



PROCESSO Nº TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

A C Ó R D ã O
7ª Turma
CMB/ac

RECURSO DE REVISTA DOS AUTORES EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. CONCURSO PÚBLICO. ADVOGADO. HABILITAÇÃO EM CADASTRO RESERVA. CONTRATAÇÃO ILEGAL DE

TERCEIROS COMPROVADA. 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. Assim, com base no contexto fático delimitado pela Corte de origem, verifica-se que os autores, habilitados em cadastro de reserva, possuem direito líquido e certo à nomeação, porquanto comprovada a existência de vaga para a qual obtiveram aprovação, bem como a contratação ilegal de terceiros para o exercício das funções do cargo



PROCESSO Nº TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

pretendido durante a vigência do concurso. É válido esclarecer que toda ação da Administração Pública encontra-se conformada pelo regime jurídico-administrativo (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal) e, como tal, vinculada aos princípios expressos e implícitos, dentre os quais emana o princípio da finalidade pública. Logo, a contratação de trabalhadores temporários ou terceirizados para o preenchimento de vagas no prazo de concurso vigente, em prejuízo da investidura daquele devidamente selecionado pela Administração Pública, mediante a realização do certame, implica, sem dúvidas, o desrespeito aos interesses da coletividade, em claro desvio de finalidade. Decisão regional que merece reforma para restabelecer a sentença. Recurso de revista conhecido e provido. **AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO ASSISTENTE LITISCONSORCIAL EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. CONCURSO PÚBLICO. ADVOGADO. HABILITAÇÃO EM CADASTRO RESERVA. CONTRATAÇÃO ILEGAL DE TERCEIROS COMPROVADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO.** Agravo de instrumento a que se dá provimento para determinar o processamento do recurso de revista, em face de haver sido demonstrada violação do artigo 37, II, da Constituição Federal.

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO ASSISTENTE LITISCONSORCIAL EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. CONCURSO PÚBLICO. ADVOGADO. HABILITAÇÃO EM CADASTRO RESERVA. CONTRATAÇÃO ILEGAL DE



PROCESSO Nº TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

TERCEIROS COMPROVADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. Reporto-me aos fundamentos utilizados na análise do recurso de revista dos autores com relação ao mesmo tema em referência. Recurso de revista conhecido e provido. **RECURSO DE REVISTA ADESIVO DA RÉ INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. FASE PRÉ-CONTRATUAL.** A ampliação da competência da Justiça do Trabalho, fruto da Emenda Constitucional nº 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 as consequências que projeta no patrimônio jurídico dos sujeitos que o celebram. No caso, a pretensão se refere à expectativa de contratação de aprovados em concurso público realizado pela ré, 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. Recurso de revista não conhecido.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1001BAC97F5BB53369.



PROCESSO N° TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

Vistos, relatados e discutidos estes autos de
Recurso

de Revista n° **TST-RR-634-76.2013.5.12.0035**, em que são Recorrentes e
Recorridos [REDACTED], [REDACTED] **E OUTROS e**
CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF.

Em face do acórdão às fls. 1205/1229, complementado
às fls. 1353/1368, oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª
Região, o assistente litisconsorcial e os autores interpõem recursos
de revistas às fls. 1397/1417 e 1581/1599, respectivamente.

Apenas ao recurso de revista interposto pelos
autores
foi dado seguimento, conforme decisão às fls. 1661/1666.

O assistente litisconsorcial, não se conformando com
a decisão que denegou seguimento ao seu recurso de revista, interpôs
agravo de instrumento às fls. 1743/1755.

A ré apresentou contrarrazões e interpôs recurso de
revista adesivo às fls. 17/13/1720, o qual foi admitido, mediante
decisão exarada à fl. 1757.

Contrarrazões ao recurso de revista adesivo, às fls.
1761/1771.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público
do Trabalho, nos termos do artigo 83, § 2º, II, do Regimento Interno
do TST.

É o relatório.

V O T O

Inicialmente, destaco que os presentes apelos serão
apreciados à luz da Consolidação das Leis do Trabalho, sem as
alterações promovidas pela Lei n° 13.015/2014, uma vez que se aplica
apenas aos recursos interpostos em face de decisão publicada já na
sua vigência, o que não é a hipótese dos autos - acórdão regional
publicado em 01/07/2014.

Pela mesma razão, incidirá, em regra, o CPC de 1973,



PROCESSO Nº TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

exceto em relação às normas procedimentais, que serão aquelas do Diploma atual (Lei nº 13.105/2015), por terem aplicação imediata, inclusive aos processos em curso (artigo 1046).

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELOS AUTORES

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

**CONCURSO PÚBLICO - ADVOGADO - HABILITAÇÃO EM
CADASTRO RESERVA - CONTRATAÇÃO ILEGAL DE TERCEIROS COMPROVADA -
DIREITO LÍQUIDO
E CERTO À NOMEAÇÃO**

CONHECIMENTO

Os recorrentes alegam que a ré, "ao aceitar a terceirização desmedida das atividades típicas de cargos públicos da recorrida, quando há candidatos aprovados em concurso público aptos a ocupar o cargo", violou o artigo 37, II, da Constituição Federal. Indicam contrariedade à Súmula nº 331, III, desta Corte e transcrevem arestos para o confronto de teses.

Eis o acórdão:

"O candidato aprovado em concurso público para cadastro de reserva possui mera expectativa à nomeação; contudo, essa expectativa se convola em direito subjetivo na hipótese de, durante o prazo de vigência do certame público, haver contratação precária de pessoal para o preenchimento de vagas existentes, caracterizando-se, assim, preterição dos candidatos aprovados no certame para ocupar o mesmo cargo ou função. É necessário, repiso, estar comprovada a existência de vagas para que a mera expectativa à nomeação de candidato aprovado para cadastro de reserva convole-se em direito subjetivo.

[...]

Todavia, no presente caso, não há provas da existência de vagas de advogado no polo escolhido pelos recorridos, em contraponto à alegação da recorrente de que as 38 vagas de advogado no polo de Santa Catarina estão preenchidas. De outro lado, é imperioso esclarecer que a necessidade de contratação de escritórios de advocacia terceirizados não se confunde, por si só, com a existência de cargo/emprego público vago de advogados no âmbito da recorrente, mormente porque, como empresa pública federal, a aprovação



PROCESSO Nº TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

do quantitativo de pessoal próprio nos quadros da recorrente obedece os termos do art. 1º do Decreto n. 3735/20011, que estabelece diretrizes aplicáveis às empresas federais. [...]

Por fim, saliento que esse entendimento não implica, ainda, violação ao pacificado por meio da Súmula n. 15 do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que os advogados terceirizados não ocupam cargo, tampouco emprego públicos, mas apenas prestam, enquanto necessários forem, os serviços jurídicos, de modo que não há violação ao art. 37, inc. II, da CF. Desse modo, realizado o certame para cadastro de reserva e não existindo vagas de advogado disponíveis a serem providas, não há falar em direito subjetivo dos autores à nomeação, de modo que merece reforma o julgado.”

Em sede de embargos de declaração, a Corte a quo
asseverou:

“1 - EMBARGOS DE [REDACTED]

a) Portaria n. 14, de 17-7-2013, do Ministério do Planejamento. Fato superveniente

No acórdão ora embargado, não foi reconhecido o direito subjetivo dos autores, candidatos aprovados no concurso público para cadastro de reserva, à nomeação para o cargo de advogado, ante os seguintes fundamentos:

[...]

Todavia, no presente caso, não há provas da existência de vagas de advogado no polo escolhido pelos recorridos, em contraponto à alegação da recorrente de que as 38 vagas de advogado no polo de Santa Catarina estão preenchidas.

De outro lado, é imperioso esclarecer que a necessidade de contratação de escritórios de advocacia terceirizados não se confunde, por si só, com a existência de cargo/emprego público vago de advogados no âmbito da recorrente, mormente porque, como empresa pública federal, a aprovação do quantitativo de pessoal próprio nos quadros da recorrente obedece os termos do art. 1º do Decreto n. 3735/2001, que estabelece diretrizes aplicáveis às empresas federais.

[...]

Como se vê, as premissas adotadas foram as seguintes: a) que os candidatos aprovados em concurso público para cadastro de reserva somente possuem direito subjetivo à nomeação se, durante a validade do certame, houver preenchimento das vagas existentes; b) que, no presente caso, não há prova da existência de vagas de advogado no polo escolhido pelos autores.

O autor, por meio dos embargos declaratórios pugna haja pronunciamento a respeito do aumento do limite de empregados da CEF, feito pelo Ministério do Planejamento, por meio da Portaria n. 14, em 17 de julho de 2013, fato que considera superveniente, tornando aplicável o art. 462 do CPC.



PROCESSO N° TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

É cediço que o art. 462 do CPC estabeleça que, “se depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”.

Saliento que, no momento do julgamento do recurso ordinário interposto pela CEF, em 27-5-2014, apesar de já ter sido publicada a referida Portaria, os autores nada referiram a respeito dela, somente o fazendo agora, por ocasião dos embargos declaratórios.

Assim, na medida em que o art. 462 do CPC impõe ao Tribunal a análise de fato superveniente ao proferir acórdão, não se admite sejam os fatos novos suscitados apenas em sede embargos declaratórios, mormente no presente caso, em que os autores, desde 17-7-2013, ou seja, antes do proferimento da decisão colegiada, tinham conhecimento do aumento do limite dos quadros da CEF, mas decidiram quedar-se silentes a respeito desse fato.

Desse modo, a prestação jurisdicional foi entregue com base nos elementos apresentados pelas partes, não havendo falar em modificação do julgado.

Rejeito, pois, nesse aspecto, os embargos declaratórios.

b) Licitude da Terceirização. Preterição dos aprovados para cadastro de reserva

Igualmente aqui não há omissão.

Com efeito, constou da decisão ora embargada a licitude da contratação de escritórios de advocacia para prestarem os serviços jurídicos necessários, restando esclarecida a inexistência de violação ao art. 37, inc. II, da Constituição Federal, bem como a não preterição dos candidatos.

A ausência de violação ao referido dispositivo constitucional, aos princípios nele mencionados, bem como a inexistência de preterição dos candidatos aprovados para cadastro de reserva é extraída, de outra feita, do excerto do julgado por meio do qual restou esclarecido que os advogados terceirizados não ocupam cargos, tampouco emprego público, mas apenas prestam serviços jurídicos enquanto necessários forem.

Ausentes as omissões apontadas, rejeito, aqui, os embargos declaratórios.

c) Decreto-Lei n. 759/1969

Argumenta não ter constado do acórdão tese a respeito da (in)aplicabilidade do art. 5º do Decreto-Lei n. 759/69, que proíbe a ocupação por terceiros não concursados das funções técnicas da CEF, dentre elas a de advogado, estando em consonância ainda com o disposto no art. 2º da Lei n. 8844/1994.

Também aqui inexistente omissão.

Ora, o entendimento de que os advogados terceirizados não ocupam cargo/emprego público junto aos quadros da ré rechaça, igualmente, suposta violação ao art. 5º do Decreto-lei n. 759/1969, com o seguinte teor: “O



PROCESSO Nº TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

pessoal da CEF será obrigatoriamente admitido mediante concurso público de provas ou de provas e títulos”. Do mesmo modo, não há ofensa ao art. 2º da Lei n. 8.844/19941, mormente porque esse dispositivo não impede a atuação de advogados terceirizados pela CEF nos casos nele especificados.

Assim, impõe-se a rejeição dos embargos declaratórios.

2 – EMBARGOS DECLARATÓRIOS DOS DEMAIS AUTORES

[...]

À análise.

Há omissão no julgado acerca da suposta violação do item 13.4 do Edital 01/2012/NS, pelo que passo a supri-la. Todavia, a contratação de escritórios de advocacia terceirizados não fere esse regramento, tendo em vista que as admissões nele referidas dizem respeito ao provimento dos cargos/empregos público objeto do respectivo certame público, não abrangendo, pois, as hipóteses de terceirização, por meio das quais não há provimento de vaga. Acolho, assim, os presentes embargos, nesse aspecto, para, suprimindo a omissão, acrescentar esses fundamentos ao julgado.

De outra feita, a adoção da tese no sentido de que a terceirização de escritórios de advocacia não gera o provimento de emprego público nos quadros da ré, afasta, de pronto, violação aos postulados estabelecidos no art. 37 da CF, pelo que não há omissão a esse respeito, já que essa conclusão deriva dos termos da fundamentação do julgado, não havendo necessidade de rebater, um a um, todos os argumentos das partes.

É, igualmente, despidiêda a manifestação desta Câmara acerca da razão pela qual não há vagas nos quadros da ré, porquanto essa circunstância refoge da alçada deste Juízo.

Há omissão, contudo, a respeito da alegação de ofensa ao art. 54 do Estatuto da ré, segundo o qual a admissão de seu pessoal ocorrerá obrigatoriamente por concurso público. Suprimindo-a, ressalto que a contratação de escritórios de advocacia não gera admissão no quadro de pessoal da ré, composto estritamente de empregados, e não de advogados terceirizados. Assim, acolho os presentes embargos no particular para declarar que não há violação ao Estatuto da ré.

Do mesmo modo, não houve manifestação acerca da alegada violação do art. 1º do Decreto Federal n. 2271/97; todavia, inaplicável à CEF, empresa pública, já que esse dispositivo regulamenta a Administração Direta, autárquica e fundacional. De outro espeque, a interpretação de dispositivos legais pelo Tribunal de Contas da União não vincula o Poder Judiciário.

Também há omissão acerca do item III da Súmula n. 331 do TST. Todavia, não há ilicitude na terceirização dos serviços de advocacia, porquanto atividades-meio da ré. Assim, acolho os presentes embargos para suprir a omissão, fazendo constar dos fundamentos do julgado.

De outro lado, a adoção da premissa de ausência de vagas nos quadros da ré para o cargo de advogado torna despidiêdo o exame do argumento da ré de (in)existência de dotação orçamentária para a contratação de novos empregados.



PROCESSO Nº TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

Acolho, por fim, os presentes embargos para fazer constar expressamente dos fundamentos do acórdão a inexistência de violação dos seguintes dispositivos de lei: arts. 1º, 2º, 37, inc. I e II, 109, 114, 169, inc. II e §1º, 170, IV e VIII, 173, da CF; 10, §7º do Decreto-lei n. 200/67, 2º do Decreto-lei n. 759/69; 13, 22, 25, 26 e 114 c/c 2º e 6º da Lei n. 8666/93; Decreto 3735/2001; 1º, §1º, do Decreto n. 2271/97; 46 do Decreto n. 6473/2008; 47 do CPC; 2º do Decreto-lei n. 759/69 e, por fim, 2º, 6º, 22 e 25 da Lei n. 8666/93.

Ante todo o exposto, acolho em parte os presentes embargos, a fim de, suprimindo as omissões constatadas, acrescentar fundamentos ao julgado, sem, contudo, conferir-lhe efeito modificativo.” (fls. 1363/1367 - destaquei)

A controvérsia cinge-se em definir se candidato aprovado em concurso público para o cargo de advogado da CEF, em cadastro de reserva, tem direito à nomeação ou mera expectativa de direito quando constatada a contratação irregular de terceiros durante o prazo de validade do certame.

No caso concreto, é incontroverso que a CEF, ente integrante da Administração Pública indireta, após a realização de concurso público para preenchimento de cadastro de reserva para o cargo de advogado, e no prazo de validade do certame, efetuou contratações para a prestação de serviços advocatícios.

Pois bem.

Inicialmente afirmo que a realização do concurso público não deve se traduzir em promessa vazia para o candidato e para a sociedade em geral. O pressuposto para a sua realização é a necessidade do trabalho a ser desempenhado por aqueles que vierem a lograr êxito, na proporção das vagas existentes, e, por isso mesmo, o direito à nomeação resulta inquestionável quando a necessidade se mostra presente.

Evidente que, em se tratando de formação de cadastro de reserva, não há que se falar na existência de direito subjetivo à imediata nomeação, pois, como se sabe, o certame se destina a agilizar o processo de seleção, na medida em que o antecipa, e dilata a nomeação para o tempo em que surgirem as vagas. O candidato aprovado em cadastro de reserva, frise-se, é mero detentor de expectativa de direito à nomeação.



PROCESSO Nº TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

Contudo, 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, aparecerem novas vagas, “seja em razão da criação de novos cargos mediante lei, seja em virtude de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento” (AgRg no RMS 38117/BA, Relator Ministro Castro Meira, Órgão Julgador SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 18/12/2012, Data da Publicação DJe 08/02/2013).

Há ainda direito subjetivo à nomeação 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.

Nessa linha, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela que a ocupação precária de atribuições do cargo efetivo vago, mediante comissão, terceirização ou contratação temporária, para o qual existem candidatos aprovados em concurso público com prazo de validade vigente, denota ato administrativo maculado pelo desvio de finalidade, equivalente a não observância da ordem de classificação no certame, o que gera direito à nomeação para os candidatos aprovados, ainda que em cadastro de reserva. É o que se extrai dos seguintes julgados daquela Corte:

“Agravos regimentais no recurso extraordinário com agravos. 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. Agravos regimentais não providos.” (ARE 659921 AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, Órgão Julgador: Primeira Turma, DJe 09/08/2013) - destaquei;

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXISTÊNCIA DE CANDIDATOS DEVIDAMENTE APROVADOS E HABILITADOS EM CERTAME VIGENTE. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A ocupação precária, por comissão, terceirização, ou contratação temporária, para o exercício das mesmas atribuições do cargo



PROCESSO Nº TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

para o qual promovera o concurso público, configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, caracterizando verdadeira burla à exigência constitucional do artigo 37, II, da Constituição Federal. Precedente: AI 776.070-AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes, Dje 22/03/2011. 2. *In casu*, o acórdão originariamente recorrido assentou: "MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXISTÊNCIA DE CANDIDATOS DEVIDAMENTE APROVADOS E HABILITADOS EM CERTAME VIGENTE. BURLA À EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DO ART. 37, II, DA CF/88. CARACTERIZAÇÃO. DEFERIMENTO DA ORDEM QUE SE IMPÕE. I- A aprovação em concurso público, fora da quantidade de vagas, não gera direito à nomeação, mas apenas expectativa de direito. II- Essa expectativa, no entanto, convola-se em direito subjetivo, a partir do momento em que, dentro do prazo de validade do concurso, há contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição àqueles que, aprovados em concurso ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. Precedentes do STJ. (RMS nº 29.973/MA, Quinta Turma. Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIS FILHO. DJE 22/11/2010). III- A realização de processo seletivo simplificado, no caso ora apresentado, representou manifesta afronta à Lei Estadual nº 6.915/97, a qual regula a contratação temporária de professores no âmbito do Estado do Maranhão, especificamente do inciso VII do seu art. 2º. IV- Com efeito, a disposição acima referida é clara no sentido de que somente haverá necessidade temporária de excepcional interesse público na admissão precária de professores na Rede Estadual de Ensino acaso não existam candidatos aprovados em concurso público e devidamente habilitados. V- A atividade de docência é permanente e não temporária. Ou seja, não se poderia admitir que se façam contratações temporárias para atividades permanentes, mormente quando há concurso público em plena vigência, como no caso em apreço. Essa contratação precária, friso uma vez mais, é uma burla à exigência constitucional talhada no art. 37, II, da CF/88. VI- Segurança concedida. 3. Agravo regimental não provido." (ARE 649046 AgR/MA, Relator Ministro Luiz Fux, Órgão Julgador: Primeira Turma, DJe de 13/9/2012) - destaquei;

"Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Concurso público. Nomeação de comissionados. Preterição de candidata aprovada em concurso público. Direito à nomeação. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, comprovada a necessidade do serviço e a existência de vaga, sendo esta preenchida, ainda que precariamente, fica caracterizada a preterição do candidato aprovado em concurso público. 2. Agravo regimental não provido." (ARE 646080 AgR / GO – GOIÁS, Relator Ministro Dias Toffoli, Órgão Julgador: Primeira Turma, DJe 06/02/2012) - destaquei;



PROCESSO Nº TST-RR-634-76.2013.5.12.0035.

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CF/88, ART. 37, IX. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA O MAGISTÉRIO MUNICIPAL. PRETERIÇÃO DE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. 1. A regra constitucional é o provimento de cargo público mediante concurso. 2. Comprovada a necessidade de contratação de pessoal, os candidatos aprovados em concurso público serão nomeados em detrimento de contratações temporárias. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 555141 AgR/RJ, Relatora Ministra Ellen Gracie, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJe de 24/2/2011) - destaquei;

“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, Relator Ministro Eros Grau, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJe 14/05/2010).

De igual modo, o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento da Suprema Corte, pacificou sua jurisprudência no sentido de que “a aprovação do candidato dentro do cadastro de reserva, ainda que fora do número de vagas inicialmente previstas no edital do concurso público, confere-lhe o direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo se, durante o prazo de validade do concurso, demonstrado o interesse da Administração Pública, surgirem novas vagas, seja em razão da criação de novos cargos mediante lei, seja em virtude de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento” (AgRg no RMS 38117/BA, Relator Ministro Castro Meira, Órgão Julgador SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 18/12/2012, Data da Publicação DJe 08/02/2013).

O STJ reconhece, ainda, o direito líquido e certo à nomeação de candidatos aprovados dentro do cadastro de reserva quando houver preterição na ordem de classificação e contratação precária de terceiros para o exercício das funções do cargo efetivo no período de validade do concurso público.

Cito, por oportuno, os seguintes julgados:



PROCESSO Nº TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

“ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. QUADRO DE RESERVA. PRETERIÇÃO OU CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE TERCEIROS. NÃO COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cinge-se a hipótese a Mandado de Segurança impetrado contra o Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, no qual os impetrantes alegam que foram aprovados, na 5ª, 8ª e 10ª colocações, em concurso para o cargo de Analista de Controle Externo - Especialidade Tecnologia da Informação, e que estão sendo preteridos no direito à nomeação pelo fato de haver contratação de empresa terceirizada para o fornecimento de pessoal para o exercício das funções inerentes ao mencionado cargo.

2. O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que a aprovação do candidato dentro do cadastro de reserva confere-lhe direito líquido e certo à nomeação para o respectivo cargo se, durante o prazo de validade do concurso, demonstrado o interesse da Administração Pública, surgirem novas vagas ou houver contratação precária para o exercício do cargo.

3. *In casu*, nenhuma dessas hipóteses se configurou. O edital não determinou o número de vagas do Cadastro de Reserva a serem preenchidas, tampouco há nos autos comprovação de que os impetrantes tenham sido preteridos ou de ocorrência de contratação precária de terceiros para o exercício do cargo de Analista de Controle Externo - Especialidade Tecnologia da Informação durante a validade do certame.

4. Concluiu-se que os recorrentes não lograram demonstrar violação a direito líquido e certo a ser amparado pela via do Mandado de Segurança. 5. Agravo Regimental não provido.” (AgRg no RMS 38618/GO, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Órgão Julgador, SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 05/12/2013, Data da Publicação DJe 06/03/2014) - destaquei;

“CONCURSO PÚBLICO. CLASSIFICAÇÃO EM CADASTRO DE RESERVA. PRETENSÃO DE NOMEAÇÃO. SUPOSTA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA O MESMO CARGO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

1. A jurisprudência deste Tribunal orienta-se por admitir a convalidação da mera expectativa de direito em direito público subjetivo quando o candidato aprovado fora do número de vagas tem sua nomeação preterida diante do surgimento, dentro do período de validade do concurso, de vacância do cargo ou de contratação temporária para as mesmas funções.

2. É forçoso, no entanto, a comprovação dessa situação por quem a alega, não havendo no caso concreto evidência de que a contratação temporária efetuada pela Administração tocantinense tenha sido exatamente para as mesmas funções do cargo público oferecido no edital do concurso. 3. Agravo regimental não provido.” (AgRg nos EDcl no RMS 40715/TO, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Órgão Julgador



PROCESSO Nº TST-RR-634-76.2013.5.12.0035
SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 03/09/2013, Data da Publicação
DJe 11/09/2013) - destaquei;

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. PRETERIÇÃO NÃO COMPROVADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO.

1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital tem direito líquido e certo à nomeação. Durante o período de validade do certame, compete à Administração, atuando com discricionariedade, nomear os candidatos aprovados de acordo com sua conveniência e oportunidade.

2. Esse entendimento (poder discricionário da Administração para nomear candidatos aprovados no certame durante sua validade) é limitado na hipótese de haver contratação precária de terceiros para o exercício dos cargos vagos e ainda existirem candidatos aprovados no concurso. Nessas situações, a expectativa de direito destes seria convolada, de imediato, em direito subjetivo à nomeação.

3. A despeito da jurisprudência do STJ, *in casu*, não conseguiu o impetrante (que não se classificara dentro do número das vagas do edital) provar que o Ministério de Estado do Esporte nomeou candidatos e/ou terceirizados em vagas que surgiram posteriormente à homologação do concurso durante a validade deste.

4. Mandado de Segurança denegado.” (MS 16.696/DF, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 05/06/2013) - destaquei;

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE COATORA. LITISPENDÊNCIA. CANDIDATOS CLASSIFICADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. CARGO OCUPADO EM CARÁTER PRECÁRIO. COMPROVAÇÃO.

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado em face da Sra. Ministra de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Sr. Ministro de Estado da Saúde em razão de ato consubstanciado na não-convocação dos impetrantes para nomeação e posse no cargo de Técnico em Pesquisa e Investigação Biomédica, área de atuação criação e manejo de primatas, no Instituto Evandro Chagas e Centro Nacional de Primatas.

2. Os candidatos informam que ficaram colocados em 1º, 1º lugar na condição de portador de deficiência, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 10º, 13º, 14º, 16º, 20º, 21º, 23º, 24º, 25º, 28º e 29º lugar, respectivamente, no concurso público para provimento do referido cargo que tinha 33 vagas, ou seja, foram aprovados em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital, o que confere a eles a nomeação e posse.



PROCESSO N° TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

3. A Ministra de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão possui legitimidade para figurar no pólo passivo, uma vez que a ausência de nomeação está relacionada com o ato omissivo reputado como coator: a inércia em autorizar a nomeação, que é ato próprio da referida autoridade.

4. O impetrante Dojean Froes Araújo, 1º lugar no referido cargo, apresentou mandado de segurança n° 2992-86.2012.4.01.3400, em curso perante o MM. Juízo da 20ª Vara Federal do Distrito Federal, com a mesma causa de pedir e pedido (petição inicial - fl. 301/314) aduzidos na presente ação; razão pela qual, em relação ao referido impetrante, deve ser extinto o feito, sem resolução do mérito, nos moldes do artigo 267, inciso V, do CPC (litispendência).

5. Esta Corte Superior adota entendimento segundo o qual a regular aprovação em concurso público em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital confere ao candidato direito subjetivo a nomeação e posse dentro do período de validade do certame. Porém, tal expectativa de direito é transformada em direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado se, no decorrer do prazo de validade do edital, houver a contratação precária de terceiros para o exercício dos cargos vagos, salvo situações excepcionais plenamente justificadas pela Administração, de acordo com o interesse público.

6. Os impetrantes demonstram a existência de terceirizados exercendo as mesmas funções do cargo para que foram aprovados, uma vez que pela documentação apresentada, há como concluir que os 26 tratadores de animais contratados exercem a mesma função do cargo em questão com lista de candidatos aprovados.

7. É incontroverso a existência de vagas para o referido cargo, no período de vigência do certame, a qual foram ocupadas, em caráter precário, por meio de contratação de terceirizados. Nesse ponto, não há falar em discricionariedade da Administração Pública para determinar a convocação de candidatos aprovados, a qual deve ser limitada à conveniência e oportunidade da convocação dos aprovados.

8. Como os candidatos

[REDACTED]

[REDACTED] ficaram colocados em 1º lugar na condição de portador de deficiência, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 10º, 13º, 14º, 16º, 20º, 21º, 23º, 24º, 25º, 28º e 29º lugar, para o cargo que tem 33 vagas, ou seja, foram aprovados em posição classificatória compatível com as vagas previstas em



PROCESSO N° TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

edital, possuem direito a nomeação e posse, cumpridas as exigências do edital.

9. Segurança concedida. Extinção do processo sem resolução do mérito, nos moldes do artigo 267, inciso V, do CPC, em relação ao impetrante DOJEAN FROES ARAÚJO.” (MS 19.221/DF, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2013, DJe 18/04/2013) - destaquei;

“ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. POSTERIOR CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXISTÊNCIA DE VAGAS NO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO PARA O MESMO CARGO COMPROVADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. 1. O candidato aprovado fora do número de vagas previsto no edital possui mera expectativa à nomeação, apenas adquirindo esse direito caso haja a comprovação do surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso público, bem como o interesse da administração no seu preenchimento. 2. A contratação temporária fundamentada no art. 37, IX, da Constituição da República não implica necessariamente o reconhecimento de haver cargos efetivos disponíveis. Nesses casos, a admissão no serviço ocorre em decorrência de situações marcadas pela transitoriedade e excepcionalidade, devendo ser justificadas pelo interesse público. 3. Por outro lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta que „o candidato aprovado em concurso público não pode ter sua nomeação preterida em razão da contratação temporária de pessoal, dentro do prazo de validade do concurso” (ARE 648980/MA, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 04/10/2011, DJe 25/10/2011). 4. A Segunda Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a considerar que a contratação precária de profissionais durante o prazo de validade do concurso, principalmente no caso dos professores, por executarem atividade essencial prestada pelo Estado, convola a expectativa de direito dos aprovados em direito subjetivo à nomeação. Precedente: RMS 34794/MA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 14/02/2012. 5. Agravo regimental não provido.” (AgRg no RMS 36811/MA, Relator Ministro CASTRO MEIRA, Órgão Julgador SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento Dje de 3/8/2012) – destaquei.

Conforme consta nos excertos supracitados, ainda que a aprovação do candidato no concurso público se destine a compor cadastro de reserva, a mera expectativa de direito à nomeação se convolada em direito público subjetivo se houver a ocupação precária



PROCESSO Nº TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

das atribuições do cargo efetivo vago, quer seja mediante comissão, terceirização ou contratação temporária.

Não é outro o entendimento desta Corte Superior, conforme se verifica das decisões proferidas pela SBDI-1 e por suas turmas. Vejamos:

"ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO PARA FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA. APROVAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS NO DECORRER DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. PRETERIÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. 1. Consoante o mandamento insculpido na cabeça do artigo 37 da Constituição da República, a Administração Pública, tanto direta quanto indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, está submetida aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Uma vez constatado o desvio de finalidade na conduta do administrador, afastando-se o ato praticado do interesse público, norteador do desempenho administrativo, para alcançar fim diverso daquele que a lei obriga, impõe-se a submissão do referido ato à revisão judicial ou administrativa, porquanto configurada ilegalidade, constituindo causa de nulidade do ato administrativo. 2. Conforme entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a aprovação de candidato em concurso público realizado para preenchimento de cadastro de reserva não gera, em princípio, direito subjetivo à nomeação, mas mera expectativa de direito. Todavia, a contratação precária de pessoal, no prazo de validade do concurso público - seja mediante comissão, terceirização ou contratação temporária -, para o desempenho das mesmas atribuições do cargo para o qual realizado o certame, configura preterição dos candidatos aprovados, ainda que fora das vagas previstas no edital ou para preenchimento de cadastro de reserva, evidenciando desvio de finalidade, em inequívoca transgressão à exigência do artigo 37, II, da Lei Magna. 3. No caso concreto, restou comprovado que a Caixa Econômica Federal - CEF, ente integrante da Administração Pública indireta, após a realização de concurso público para preenchimento de cadastro de reserva para o cargo de advogado, e no prazo de validade do certame, efetuou contratações para a prestação de serviços advocatícios, bem como realizou novo concurso público, configurando inequívoca preterição dos candidatos aprovados no concurso anterior. Uma vez constatado que o ente público terceirizou os serviços para os quais houve realização de concurso público para preenchimento de cadastro de reserva, no prazo de validade do certame, resulta demonstrada a necessidade premente de provimento do cargo descrito no edital, autorizando concluir pelo desvio de finalidade do ato administrativo. Nessas circunstâncias, convola-se a expectativa de direito em direito subjetivo à



PROCESSO Nº TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

nomeação. 4. Precedentes. 5. Agravo de instrumento a que se nega provimento." (AIRR - 584-16.2012.5.10.0011, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/02/2015);

“RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. BANCO DO NORDESTE DO BRASIL. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. ADVOGADO. TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ADVOCACIA. DIREITO À NOMEAÇÃO. Embora o candidato aprovado no cadastro de reserva não possua direito adquirido à nomeação, apenas expectativa de direito, o fato de ter sido realizado concurso público já revela preparação do reclamado com vistas a suprir eventual perda do quadro de advogados e ter recursos humanos suficientes para atender a necessidade normal e permanente do setor jurídico da reclamada. A contratação de escritórios para recuperação de créditos do banco quase prescritos demonstra terceirização da atividade jurídica do reclamado, a despeito da existência de candidatos aprovados e aguardando a nomeação. Houve, portanto, terceirização ilícita de atividade porque, sendo rotineira a cobrança de ativos, deveria ser realizada por advogados concursados, em atenção à exigência do art. 37, caput e II, da Constituição Federal. Recurso de embargos conhecido e não provido.” (E-ED-RR - 2167-67.2011.5.22.0001, Redator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 16/04/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 05/06/2015);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ENTIDADE ESTATAL. CONCURSO PÚBLICO. IMPERATIVIDADE DA CONTRATAÇÃO DOS APROVADOS CASO HAJA VAGA, SALVO SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, CONSISTENTEMENTE MOTIVADAS, OBSERVADAS SUA SUPERVENIÊNCIA, IMPREVISIBILIDADE, GRAVIDADE E NECESSIDADE. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. A aprovação em concurso público gera direito subjetivo à nomeação à vaga existente, respeitada a ordem de classificação do candidato aprovado. Tal direito subjetivo afasta a conduta da entidade estatal que traduza preterição direta ou indireta, afastando também a validade da inércia quanto à convocação dos aprovados nas vagas existentes. A decisão de não convocação somente pode ocorrer em situações excepcionais e desde que consistentemente motivadas, fundadas em fatores que se caracterizem, simultaneamente, pela superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade. Não configuradas tais circunstâncias excepcionais e motivadas, porém nítida preferência pela preterição indireta, via terceirização, confere-se procedência ao pleito exordial de nomeação do Reclamante ao cargo para o qual foi aprovado. Correta, portanto, a decisão recorrida. Assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão



PROCESSO Nº TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR-436-15.2011.5.22.0105, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/06/2013);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. (...) CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO RESERVA. CONTRATAÇÃO DE TERCEIRIZADOS EM DETRIMENTO DOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À CONTRATAÇÃO. Este Tribunal já se manifestou no sentido de que não há somente expectativa de direito, de candidato aprovado em concurso público (cadastro de reserva), quando a Administração Pública, no prazo de validade do concurso, contrata terceirizados no lugar de concursados. Precedentes. Agravo de Instrumento conhecido e não provido.” (AIRR - 2004-81.2012.5.03.0001, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/04/2014);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. BANCO DO BRASIL. LEI Nº 13.015/2014. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONCURSO PÚBLICO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. CADASTRO RESERVA. CONTRATAÇÃO DE TERCEIRIZADOS EM DETRIMENTO DOS CANDIDATOS APROVADOS. IMPOSSIBILIDADE. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. JUSTIÇA GRATUITA. 1 - Recurso de revista na vigência da Lei nº 13.015/2014. 2 - Em relação ao tema "competência da justiça do trabalho", no recurso de revista, foram atendidos os requisitos do art. 896, § 1º-A, I, II e III, introduzidos pela Lei nº 13.015/2014. A decisão do Regional está em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte Superior de que a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias relativas a período pré-contratual, como é o caso dos autos, em que o reclamante foi aprovado em concurso público para preenchimento de cadastro de reserva, e alega ter sido preterido em razão da contratação de profissionais terceirizados para exercerem as mesmas atribuições. Precedentes. 3 - Relativamente ao tema "contratação de terceirizados em detrimento dos candidatos aprovados", foram atendidos os requisitos do art. 896, § 1º-A, I, II e III, introduzidos pela Lei nº 13.015/2014. 4 - O TRT decidiu em conformidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de que a aprovação de candidato em concurso público realizado para preenchimento de cadastro de reserva não gera, em princípio, direito subjetivo à nomeação, mas mera expectativa de direito. Contudo, a contratação precária de pessoal, dentro do prazo de validade do concurso público, para o desempenho das mesmas atribuições do cargo para o qual realizado o certame, como no caso em análise, configura preterição dos candidatos aprovados, ainda que fora das vagas previstas no edital ou para



PROCESSO Nº TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

preenchimento de cadastro de reserva, revelando desvio de finalidade, em desrespeito ao art. 37, II, da Constituição da República. Assim, a expectativa de direito transforma-se em direito subjetivo à nomeação, porquanto demonstrada a necessidade de provimento do cargo. Precedentes. 5 - Quanto aos temas "valor da indenização por danos morais" e "justiça gratuita", nas razões do recurso de revista não foram indicados os trechos da decisão recorrida que consubstanciam o prequestionamento, seja através da transcrição do fragmento ou sinalizando o número da página e do parágrafo do acórdão do Regional em que se encontra o trecho da matéria impugnada, o que não se admite nos termos do art. 896, § 1º-A, I, da CLT. 6 - Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (AIRR - 529-76.2014.5.10.0017, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/12/2015) - destaquei;

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. (...) 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, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/09/2012) – destaquei.

E, também, precedente de minha lavra nesse sentido: AIRR-126-10.2014.5.10.0017, 7ª Turma, publicado no DEJT de 22/04/2016.

Portanto, a decisão de não convocação dos candidatos somente pode ocorrer em situações excepcionais e desde que consistentemente motivada, fundada em fatores que se caracterizem, simultaneamente, pela superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade, hipótese não configurada nestes autos.

É válido esclarecer que toda ação da Administração Pública encontra-se conformada pelo regime jurídico-administrativo (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal) e, como tal, vinculada aos



PROCESSO Nº TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

princípios expressos e implícitos, dentre os quais emana o princípio da finalidade pública.

Nos dizeres de Dirley da Cunha Júnior¹, tal preceito revela "o resultado que se busca alcançar com a prática do ato, e que consiste em satisfazer, em caráter geral e especial, os interesses da coletividade. Caso contrário, estar-se-á diante de um desvio de finalidade ou desvio de poder, que acarreta a invalidação do ato administrativo".

Logo, a contratação de trabalhadores temporários ou terceirizados para o preenchimento de vagas no prazo de concurso vigente, em prejuízo da investidura daquele devidamente selecionado pela Administração Pública, mediante a realização do certame, implica, sem dúvidas, o desrespeito aos interesses da coletividade, em claro desvio de finalidade.

Dessa forma, a decisão regional violou o artigo 37, II, da Constituição Federal, razão pela qual conheço do recurso de revista.

MÉRITO

Como consequência lógica do conhecimento do recurso de revista dos autores, por afronta ao artigo 37, II, da Constituição Federal, dou-lhe provimento para restabelecer a sentença às fls. 923/933, nos exatos termos ali consignados.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA
INTERPOSTO PELO ASSISTENTE LITISCONSORCIAL**

CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos legais de
admissibilidade,
conheço do agravo de instrumento.

¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. Editora Juspodivm: 11ª



PROCESSO Nº TST-RR-634-76.2013.5.12.0035.

MÉRITO

**CONCURSO PÚBLICO - ADVOGADO - HABILITAÇÃO EM
CADASTRO RESERVA - CONTRATAÇÃO ILEGAL DE TERCEIROS COMPROVADA -
DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO**

Trata-se de agravo de instrumento em recurso de revista interposto por [REDACTED], candidato aprovado em sétimo lugar no mesmo concurso público dos autores, na qualidade de assistente litisconsorcial. Pretende seja restabelecida a sentença que reconheceu o direito de nomeação dos autores para o cargo de "advogado júnior", em decorrência de aprovação em concurso pelo Edital nº 01/2012, haja vista a contratação precária de pessoal pela ré, dentro do prazo de validade do referido concurso, por terceirização, para o exercício das mesmas atribuições do cargo para o qual foi realizado o concurso. Aponta violação do artigo, 37, I e II, da Constituição Federal. Colaciona arestos.

O pedido de intervenção do agravante nesta ação trabalhista, na condição de assistente litisconsorcial, foi formulado com fulcro no artigo 54 do CPC de 1973 (correspondente ao artigo 124 do CPC) e na Súmula nº 82 desta Corte (fl. 1008) e admitido pelo Juízo de primeiro grau, mediante a decisão de à fl. 1021.

Ao examinar aludido dispositivo, ensina Thereza Alvim

que "pode fazer uso do instituto, assistindo uma das partes, aquele que tem relação jurídica com a parte contrária ao assistido, que será, inexoravelmente, influenciada pela coisa julgada, resultante daquele processo" (*in: O Direito Processual de Estar em Juízo*, Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, vol. 34, Ed. RT: São Paulo, 1996, p. 227).

Esclarece, ainda, que "a assistência litisconsorcial é o meio processual através do qual pode alguém ingressar em processo pendente, onde é discutida e será definitivamente julgada, pelo Poder Judiciário, lide que lhe diz, precipuamente, respeito" (*Idem*, p. 231).

Com essas considerações, reporto-me aos fundamentos



PROCESSO N° TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

adotados no recurso de revista interposto pelos autores e dou provimento ao agravo de instrumento do assistente litisconsorcial para determinar o processamento do recurso de revista, porquanto vislumbrada violação do artigo 37, II, da Constituição Federal.

**RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO ASSISTENTE
LITISCONSORCIAL**

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

**CONCURSO PÚBLICO - ADVOGADO - HABILITAÇÃO EM
CADASTRO RESERVA - CONTRATAÇÃO ILEGAL DE TERCEIROS COMPROVADA -
DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO**

CONHECIMENTO

Reporto-me aos fundamentos adotados no recurso de revista dos autores para conhecer do recurso de revista interposto pelo assistente litisconsorcial, por violação do artigo 37, II, da Constituição Federal.

MÉRITO

Como consequência lógica do conhecimento do recurso de revista, por afronta ao artigo 37, II, da Constituição Federal, dou-lhe provimento para, observando-se a ordem de classificação dos candidatos, estender integralmente ao assistente litisconsorcial, ora recorrente, os efeitos da sentença prolatada às fls. 923/933.

RECURSO DE REVISTA ADESIVO DA RÉ

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



PROCESSO Nº TST-RR-634-76.2013.5.12.0035
COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO -
CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO - CADASTRO DE RESERVA - FASE
PRÉ-CONTRATUAL

CONHECIMENTO

A ré defende a incompetência da Justiça do Trabalho para julgar a presente lide, que trata de preterição de candidatos aprovados em concurso público realizado por sociedade de economia mista. Aponta violação dos artigos 109 e 114, I, da Constituição Federal.

Transcreve arestos para o confronto de teses. Eis
a decisão recorrida:

“Nada obstante ser incontroversa nos autos a ausência de prestação dos serviços pelos autores, nos termos do art. 114, inc. IX, da Constituição Federal, a competência da Justiça do Trabalho abrange as questões atinentes à
relação de trabalho, inclusive na fase pré-contratual.

No caso em análise, os autores reivindicam a sua convocação no concurso público realizado para cadastro de reserva de advogado no ano de 2012 (Edital n. 1/2012/NS, de 16-2-2013), questão relativa à fase questão relativa à fase pré-contratual.

Nos mesmo sentido tem sido o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, consoante julgado assim ementado:

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. [...]. Agravo de Instrumento não provido." (Ag-AIRR - 162000-49.2009.5.19.0010, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT: 22/02/2013)" (fls. 923/925)

Pois

bem.

O inciso I do artigo 114 da Constituição Federal,



PROCESSO Nº TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

incluído pela Emenda Constitucional nº 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 nº 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 as consequências que projetam no patrimônio jurídico dos sujeitos que o celebram.

No caso, a pretensão se refere à expectativa de contratação de aprovados em concurso público realizado pela ré, 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 precedentes desta Corte:

“[...]RECURSO DE REVISTA ADESIVAMENTE INTERPOSTO PELA RECLAMADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. RELAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. LITÍGIO ORIGINADO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL. Consoante o entendimento que vem se consolidando nesta Corte superior, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar litígio originado na fase pré-contratual, relacionado à preterição de candidato aprovado em concurso público para cadastro de reserva, caracterizada pela terceirização, no prazo de validade do certame, dos serviços para o qual fora realizado o concurso. Hipótese em que não se reconhece afronta ao disposto no artigo 114, I, da Constituição da República. Precedentes. Recurso de Revista não conhecido.” (RR - 958-37.2012.5.18.0002, Relator Desembargador Convocado: Marcelo Lamego Pertence, 1ª Turma, DEJT 06/05/2016)



PROCESSO Nº TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. FASE PRÉ-CONTRATUAL DA RELAÇÃO DE TRABALHO. Na hipótese dos autos, conforme consignado no acórdão regional, „(...) sendo a aprovação em concurso público requisito necessário à assunção do candidato à emprego em sociedade de economia mista, como no caso vivenciado nos autos, é patente tratar-se, a hipótese vertente, de verdadeira fase pré-contratual de forma a atrair a competência da Justiça do Trabalho para o processamento e julgamento da lide.”. Portanto, o fato controvertido, apesar de referir-se à fase pré-contratual, está relacionado ao contrato de trabalho, o que é suficiente para determinar a competência do Judiciário Trabalhista, em face do artigo 114, inciso IX, da Constituição Federal. Precedentes desta Corte. Agravo de instrumento desprovido. [...]” (AIRR - 618-05.2014.5.10.0016, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 20/05/2016);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONCURSO PÚBLICO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. 2. ENTIDADE ESTATAL. CONCURSO PÚBLICO. IMPERATIVIDADE DA CONTRATAÇÃO DOS APROVADOS CASO HAJA VAGA, SALVO SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, CONSISTENTEMENTE MOTIVADAS, OBSERVADAS SUA SUPERVENIÊNCIA, IMPREVISIBILIDADE, GRAVIDADE E NECESSIDADE. 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). Ademais, a aprovação em concurso público gera direito subjetivo à nomeação à vaga existente, respeitada a ordem de classificação do candidato aprovado. Tal direito subjetivo afasta a conduta da entidade estatal que traduza preterição direta ou indireta, afastando também a validade da inércia quanto à convocação dos aprovados nas vagas existentes. A decisão de não convocação somente pode ocorrer em situações excepcionais e desde que consistentemente motivadas, fundadas em fatores que se caracterizem, simultaneamente, pela superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade. Não configuradas tais circunstâncias excepcionais e motivadas, porém nítida preferência pela preterição indireta, via contratação temporária, confere-se procedência ao pleito exordial de nomeação da Reclamante ao cargo para o qual foi aprovada. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR-637-38.2014.5.10.0007, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT 29/04/2016);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. FASE



PROCESSO Nº TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

PRÉ-CONTRATUAL. DIREITO À CONTRATAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO PARA CARGO PÚBLICO VINCULADO AO REGIME TRABALHISTA COMUM. A decisão da Corte Regional está em conformidade com a jurisprudência desta Corte no sentido de que a Justiça do Trabalho é competente para julgar processos em que se discute o direito de contratação de candidatos aprovados em concurso público para ocuparem cargos públicos vinculados ao regime trabalhista comum. Precedentes. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento.” (AIRR-566-43.2013.5.22.0102, Relatora Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, 4ª Turma, DEJT 08/04/2016);

“AGRAVO. 1. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONCURSO PÚBLICO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. NÃO PROVIMENTO. No caso, a controvérsia gira em torno de questão referente à fase pré-contratual, envolvendo todas as fases do processo seletivo, quanto às regras do edital do concurso público, o qual é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho. Em que pese a jurisprudência venha se firmando no âmbito desta Corte Superior no sentido de reconhecer a competência da Justiça do Trabalho em casos similares, entendo que a discussão alusiva à legalidade dos critérios para contratação de candidatos aprovados em certame para emprego público, quando ainda não operada a respectiva convocação, tem natureza eminentemente administrativa, não se enquadrando, pois, às hipóteses previstas no artigo 114 da Constituição Federal, posto que ainda não configurada a típica relação de emprego. Por disciplina judiciária, contudo, me curvo ao entendimento desta colenda Corte no sentido da competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a presente ação. Agravo a que se nega provimento. 2. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO RESERVA. CONTRATAÇÃO DE TERCEIRIZADOS EM DETRIMENTO DOS CANDIDATOS APROVADOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PROVIMENTO. O entendimento deste colendo Tribunal Superior é no sentido de que a contratação de pessoal, por meio de terceirização, para as mesmas funções descritas no edital no prazo de validade do certame, ainda que seja para preenchimento de cadastro reserva, configura afronta ao artigo 37, II, da Constituição Federal. Agravo a que se nega provimento.” (Ag-AIRR - 564-30.2014.5.10.0019, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, DEJT 29/04/2016);

“RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.105/2014. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO. A jurisprudência desta Corte trilha no sentido de reconhecer a competência desta Justiça especializada quando se trata de questões



PROCESSO Nº TST-RR-634-76.2013.5.12.0035

relativas à fase pré-contratual da relação de emprego, inclusive aquelas em que se discute o direito à nomeação de candidato aprovado em concurso público preterido em razão da contratação de servidores temporários. Há precedentes. Recurso de revista não conhecido. [...]"

(RR-1250-95.2013.5.10.0006, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DEJT 25/09/2015);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO REALIZADO PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. 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 à relação de trabalho que envolvam fatos ocorridos antes do nascimento desses vínculos ou mesmo após a respectiva cessação. Relevante para a fixação da competência, segundo a dicção constitucional, é que o pacto 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 à contratação do reclamante, aprovado 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 art. 114 da Constituição Federal. Precedentes. [...]" (AIRR - 1873-70.2011.5.10.0802, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, 7ª Turma, DEJT 29/05/2015);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. [...]COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. EMPREGADO PÚBLICO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. Esta Corte Superior já firmou jurisprudência no sentido de que a Justiça do Trabalho é competente para apreciar pedido relacionado a período pré-contratual, relativo à aprovação de candidato em concurso público, como no caso. Incidência da Súmula nº 333 do TST e do art. 896, § 4º, da CLT. [...]" (AIRR-967-35.2013.5.19.0002, Relator Desembargador Convocado: Breno Medeiros, 8ª Turma, DEJT 24/04/2015).

Incidem, no caso, o disposto no artigo 896, § 4º, da CLT e o teor da Súmula nº 333 do TST, que obstam o processamento de recurso de revista contrário à iterativa e notória jurisprudência deste Tribunal, o que afasta a alegação de violação dos dispositivos invocados, bem como de divergência jurisprudencial.



PROCESSO N° TST-RR-634-76.2013.5.12.0035.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento interposto pelo assistente litisconsorcial para determinar o processamento do recurso de revista. À unanimidade, conhecer do recurso de revista dos autores e do assistente litisconsorcial quanto ao tema "concurso público - advogado - habilitação em cadastro reserva - contratação ilegal de terceiros comprovada - direito líquido e certo à nomeação", por violação do artigo 37, II, da Constituição Federal, e, no mérito, dar provimento ao recurso de revista dos autores para restabelecer a sentença prolatada às fls. 923/933, nos exatos termos ali consignados e, ainda, dar provimento ao recurso de revista do assistente litisconsorcial para, observando-se a ordem de classificação dos candidatos, estender integralmente ao recorrente os efeitos da sentença ora restabelecida. Ainda à unanimidade, não conhecer do recurso de revista adesivo da ré. Custas, em reversão, pela ré, no importe de R\$1.000,00, calculadas sobre o valor ora arbitrado à condenação, de R\$50.000,00.

Brasília, 23 de maio de 2018.

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

CLÁUDIO BRANDÃO
Ministro Relator