PROCESSO nº 0100563-77.2017.5.01.0058 (RO)

RECORRENTE: EMILIANA OLIVEIRA PEREIRA

RECORRIDA: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CAIXA

RELATOR: DESEMBARGADOR CESAR MARQUES CARVALHO

CONCURSO PÚBLICO - CADASTRO DE RESERVA - *Os candidatos que fazem parte do denominado "cadastro de reservas" não têm direito adquirido de serem nomeados. Eles possuem, na verdade, mera expectativa de direito, consistente na possibilidade de poder vir a ser aproveitado, caso se verifiquem as condições legais veiculadas para o ato, como, por exemplo, a existência de vaga.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso ordinário em que são partes **EMILIANA OLIVEIRA PEREIRA**,recorrente, e **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CAIXA**, recorrida.

Trata-se de recurso ordinário interposto pela autora contra os termos da respeitável sentença ID e691071, proferida pela eminente Juíza Rossana Tinoco Novaes, em exercício na MM. 58ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, que rejeitou o pedido.

Salienta a autora (ID e92b6cc) que restou provada a existência de milhares de cargos desocupados na ré ou preenchidos sem concurso público; que a análise dos contratos de prestação de serviços terceirizados pela recorrida demonstra a iminente preterição da recorrente; que a terceirização pretendida nos pregões eletrônicos demonstrados pela autora, incluindo o de "recepcionistas" e "recepcionistas para autoatendimento", se refere a atribuições do cargo de Técnico Bancário Novo - Carreira Administrativa, sendo ilícita a terceirização pretendida pela recorrida; que a ré firmou o compromisso de contratar mais de dois mil funcionários; que era ônus da ré demonstrar o fato impeditivo do direito da autora, o que não realizou; que a privação de acesso da recorrente ao emprego público para o qual foi aprovada constitui verdadeira supressão de seu meio de subsistência, impedindo que exerça a função para a qual se habilitou segundo os preceitos constitucionais; que a ré desperdiça milhões de reais em contratações irregulares; que a recusa em adequar o número de empregados à efetiva demanda faz com que a recorrida vulnere claramente o dever de eficiência que lhe é imposto na condição de entidade da Administração Pública, como demonstra sua presença constante na liderança dos rankings de mau atendimento do Banco Central do Brasil.

Deferida a gratuidade de justiça.

Contrarrazões da ré no ID 84e922e, com preliminar de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho em razão da matéria e renovando as demais, suscitadas na

defesa. No mérito, pugna pela manutenção da sentença.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, conforme artigo 83, incisos II e XII, da Lei Complementar nº 75/93, e por não se configurar a hipótese prevista no item I do artigo 85 do Regimento Interno.

Éo relatório.

CONHECIMENTO

Conheço do recurso, por tempestivamente interposto e por preenchidos os demais pressupostos legais de admissibilidade.

PRELIMINARES

Coloca-se em destaque o tema, apenas para esclarecimentos acerca da natureza processual das preliminares.

As preliminares, na resposta à ação, são classificadas como diretas e indiretas. No primeiro grupo estão aquelas que se referem especificamente à falta de pressupostos processuais (objetivos e subjetivos, relativos às partes) e à ausência das condições da ação. O segundo grupo se constitui das chamadas exceções processuais (incompetência, impedimento e suspeição). Uma vez apreciadas, se exaure a prestação jurisdicional a respeito, não cabendo ao juiz reexaminá-las.

Em grau de recurso, as preliminares também são divididas em dois grupos: admissibilidade e nulidade.

O primeiro se subdivide em requisitos extrínsecos, nos quais estão compreendidas a tempestividade, a regularidade de representação e a dispensa ou a comprovação do preparo, e intrínsecos, relativos ao poder de recorrer (capacidade, legitimidade e interesse de recorrer). O acolhimento ou não da preliminar levará ao conhecimento ou não do recurso.

O segundo grupo diz respeito a *error in procedendo* que seja apontado no recurso (vícios de atividade ou de procedimento). O acolhimento levará à declaração de nulidade do processo ou da decisão. Ressalve-se, todavia, que JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA entende que este segundo grupo também se encontra dentro do mérito recursal, numa forma de pedido principal em face do pedido sucessivo, ou seja, se não declarada a nulidade, será apreciada a matéria de fundo (**in** A*Comentários ao Código de Processo Civil@*, vol. V, Forense).

De toda sorte, não há dúvida de que as preliminares, suscitadas na resposta à ação e reiteradas no recurso, constituem parte integrante do mérito recursal, pois serão, justamente, objeto de novo julgamento, nos exatos termos do entendimento contido na Súmula 393 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

MÉRITO

INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA

Aduz a ré, em contrarrazões, que a relação existente entre as partes ainda continua no âmbito administrativo, não sendo competente a Justiça do Trabalho para apreciar a lide.

Sustenta que toda normatização pertinente a concurso público é constitucional/administrativa, não havendo que se falar em qualquer incidência das normas trabalhistas.

Nos termos do artigo 114, incisos I e IX, compete à Justiça do Trabalho julgar as ações oriundas da relação de trabalho e demais causas dela decorrentes, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Não há razão para que se exclua de tal âmbito de competência a controvérsia acerca da existência ou não de irregularidades em processo de admissão realizado pela ré, ainda que se trate de cadastro de reserva.

Trata-se de questão relativa à fase pré- contratual da relação de emprego, estando a ré submissa às normas da Consolidação das Leis do Trabalho, pelo que inexiste incompetência a declarar.

Rejeito.

LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

Não há que se falar em litisconsórcio necessário.

Os demais candidatos teriam que integrar o polo ativo, e não passivo, da demanda. Além disso, mesmo candidatos aprovados em concurso não titularizam direito líquido e certo à nomeação, mas mera expectativa de direito, não se tratando de hipótese que exija decisão na forma dos artigos 47 e 114, respectivamente dos Códigos de Processo Civil de 1973 e de 2015.

Nego provimento.

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Juridicamente impossível é o pedido cujo ordenamento legal veda a sua apreciação pelo Poder Judiciário e não "a admissibilidade, em abstrato, do pronunciamento do pedido, segundo as normas vigentes no ordenamento jurídico nacional" (LIEBMAN).

Não há qualquer impedimento legal para apreciação do pedido.

Como ressalta EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO,

> Sendo a ação o direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício; aí sim faltará a possibilidade jurídica (in "Comentários do Código de Processo Civil", v. II, Forense, 1987).

Nego provimento.

CONCURSO PÚBLICO - CONTRATAÇÃO

Narrou a autora que participou do concurso público para provimento do cargo de Técnico Bancário Novo - Carreira Administrativa, conforme edital nº1, de 22.01.2014, pretendendo a nomeação e posse no cargo referido, ao argumento de que a ré vem terceirizando as atribuições do cargo, através de ilícitas contratações de prestadoras de serviços.

Em sua defesa, a ré afirmou, em síntese, que o inquérito instaurado pelo Ministério Público do Trabalho do Rio de Janeiro, para investigar a alegação de terceirização ilícita em detrimento da convocação de candidatos aprovados em concurso público, foi arquivado, concluindo-se que inexiste qualquer burla constitucional ou trabalhista sendo exercida pela CAIXA; que não há direito subjetivo do candidato à convocação sem a observância da ordem classificatória; que o concurso foi para cadastro de reserva e a autora foi aprovada em 44º lugar para o micropolo Niterói, sendo que foram admitidos apenas 22 (vinte e dois) candidatos, para esse micropolo; que a contratação dos candidatos aprovados está condicionada à disponibilidade orçamentária e às diretrizes estratégicas para os negócios e sustentabilidade da empresa; que a terceirização realizada pela ré está em conformidade com a Súmula 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho e obedece ao Termo de Ajuste de Conduta 062/04 (TAC/TC 062/04), de 30.04.2004, e aditivos de 2005, 2006 e 2008, assinados pela CAIXA e o Ministério Público do Trabalho 10ª Região; que em 09.09.2010, o MPT/PRT 10ª Região homologou o cumprimento pela CAIXA de todos os compromissos assumidos no TAC/TC 062/04; que a Portaria DEST Nº 17, de 22.12.2015 limitou o número de empregados da CAIXA em 97.732, não havendo espaço para novas contratações.

A respeitável sentença recorrida registra a improcedência do pleito autoral, nos seguintes termos:

> **Concurso Público**
>
> Narra a Autora que foi aprovada no concurso público para a contratação de Técnicos Bancários no ano de 2014; que a Ré havia se comprometido em Acordo Coletivo de Trabalho com a contratação de mais 2.000 empregados públicos; que surgiram novas vagas; que a despeito do deficit de empregados, a Ré está contratando terceirizados, o que disfarça o recrutamento indireto de mão de obra para desempenho de funções típicas de Técnicos Bancários, emprego para o qual a Reclamante foi aprovada. Sustenta que há vagas suficientes para absorver a Reclamante, conforme dados do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e do próprio Conselho Diretor da Reclamada. Assim, requer a sua contratação.
>
> A Ré defende que o concurso foi realizado para o preenchimento de cadastro de reserva; que a Autora ficou classificada como 44a colocada no Micropolo de Niterói; que foram convocados 22 candidatos, sendo 02 portadores de deficiência, de modo que não surgiram as vagas necessárias para que se alcançasse sua classificação no certame. Acrescenta que os trabalhadores terceirizados de empresas prestadoras de serviço que atuam nas agências em âmbito nacional exercem apenas atividades-meio tais como vigilância, recepção em ambiente de auto-atendimento, copeiragem, limpeza e telefonia, salientando que a contratação de empresa interposta se dá nos moldes da Súmula 331 do TST e também obedece

ao Termo de Ajuste de Conduta 062/04 (TAC/TC 062/04), de 30/04/2004, e aditivos de 2005, 2006 e 2008, assinados pela CAIXA e MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO. E, ainda, que não realiza a contratação de bancário temporário desde o ano de 2010 e que, quando ocorreu, foram observadas as permissões e restrições legais insculpidas na Lei 6019/74.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 37, inciso II, determina a necessidade de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, para que qualquer brasileiro ou estrangeiro que preencha os requisitos previstos em lei possa ser investido em cargo ou emprego público, excetuado os cargos em comissão.

O concurso público destinado a cadastro de reserva não afronta, por si só, a lei ou a Constituição. De fato, caso se constate que tal expediente foi utilizado, de forma fraudulenta, com escopo de burlar o princípio do concurso público, poder-se-ia reconhecer sua invalidade.

O E. STF nos autos do RExt 837.311, de 09/12/15, de relatoria do Exmo. Ministro Luiz Fux, reconheceu a repercussão geral sobre nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas do edital, ou seja, dos candidatos que se encontrem em cadastro de reserva, Tema 784, in verbis:

"EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. *IN CASU*, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS.

INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBÍTRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de

o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do merit system, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput).

2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011.

3. (...)

Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: 1- Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2 - Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; 3 - Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição

de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima." (STF, RE 837311 / PI , Rel. Min. Luiz Fux, Pub. 09/12/2015).

Assim, considerando que o certame era destinado a cadastro de reserva e que foram convocados 22 candidatos para o micropolo da Autora, não há que se falar em direito subjetivo à nomeação. A contratação de empregados públicos está condicionada aos princípios norteadores da Administração Pública e à dotação orçamentária, de modo que o deficit de pessoal, por si só, não gera direito subjetivo à nomeação.

A possibilidade de convocação dos candidatos aprovados decorrerá do surgimento de vagas no respectivo polo de inscrição em número suficiente para atingir sua classificação dentro do prazo de validade do concurso, não havendo obrigatoriedade de aproveitamento do banco em sua totalidade, conforme previsto no edital de abertura do certame, já que esse visou a formação de cadastro reserva.

Ademais, a CAIXA, por se tratar de Empresa Pública, possui o limite do quadro de pessoal determinado por órgãos controladores externos, de modo que este banco Público não tem autonomia para contratar quantos empregados repute necessários para suas atividades, tendo em vista que está sujeita à autorização governamental (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG) para esse fim. Ressalto que o documento de ID. 1c98cee - Pág. 1 traz apenas o número máximo de empregados da Reclamada, estabelecido pelo Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais e que a existência de número inferior de empregados, por si só, não gera o direito ao cargo pretendido.

A parte autora prestou concurso para o cargo de técnico bancário, cujas atribuições são: "Prestar atendimento e fornecer as informações solicitadas pelos clientes e público; Efetuar todas as atividades administrativas necessárias ao bom andamento do trabalho na Unidade; Operar microcomputador, terminais e outros equipamentos existentes na Unidade; Instruir, relatar e acompanhar processos administrativos e operacionais de sua Unidade; Efetuar cálculos diversos referentes às operações, programas e serviços da CAIXA; Elaborar e redigir correspondências internas e/ou destinadas aos clientes e ao público; Preparar o movimento diário; Manter atualizadas operações, programas e serviços implantados eletronicamente; Dar andamento em processos e documentos tramitados na Unidade; Realizar trabalho relativo à edição de textos e planilhas eletrônicas, arquivo, pesquisa cadastral, controle de protocolo e demais atividades operacionais; Elaborar e preparar mapas, gráficos, relatórios e outros documentos, quando solicitado; Realizar outras atribuições correlatas."

Da análise dos documentos relativos às terceirizações realizadas pela reclamada verifico que todos eles dizem respeito a prestação de serviços de Teleserviços/Telemarketing,

Recepcionista, Apoio Logístico e, em nada se relacionam às atividades do cargo de Técnico Bancário.

Nessa esteira, não houve prova de efetivo prejuízo à autora, que não comprovou ter havido contratação de trabalhadores de forma precária para o mesmo cargo para o qual foi aprovada dentro de seu polo e em número que atingisse sua classificação no concurso.

Assim, improcedem *in totum* os pedidos formulados na exordial.

A contratação de prestadoras de serviços de nenhum modo significa a existência de vagas para ingresso na Administração Pública. Tampouco significa a existência de disponibilidade orçamentária, observados todos os trâmites exigidos para os processos de admissão de funcionários e contratação de prestadoras de serviços.

Além disso, segundo o edital (ID dfe4195), a aprovação se deu para a formação de cadastro de reserva. Os candidatos que fazem parte do denominado "cadastro de reservas" não têm direito adquirido de serem nomeados. Eles possuem, na verdade, mera expectativa de direito, consistente na possibilidade de poder vir a ser aproveitado, caso se verifiquem as condições legais veiculadas para o ato, como, por exemplo, a existência de vaga. E isso resta claro da leitura do item 13.7 do edital ID dfe4195 p.16, que declara que *"o provimento das vagas estará sujeito ao planejamento estratégico e às necessidades da CAIXA"*.

A definição no que toca ao quantitativo de vagas de trabalho de um concurso público escapa ao controle judicial, salvo em havendo ilegalidade ou inconstitucionalidade, por se tratar de ato discricionário da administração pública, vinculado a juízos próprios de conveniência e oportunidade.

A ré, portanto, agiu nos limites permitidos ao exercício de sua discricionariedade, na medida em que não há alegação de irregularidades nas convocações ou preterição da autora na ordem de aprovação.

Ressalte-se que, no caso, o deferimento da pretensão da demandante, importaria, em última análise, em ultrapassar várias posições, quebrando a ordem classificatória do certame. Ora, não se pode admitir qualquer nomeação fora do estipulado, sob pena de preterir os demais aprovados e classificados em melhor colocação que a autora.

Por outro lado, a contratação de serviços terceirizados, por si só, não induz à conclusão de que houve preterição dos candidatos aprovados em concurso.

Cabe ao poder discricionário do administrador (Caixa Econômica Federal), nos termos do edital, avaliar a oportunidade do ato de provimento, levando-se em conta, não apenas a necessidade de pessoal, mas a disponibilidade de vagas a serem preenchidas.

Além disso, o disposto na Portaria DEST Nº 17, de 22.12.2015 (ID eb4fd8d), posterior ao certame da autora, seria suficiente para impedir quaisquer novas contratações pela ré, eis que não se pode olvidar que, em se tratando de empresa pública, o interesse individual, obrigatoriamente, se curva ao interesse - e, no caso, à necessidade - público.

Por tais motivos, de se manter o julgado, inclusive quanto aos pedidos acessórios.

Nego provimento.

Pelo exposto, conheço do recurso e, no mérito, nego-lhe provimento.

A C O R D A M os Desembargadores da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, **por unanimidade**, em conhecer do recurso, rejeitar as preliminares suscitadas pela ré em contrarrazões e, no mérito, **por unanimidade**, em negar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 4 de dezembro de 2017.

CESAR MARQUES CARVALHO
Desembargador do Trabalho
Relator