado em concurso. 2. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento." (AI 777644 AgR / GO - GOIÁS, AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, Relator: Min. EROS GRAU, DJ 14/5/2010).

"ADMINISTRATIVO - CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA EM DETRIMENTO DE CLASSIFICADOS EM CONCURSO PÚBLICO - AFRONTA ÀS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS (CF, ART. 37, INCS. II E IX E LEI N. 8.745/93, ART. 1º) - DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO - DESVIO DE FINALIDADE CARACTERIZADO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. A validade da contratação



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

de servidores por tempo determinado, mesmo que pelo regime de terceirização, está condicionada aos rígidos critérios elencados no inc. IX do art. 37 da Constituição Federal e aos termos da Lei n. 8.745/93, acrescidos das disposições contidas na lei local. Inviável e ilegal esse tipo de contratação quando efetivada em detrimento do direito de candidato aprovado em concurso público para o mesmo cargo.” (AI-454.882/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 29/03/2007).

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AGANP. CANDIDATOS APROVADOS NO CADASTRO DE RESERVA. NÃO PREENCHIMENTO DAS VAGAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. 1- Seguindo a nova orientação jurisprudencial emanada do STJ, a existência de vagas para o cargo ao qual fora aprovado o candidato e estando o concurso dentro do prazo de validade, vincula a Administração a preenchê-lo, não podendo mais ser adotado os critérios da conveniência e oportunidade para a nomeação. 2. Ocorrendo a desistência ou abandono pelos candidatos então classificados, originando novas vagas a serem preenchidas de acordo com o edital, é lícito que os candidatos aprovados no cadastro de reserva sejam convocados a preenchê-las, segundo a ordem de classificação, mormente se verificado o grande número de servidores contratados precariamente (em comissão) para suprir as necessidades com a deficiência do pessoal. Segurança concedida.” (AI 820065/GO, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 03/08/2011).

A corroborar esse posicionamento, cito outra ementa do C. TST:

“(…) 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 empregados terceirizados ocorreram em detrimento da admissão de candidatos aprovados no concurso público, sobretudo porque ocorreram quando ainda vigente o Edital do certame. Além disso, a contratação mediante empresa terceirizada corrobora a necessidade dos serviços e, via de consequência, a necessidade da nomeação dos aprovados. Assim sendo, não há dúvidas de que a conduta da Reclamada viola princípios administrativos e constitucionais que regem a Administração Pública, insculpidos no artigo 37, caput, e inciso II, da Constituição da República. Agravo de Instrumento não provido.”(AIRR - 564-47.2010.5.20.0001 , Relatora Juíza Convocada: Maria Laura Franco Lima de Faria, Data de



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

Julgamento: 19/09/2012, 8ª Turma, Data de Publicação: 21/09/2012).

Frise-se que a contratação de serviços autônomos de advogados e de sociedades de advogados realizada através de processos licitatórios de acordo com a Lei n. 8.666/1993 e demais normas atinentes à licitação, ainda que reputados regulares pelos órgãos de controle e fiscalização, não afasta a violação aos princípios administrativos e constitucionais que regem a Administração Pública, insculpidos no artigo 37, *caput*, e inciso II, da Constituição Federal.

Ao deixar de nomear candidato aprovado em concurso público e destinar os serviços que lhe seriam atribuídos a advogados terceirizados, o banco violou a regra de observância do concurso público para a investidura em emprego público (art. 37, *caput* e inciso I, CF/88), a que se encontra submetido em face de pertencer à Administração Pública Indireta.

Por outro lado, sem razão o recorrente ao justificar sua inércia em convocar os advogados aprovados em concurso público argüindo o fato de que há limitações à contratação do autor devido a limitações orçamentárias, de pessoal e estrutura do Banco (limitações física e normativas), nos termos da Portaria 12/2005, impostas pelo DEST- Departamento de Estatais, órgão vinculado ao Ministério do Planejamento, que define o limite atual de funcionário.

Pela farta documentação acostada aos autos (concorrências públicas nº 22/2006 e nº 118/2009 e aditivos, conforme documentos de fls. 90/232, vol. II e II dos autos apartados), patente a carência de pessoal no quadro do banco na área jurídica, tanto que levou o réu à prática da terceirização de seus serviços nessa área.

No mais, o MMº juízo *a quo* decidiu o mérito da demanda de forma escoreita, a quem peço vênha para transcrever seus fundamentos como reforço para as minhas razões de decidir, *in verbis*:

(...)

O réu ataca a r. sentença revisanda no ponto em que aplicou a regra disposta na Súmula n. 15, do Colendo STJ. Diz o demandado que em momento algum o cargo do reclamante foi preenchido. Todavia, contratar escritório de advocacia para defender os interesses jurídicos do banco significa preterição do direito do demandante em assumir seu cargo.



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

É certo que a Medida Provisória n. 1.499-31 autoriza em seu art. 30 a aprovação de parâmetros para as políticas salarial e de benefícios e vantagens dos empregados das empresas estatais, mas tal norma não possibilita preterir-se candidato aprovado em concurso público para se terceirizar atividade-fim do demandado.

O preceito contido no inciso II, do art. 87, da Carta Política prevê que os Ministros de Estado devem exercer o poder regulamentar. Todavia, não há regulamento que prescreva a terceirização de atividade-fim do empregador, para que este possa terceirizar atividade inerente ao seu empreendimento.

O réu afirma que a nomeação do obreiro determinada na r.sentença revisanda tem o condão de comprometer as próprias garantias fundamentais do demandado, previstas no art. 5º, da Constituição da República. Rejeito tal tese. Na verdade, a nomeação do demandante dará cumprimento à regra disposta no inciso II, do art. 37, da Constituição Federal, daí porque não há que se falar em violação das aludidas garantias fundamentais do réu.

Pretende o demandado ver conjugados os princípios constitucionais da livre iniciativa (art. 1º, IV) e da eficiência (art. 37), ambos da Carta Magna. Aduz que tais princípios são aplicáveis às empresas exploradoras de atividade econômica, por força do disposto no art.173, § 1º, II, da Constituição Federal. Ocorre que a estes princípios deve ser reunido o primado da valorização do trabalho humano (art. 170, da Carta Política), pois tal primado é base da ordem social. E a integração do trabalhador à empresa é fato que coloca o trabalho como fundamento da ordem econômica, mas é certo que a terceirização de serviços de forma ilegítima, como na hipótese dos autos, impede a aplicação da função social da empresa.

Por outro lado, não há que se falar em error in iudicando, como quer o réu, em razão de o MMº juízo de primeiro grau ter aplicado analogicamente o Decreto n. 2.271/1997. Dispõe tal norma sobre a contratação de serviços pela Administração Pública, prescrevendo em seu art. 1º, § 2º:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios,



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Logo, a terceirização de atividades fins da empresas que integram a Administração Pública indireta é procedimento ilegítimo.

Ao argüir a aplicação do preceito contido no inciso II, do art. 173, da Carta Magna, pretende o reclamado distinguir a Administração Pública Direta e Indireta. Contudo, o serviço de advocacia é inerente à atividade de bancos como um todo, inclusive aqueles constituídos sob a forma de sociedade de economia mista.

Assevera o réu que o acatamento da determinação de antecipação de tutela enseja despesas não autorizadas, infringindo o art. 169, § 1º, da Carta Política. Ocorre que o demandado é empregador que conta em seu quadro de empregados inúmeros advogados. E o seu compromisso com mais um advogado (concursado) não pode ser reputado como despesa não autorizada, até porque salário é contraprestação de serviços, e a atividade de advogado é indispensável para a boa realização do empreendimento bancário.

Ademais, a convocação de candidato aprovado em concurso público não configura violação aos dispositivos dos arts. 2º e 5º, XXXVI, da Constituição da República, pois o juiz ao condenar integrante da Administração Pública Indireta a integrar em seu quadro de empregados está no pleno exercício da função jurisdicional, não havendo que se falar em princípio da separação de poderes, eis que quando judicializado um fato da vida, caberá ao Poder Judiciário compor os conflitos de interesses. Sobre o tema dispõem a Constituição da República (art. 114) e a CLT (art. 643).

Por outro lado, não há que se falar em preterição dos demais candidatos aprovados no concurso em que o demandante logrou êxito, pois não configura preterição em concurso público o ato da Administração que cumpre ordem judicial, conforme julgados cujas ementas passo a transcrever, in verbis:

CONCURSO PÚBLICO - PRETERIÇÃO. A preterição pressupõe ato espontâneo. Deixa de ficar configurada quando a atuação da Administração Pública consubstancia o cumprimento



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

de ordem judicial. (STF - RMS 23.153, 2ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 30.04.99)

CONCURSO PÚBLICO - PRETERIÇÃO - CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. Descabe falar em preterição quando o ato da Administração Pública repousa na observância de pronunciamento judicial, ou seja, em título executivo judicial trânsito em julgado. (STF - RMS 23.227, 2ª Turma, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 29.08.97)

A contratação de escritório de advocacia terceirizado comprova a necessidade de pessoal para realização do serviço para o qual o réu abriu concurso público, e equivale à preterição da ordem de classificação no certame. Agindo assim o réu faz nascer para os concursados o direito à nomeação, de acordo com o preceito do art. 37, inciso IV, da Constituição da República.

Logo, impõe-se a contratação de trabalhadores posicionados em cadastro de reserva de concurso público, pois estes têm o direito subjetivo à nomeação para o cargo que concorreram, na forma como reconhecida na sentença de primeiro grau.

Nego provimento ao recurso, no aspecto.

(fls.735/781 - sem destaques no original)

Contra esses fundamentos se insurge o Recorrente, às fls. 797/945, alegando que não se caracteriza como terceirização ilícita a contratação de escritórios de advocacia, por meio de licitação, para prestação de serviços jurídicos de patrocínio de demandas judiciais, principalmente de cobrança, compreendendo o ajuizamento de ações; elaboração de petições; a elaboração e apresentação de defesas e réplicas; interposição de recursos; comparecimento a audiências; apresentação de memoriais; sustentação oral; habilitação de crédito; impugnações; protestos pela preferência e pelo remanescente; dentre outros.

O Recorrente afirma tratar-se de sociedade de economia mista, figurando a União como acionista majoritário, vinculada à Administração Pública Federal indireta, regida pelo artigo 173, § 1º, II, da Constituição Federal.

Acena com a legalidade da contratação de escritórios de advocacia, por meio de licitação, para o desempenho das atividades



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

judiciais acima indicadas, todas previstas no Edital de Concorrência 118/2009, anexo I.

Sustenta, mais, que tais atividades contenciosas se diferenciam das atividades das consultivas, estas prestadas internamente pelos advogados pertencentes ao quadro de pessoal do Banco, para as quais houve concurso público para a formação de cadastro reserva relativo ao cargo de Especialista Técnico 1 - Advogado.

Questiona a motivação eleita pela Corte Regional, segundo a qual a prestação de serviços jurídicos caracteriza atividade-fim do Banco, destacando a inocorrência de burla ao concurso público.

Assevera não haver vaga a ser preenchida, pois o concurso se deu para preenchimento de cadastro reserva, sem garantia de nomeação, não tendo havido preterição do candidato.

Alega que a condenação à contratação do Recorrido caracteriza ofensa ao princípio da legalidade estrita, da discricionariedade e do interesse público da administração em compor seu quadro de pessoal.

Insurge-se, ainda, contra a antecipação da tutela, apontando para a irreversibilidade da medida e indicando violação do artigo 273, §2º, do CPC/73.

Aponta ofensa aos artigos 1º, IV, 2º, 5º, XXXVI, LIV e LV, 37, caput, I, II, IX, 48, X, 61, §1º, II, "d", 132, 169 § 1º e 173, §1º, I e II, todos da Constituição Federal.

Ao exame.

O Tribunal Regional assentou que os princípios constitucionais da livre iniciativa (art. 1º, IV) e da eficiência (art. 37), ambos da CF, são aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, por força do disposto no art. 173, § 1º, II, da CF. Entretanto, considerou que o princípio da valorização do trabalho humano (art. 170 da CF) deve ser conjugado aos princípios acima indicados, prevalecendo sobre eles, pois representa a base da ordem social. Afirmou que a integração do trabalhador à empresa é fato que coloca o trabalho como fundamento da ordem econômica, mas



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

considerou que a terceirização ilícita de serviços impede a realização da função social da empresa, sendo essa a hipótese dos autos.

De início, observo que este Colegiado já examinou hipóteses semelhantes, envolvendo empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica. As decisões referidas foram assim ementadas:

RECURSO DE REVISTA - CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PARA ADVOGADO - CADASTRO DE RESERVA - CONTRATAÇÃO TERCEIRIZADA DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA PARA ACOMPANHAMENTO ESPECÍFICO E TRANSITÓRIO DE EXECUÇÕES EM LOCALIDADES ONDE O BANCO NÃO POSSUI REPRESENTAÇÃO DE ADVOGADOS - AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. Na hipótese dos autos não se caracterizou a burla ao concurso público mediante terceirização ilícita de serviços afetos às atribuições dos aprovados no certame. O contexto fático probatório dos autos fixa que a contratação de escritórios de advocacia pelo Banco-reclamado se deu de forma transitória e para acompanhamento de recuperação judicial dos créditos da empresa pública, em atendimento a determinação do Tribunal de Contas da União, em localidades nas quais o Banco não possui representação pelo seu quadro de advogados. Ademais, ficou consignado que mesmo que ilícita fosse a terceirização, o número de advogados que se comprovou contratados de forma terceirizada não revela a existência de vagas suficientes para alcançar a classificação do autor no certame. Diante dessas peculiaridades fáticas, insuperáveis na forma da Súmula nº 126 do TST, não se verifica irregularidade na terceirização levada a cabo pelo reclamado, visto que se concentrou em atividade específica, transitória e não inserida na atividade fim do empregador tampouco existe direito subjetivo do obreiro a ser defendido. **Recurso de revista não conhecido.** (TST-RR-1433-73.2012.5.22.0004, **Relator Ministro** Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, **DEJT** 04/10/2013.)



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. CONCURSO PÚBLICO. HABILITAÇÃO EM CADASTRO RESERVA. CONTRATAÇÃO ILEGAL DE TERCEIRIZADOS NÃO COMPROVADA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO.

O candidato aprovado em concurso público em cadastro de reserva é detentor de mera expectativa de direito à nomeação. Contudo, na esteira da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Especializada, o direito líquido e certo à nomeação de candidato aprovado em cadastro de reserva surge quando, no prazo de validade do concurso e havendo interesse da Administração Pública, são criadas novas vagas, ou, ainda, se houver preterição na ordem de classificação ou contratação precária de terceiros para o exercício das funções do cargo efetivo no período de validade do concurso público. No caso, o Tribunal Regional registrou que "o edital demonstrou que havia apenas uma vaga para o referido cargo no polo de Paulínia, local em que os recorrentes se classificaram, restando incontroverso a convocação do habilitado." Além disso, consignou que não há prova nos autos da contratação de terceirizados como forma de preterir os candidatos habilitados no certame. Assim, com base no contexto fático delimitado pela Corte de origem, constata-se que os agravantes, habilitados em cadastro de reserva, não possuem direito líquido e certo à nomeação, porquanto não comprovada a existência de vaga na microrregião para a qual obtiveram aprovação, tampouco preterição na ordem de classificação ou contratação ilegal de terceirizados para o exercício das funções do cargo pretendido durante a vigência do concurso. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST-AIRR-696-44.2011.5.15.0087, em que são Agravantes ANDRÉA MARIA LACERDA E OUTRO e Agravada PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, DEJT 04/03/2016.)

É evidente que em cada um desses julgados foram consideradas premissas de fato próprias e singulares, de modo a permitir a análise das afrontas legais e constitucionais suscitadas. A base fática



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

da discussão travada nos presentes autos, portanto, é essencial para que se possa aferir a caracterização ou não da lesão ao direito subjetivo guerreado pelos litigantes, sendo soberana a instância regional para o delineamento correspondente.

A Corte Regional considerou que a realização de licitação pública para contratação de escritórios de advocacia, com a finalidade de prestação de serviços jurídicos em atividades supostamente correspondentes àquelas previstas no Edital 01/2010 (anexo IV, para o cargo de Especialista Técnico 1 - Advogado), traduziu preterição dos candidatos aprovados em concurso público, inclusive o Recorrido.

Para afirmar a correlação entre as atividades jurídicas objeto do concurso público e dos serviços executados pelos advogados dos escritórios de advocacia contratados através de licitação, a Corte Regional fez inscrever claramente as atividades previstas em cada qual dos editais expedidos pelo Recorrente.

Confira-se:

A tese do recorrente de que as atividades contratadas por meio de licitação não correspondem às que seriam desempenhadas para o cargo de advogado descrito no edital, não merece acolhimento, em razão da análise das atividades previstas para os advogados concursados, conforme descrição sumária do papel funcional contidas no Edital n. 01/2010, anexo IV (fl. 55-vol. I dos autos apartados):

Defender os interesses do BNB nas esferas judicial e administrativa, mediante assessoramento legislativo, devendo também prestar assistência técnica e consultoria jurídica, com vistas a salvaguardar o patrimônio do BNB e assegurar que os negócios da Empresa e os atos de seus administradores observem as leis e os dispositivos normativos que atendem aos interesses do BNB.

E o objeto da contratação de advogados autônomos e escritórios de advocacia, conforme definido no Edital de Concorrência n. 118/2009, anexo I (fls. 90/136 vol I dos autos apartados) é o seguinte:

(...) O presente objeto é a contratação de serviços advocatícios, sem exclusividade, para patrocínio de demandas judiciais de interesse das agências do Banco do Nordeste listadas no Anexo II do edital, inclusive aquelas com trâmite nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, compreendendo o ajuizamento de ações; elaboração de petições; a elaboração e



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

apresentação de defesas e réplicas; interposição de recursos; comparecimento a audiências; apresentação de memoriais; sustentação oral; habilitação de crédito; impugnações; protestos pela preferência e pelo remanescente; dentre outros atos que decorram das causas cuja condução lhes for confiada, sempre que o Banco do Nordeste solicitar ou autorizar.

Como se constata, ao contrário do que afirma o recorrente, não há diversidade das atividades jurídicas exercidas, uma vez que os serviços executados pelos advogados autônomos e escritórios de advocacia, contratados através de licitação, estão incluídos dentre aqueles para as quais o autor se candidatou e foi aprovado (demandas contenciosa e de assessoria), ou seja, são inerentes à defesa dos interesses do BNB na esfera judicial, pouco importando que correspondam a uma parcela reduzida ou mais simples.

Como bem pontuou o MM. juízo a quo não há a menor possibilidade do banco “dividir” a atividade jurídica em duas e classificá-las em atividade-meio ou atividade-fim, para delegar uma aos advogados terceirizados e outra aos concursados. Do mesmo modo, não pode ser elemento definidor de atividade-fim e atividade-meio demandas judiciais de natureza judicial-contenciosa de menor complexidade e repercussão financeira.”

(fls.761/763 - grifei)

Verifica-se, portanto, que o Tribunal Regional concluiu que as atividades seriam correlatas, não sendo possível dividi-las em dois grupos, classificando-as em atividade-meio e atividade-fim.

Com a devida vênia, a diferenciação estabelecida, ao revés de se vincular aos critérios das atividades-meio ou atividades-fim, está, em realidade, atada às atividades contenciosas e consultivas.

Com efeito, as atividades previstas no Edital de Concorrência 118/2009, anexo I, são voltadas à **prestação de serviços jurídicos específicos, em âmbito contencioso**, quais sejam: patrocínio de demandas judiciais; ajuizamento de ações; elaboração de petições; elaboração e apresentação de defesas e réplicas; interposição de recursos; comparecimento a audiências; apresentação de memoriais; sustentação oral; habilitação de crédito; impugnações; protestos pela preferência e pelo remanescente; dentre outros atos que decorram das



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

causas cuja condução lhes for confiada, sempre que o Banco do Nordeste solicitar ou autorizar (acórdão regional - fl.763).

Por seu turno, as atividades previstas no Edital 01/2010, anexo IV, são voltadas à **prestação de serviços jurídicos na esfera consultiva**, consistentes na prestação de serviços jurídicos para a defesa de direitos e interesses do Banco nas esferas judicial e administrativa, **mas por meio de assessoramento legislativo, prestação de assessoria técnica e consultoria jurídica**.

Embora ambas as atividades consistam na defesa dos direitos e interesses do Recorrente, os advogados contratados por meio de escritórios que participaram de licitação defendem o Banco na esfera estritamente judicial, contenciosa, ao passo que a atuação dos advogados recrutados por meio do concurso público em exame se dá na esfera estritamente consultiva, “*mediante assessoramento legislativo, prestação de assessoria técnica e consultoria jurídica*” (acórdão regional - fl.763).

Nesse sentido, não há que se cogitar de diferenciação entre atividades-meio e atividades-fim do Banco, como afirmou a Corte Regional, mas sim diferenciação entre atividades contenciosas e consultivas, o que configura a diversidade dos objetos licitados mediante concurso público para recrutamento de advogados e escritórios de advocacia.

Disso decorre o equívoco regional na constatação de que teria havido terceirização indevida, em detrimento do acesso a emprego público por candidatos aprovados em concurso.

Definitivamente, não houve preterição de candidatos aprovados em concurso público para o preenchimento de cadastro reserva, haja vista a diversidade de objetos ou atividades a que se destinaram as duas modalidades de contratação referidas.

Cabe ressaltar, por oportuno, que o Recorrente faz referência aos Acórdãos 1840/2008 e 944/2010 (fls.821/823), originários do TCU, nos quais se decidiu pela legalidade da licitação para contratação específica de escritórios para o ajuizamento de ações de cobrança, em relação aos devedores de empresa pública.

Nesse sentido, admitindo-se à empresa pública, inclusive na linha dos precedentes acima indicados, a possibilidade de



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

contratação de escritórios de advocacia, por meio de licitação, para o atendimento de finalidades específicas, distintas daquelas para as quais promoveu concurso público para recrutamento de advogados, a imposição da obrigação de contratar esses últimos, com base nas finalidades visadas com a contratação dos primeiros, encerra violação direta dos artigos 37, I e *caput* e 173, § 1º, I e II, da CF.

Diante dessas peculiaridades, não se verifica irregularidade na terceirização levada a cabo pelo Recorrente, visto que destinada a atender demanda específica, não inserida na atividade fim do empregador (Súmula 331, III, do TST), não existindo direito subjetivo do Recorrido a ser defendido, inclusive diante da classificação por ele alcançada (15º colocado em cadastro reserva).

Acrescente-se a isso a circunstância de que a aprovação do Reclamante na 15º posição se deu para preenchimento de "cadastro reserva", gerando apenas expectativa de direito à sua contratação, como fundamentou o Tribunal Regional, *verbis*:

É certo que o concurso (Edital n. 01/2010) se destinou ao preenchimento de cadastro de reserva, o que, em princípio, gera ao candidato aprovado apenas expectativa de direito. Porém, uma vez comprovada de forma cabal e inconteste a notória necessidade de admissão de profissionais na área jurídica para atender necessidade de serviços e carência de pessoal, o procedimento do banco de contratar por meio de licitação advogados autônomos e escritórios de advocacia para tal fim, quando em curso prazo de validade do concurso, caracteriza violação à regra do concurso público (art. 37, IV, da Constituição Federal), e aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública e a boa-fé que deve ser observada nas relações jurídicas, configurando preterição dos candidatos regularmente aprovados, passando a existir direito subjetivo à nomeação do autor, consoante já decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal, in verbis: (fl.765 – sem destaques no original)

Nesse sentido, a determinação da Corte Regional, de imediata contratação do Recorrido, sem que este tenha direito adquirido à nomeação, pois aprovado na posição de 15º colocado para preenchimento



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

de cadastro reserva, encerra violação do artigo 37, caput e inciso II, da CF, impondo o conhecimento do recurso de revista.

CONHEÇO, pois, do recurso de revista, por ofensa aos artigos 37, *caput* e inciso II e 173, § 1º, I e II, da Constituição Federal.

2. MÉRITO

2.1. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PARA ADVOGADO. CADASTRO RESERVA. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA, POR MEIO DE LICITAÇÃO, PARA ACOMPANHAMENTO DE AÇÕES DE COBRANÇA. AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.

Conhecido o recurso de revista, por ofensa aos artigos 37, *caput* e inciso II e 173, § 1º, I e II, da Constituição Federal, **DOU-LHE PROVIMENTO** para, reformando o acórdão regional, afastar a antecipação de tutela concedida e seus efeitos, inclusive multa diária, e excluir a condenação do BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A. à imediata contratação do Reclamante, julgando improcedentes os pedidos, prejudicado o exame dos demais tópicos do recurso de revista. Inverto o ônus da sucumbência. Custas em reversão, pelo Reclamante, dispensadas, à vista da gratuidade de justiça que ora concedo, conforme pedido à fl.85.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista apenas quanto à contratação imediata de advogado aprovado em concurso para preenchimento de cadastro de reserva, por ofensa aos artigos 37, caput e inciso II, e 173, § 1º, I e II, da Constituição Federal e, no mérito, dar-lhe provimento para, reformando o acórdão regional, afastar a antecipação de tutela concedida e seus efeitos, inclusive multa diária, e excluir a condenação do BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A. à imediata contratação do Reclamante, julgando improcedentes os pedidos, prejudicado o exame dos demais tópicos do recurso de revista. Invertido



PROCESSO Nº TST-RR-745-64.2012.5.06.0002

o ônus da sucumbência. Custas em reversão, pelo Reclamante, dispensadas, à vista da gratuidade de justiça concedida.

Brasília, 26 de Outubro de 2016.

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

DOUGLAS ALENCAR RODRIGUES
Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 100149A41194A0CEB3.