



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO

PROCESSO n.º 0000641-68.2016.5.10.0019 - RECURSO ORDINÁRIO (1009)

RELATOR : JUIZ GILBERTO AUGUSTO LEITÃO MARTINS (CONVOCADO)

RECORRENTE : CAIXA ECONOMICA FEDERAL

ADVOGADO: RAFAEL GONÇALVES DE SENA CONCEIÇÃO

ADVOGADO : MAURO JOSÉ GARCIA PEREIRA

ADVOGADO: JOÃO CARDOSO DA SILVA

RECORRIDO : IRISVALDA DE ALMEIDA GONÇALVES TIAGO

ADVOGADO : THAISI ALEXANDRE JORGE

ORIGEM : 19ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF

CLASSE ORIGINÁRIA: Ação Trabalhista - Rito Ordinário

(JUÍZA NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO)

EMENTA

1. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. REQUISITOS DO VERBETE Nº 64/2017. CONTRATAÇÃO DE TEMPORÁRIOS PARA DESEMPENHAR AS MESMAS ATIVIDADES DO CARGO PARA O QUAL O AUTOR SE HABILITOU. PRETERIÇÃO. CONDUTA ABUSIVA. DIREITO À NOMEAÇÃO. Não se desconhece que a mera expectativa de direito de candidatos aprovados em certame público se erige em efetivo direito a partir do momento em que, comprovada a necessidade de contratação de pessoal, o ente público, ainda durante o prazo de validade do concurso, contrata mão de obra precária, em detrimento das nomeações dos que obtiveram êxito no certame. Demonstrado, no caso, que a reclamada contratou trabalhadores terceirizados para exercer as mesmas funções inerentes ao cargo para o qual a reclamante foi aprovada, conforme Verbetes nº 64/2017 desta eg. Corte, essa circunstância configura preterição ao candidato aprovado, ainda que o concurso tenha sido para preenchimento de cadastro de reserva. Assim, ao autor assiste o direito à nomeação.

2. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Para a caracterização do dano moral, passível de reparação pelo empregador, devem estar demonstrados o ato ilícito; o dano e o nexo de causalidade entre este e aquele. No caso concreto, não há nos autos nenhuma prova de que a atitude do demandado tenha realmente acarretado ofensa à honra e à dignidade da reclamante. Reparação indevida.

3. Recurso conhecido e provido parcialmente.

RELATÓRIO

A MM. 19ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, em sentença proferida pela Exma. Juíza Noêmia Aparecida Garcia Porto, rejeitou as preliminares suscitadas e julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, conforme fundamentos a fls. 1244/1252.

A reclamada interpõe recurso ordinário, a fls. 1263/1276, no qual suscita preliminares de litisconsórcio passivo necessário e de impossibilidade jurídica do pedido. Quanto ao mérito, pugna pelo afastamento da determinação para nomeação da autora para o cargo de Técnico Bancário, no quadro de empregados da ré.

Contrarrazões ofertadas pela reclamante a fls. 1302/1319.

Dispensada a intervenção do Ministério Público do Trabalho na forma regimental.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

V O T O

1. ADMISSIBILIDADE

Suscita a reclamante, em contrarrazões, preliminar de não conhecimento do apelo por ausência de ataque aos fundamentos sentenciais.

Todavia, ao compulsar as razões recursais, verifica-se que a recorrente enfrentou suficientemente o entendimento exarado na origem, com a defesa da tese de que ao reclamante assistia mera expectativa de direito com a aprovação no concurso para formação de cadastro reserva. Defendeu, ainda, a legalidade dos contratos de terceirização formados.

Assim, não vislumbro ofensa ao art. 1.010, II e III, do Código de Processo Civil de 2015.

Rejeito a preliminar.

Preenchidos os pressupostos processuais de admissibilidade, o conheço do apelo aviado.

2. QUESTÕES PRELIMINARES.

2.1. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO.

Insiste a reclamada na necessidade de formação de litisconsórcio passivo, para que todos os demais candidatados aprovados em melhor situação que a acionante sejam chamados a compor a lide, uma vez que o deferimento do postulado pela autora implicará em ofensa ao direito de terceiros e a preterição de candidatos com melhor colocação.

O col. Tribunal Superior do Trabalho se posicionou recentemente acerca da desnecessidade de formação de litisconsórcio com os demais candidatados aprovados em processo que se discute o concurso publico, conforme julgado a seguir transcrito, *in verbis*:

"EMENTA(...) LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - INEXISTÊNCIA Depreende-se da exordial e das decisões das instâncias a quo que o pedido foi formalizado exclusivamente em face da Reclamada, sem qualquer menção a eventual candidato empossado no lugar do Autor. Ademais, a condenação restringiu-se à contratação do Reclamante, estando ausente comando apto a afetar a esfera jurídica de outros candidatos. Assim, não procede a alegação de violação à literalidade do artigo 47 do CPC, que exige, para a formação do litisconsórcio necessário, a disposição legal ou a presença de relação jurídica unitária, o que não é o caso. (...)" (AIRR 537-82.2010.5.19.0004, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, Publicado em 11/03/2016 no DJe).

Desta forma, prescindível a apreciação da lide em caráter uniforme como exige o art. 114 do CPC/2015.

Rejeito a prefacial.

2.2. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

Alega a ré que o deferimento do pleito autoral, em detrimento da ordem classificatória do concurso, é juridicamente impossível. Aponta para ofensa direta aos princípios constitucionais da isonomia, eficiência e legalidade.

A impossibilidade jurídica do pedido, como condição para o exercício do direito de ação, aferra-se aos casos em que o ordenamento jurídico expressamente veda a pretensão

deduzida pelo acionante.

A fim de verificar se os princípios constitucionais mencionados pela recorrente são afrontados pela pretensão deduzida na inicial, necessário realizar o exame do mérito da causa, pois a ofensa aludida seria indireta.

Dependeria assim expressamente do exercício da interpretação jurídica para alcançar-se o entendimento de que estariam em antagonismo à pretensão manifestada pelo acionante.

A impossibilidade jurídica do pedido, que se erige em obstáculo ao exercício da ação, impedindo o nascimento do processo, necessita de vedação expressa, direta, o que não se observa na hipótese em exame.

Rejeito.

3. MÉRITO

3.1. CONTRATAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO.

A reclamante narrou, em sua peça vestibular, que obteve aprovação em concurso público promovido pela reclamada para a formação de cadastro reserva para o preenchimento do cargo de Técnico Bancário, conforme Edital nº 1/2014. Afirmou que se classificou na 404ª posição, dentro do cadastro de reserva previsto, para a localidade do Distrito Federal.

Alegou que a ré cometeu fraude ao contratar, por meio de terceirização, trabalhadores para exercer atividades similares ao cargo para o qual obteve aprovação no concurso público, durante a vigência do certame.

Postulou sua contratação imediata pela ré, inclusive com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, e o pagamento de indenização por danos morais.

Na contestação, a reclamada pontuou que o certame ocorrido em 2014 visava a formação de cadastro reserva, sem a previsão de provimento imediato das vagas, portanto ao reclamante assistia mera expectativa de direito. Aventou que as vagas de Técnicos Bancários são preenchidas somente por candidatos aprovados em concurso público.

Apontou, também, para a licitude dos contratos de prestação de serviços

realizados porquanto se destinavam a suprir necessidades da atividade-meio.

O Juízo *a quo* julgou procedente o pleito da inicial ao fundamento de que houve preterição do autor/candidato pois a demandada contratou mão de obra terceirizada para realizar atividades próprias de Técnico Bancário.

Insurge-se a demandada contra a decisão de origem para repisar a tese de defesa. Alega que as vagas relativas aos cargos de Técnico Bancário somente são preenchidas pelos candidatos aprovados em seleção pública para formação de cadastro reserva. Aduz que o banco somente contratou os aprovados no concurso que podia absorver. Sustenta que não há falar em direito adquirido à contratação. Aponta para a licitude do instituto da terceirização, uma vez que os serviços contratados sob tal regime, se deram em atividades meio da recorrente.

Não se desconhece que a mera expectativa de direito de candidatos aprovados em certame público se erige em efetivo direito a partir do momento em que, comprovada a necessidade de contratação de pessoal, o ente público, ainda durante o prazo de validade do concurso, contrata mão de obra precária, em detrimento das nomeações dos que obtiveram êxito no certame.

Aliás, esta eg. Corte, ao julgar o IUJ nº 0008894-39.2015.5.10.0000 (tema 2), sedimentou entendimento a respeito dos critérios para aferição da ocorrência de preterição de candidatos, exarando para tanto o Verbete nº 64/2017, cuja redação transcrevo a seguir:

"CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS. AFERIÇÃO. CRITÉRIOS. NÚMERO DE VAGAS. ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO. TUTELA PROVISÓRIA.

I - A ordem judicial para a admissão de candidatos, aprovados em concurso público e preteridos, está condicionada à existência de vagas, independentemente da classificação obtida em tal perímetro.

II - A preterição é caracterizada pela contratação de terceiros para o exercício das atividades essenciais do emprego público, ou, ainda, a recusa injustificada à convocação do candidato.

III - O número de vagas disponíveis deve ser aferido pelo somatório daquelas previstas no edital e da quantidade de trabalhadores terceirizados, no prazo de validade do concurso.

IV - Preenchidos os pressupostos legais, é viável a concessão da tutela provisória de urgência ou de evidência, para a adoção das medidas destinadas à contratação do candidato."

Dessarte, há necessidade de demonstração inequívoca da concorrência de dois fatores: a existência de vagas para o cargo pretendido durante a vigência do certame e a contratação precária por terceirização para o exercício das atividades essenciais do emprego público almejado ou a

recusa injustificada à contratação dos candidatos aprovados.

O Edital nº 1/2014, a fls. 35/61, demonstra a abertura de concurso público para formação de cadastro reserva para o cargo de Técnico Bancário Novo. Descreve as atividades inerentes a tal cargo no item 2.1.3.:

"2.1.3. DESCRIÇÃO EXEMPLIFICATIVA DAS PRINCIPAIS ATIVIDADES: 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; divulgar e promover a venda dos produtos da CAIXA." (a fls. 36)

Por outro lado, no período de validade do concurso público, o acionado realizou diversas licitações, na modalidade pregão eletrônico, mediante as quais buscava a contratação de empresa prestadora de serviços para atender à necessidade de mão de obra nas dependências da Caixa Econômica Federal.

Da leitura do contrato relativo ao pregão eletrônico PE 101/7066-2014 (fls. 278/390), afere-se que sua finalidade era o fornecimento de mão de obra para atuar na *"Prestação de serviços de atendimento, monitoramento e suporte operacional e tecnológico aos produtos, serviços e sistemas utilizados nas operações da CAIXA, incluindo a geração, o tratamento de informações gerenciais e atividades acessórias de suporte e gestão do atendimento."* (a fls. 318).

Já o pregão PE 183/7066-2014 (a fls. 127/277) se refere especificamente a serviços de telemarketing e teleatendimento.

Extrai-se dos editais colacionados a intenção da ré de contratar empresas prestadoras de serviços que fornecessem mão de obra para atuar diretamente no atendimento aos clientes ou mesmo de funcionários da Caixa.

Pode-se concluir ao compulsar o edital de concurso e os pregões eletrônicos que as atribuições do cargo de Técnico Bancário Novo se confundem com aquelas a serem exercidas pela mão de obra contratada por meio das licitações mencionadas.

No caso do teleatendimento, vale ressaltar que os serviços prestados pela CEF em todo o país assumem tal complexidade e tamanha grandeza que a existência de teleatendimento para atender demandas específicas de sua atuação empresarial representa efetiva atuação em área finalística do banco, a evidenciar terceirização ilegal.

Advirta-se que esse entendimento é cônsono à atual e iterativa jurisprudência do col. TST. Vejam-se estes arestos:

"RECURSO DE EMBARGOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI Nº 11.496/2007. RITO SUMARÍSSIMO. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. CALL CENTER. ATIVIDADE-FIM. ILICITUDE. VÍNCULO DIRETO COM O TOMADOR DOS SERVIÇOS. SÚMULA Nº 331, I, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 894, II, PARTE FINAL, DA CLT. O atendimento telefônico a clientes com a finalidade de prestar informações sobre produtos oferecidos pelo tomador dos serviços insere-se na sua atividade-fim, porque intrínseca ao seu objeto social. É ilícita a contratação de empresa interposta para a prestação de serviços relacionados à atividade-fim, formando o vínculo diretamente com o tomador dos serviços (Súmula nº 331, I, do TST). Na hipótese, houve a terceirização de atividades típicas de bancário e, portanto, relacionadas à área-fim do tomador, razão pela qual se afigura viável o reconhecimento do vínculo com o Banco. Com efeito, consoante registrado pela Egrégia Turma, a reclamante estava inserida no processo produtivo do primeiro réu, na prestação dos serviços, dedicados essencialmente à atividade econômica do Banco, tais como atendimento e captação de clientes e venda de produtos. Assim, em face da diretriz contida na Súmula nº 331, I, do TST, deve ser mantido o acórdão proferido pela Egrégia Turma que reconheceu a ilicitude da terceirização de serviços e declarou o vínculo de emprego diretamente com o tomador. Incide, no feito, o disposto no artigo 894, II, parte final, da CLT, tendo em vista a consonância da decisão embargada com a Súmula nº 331, I, desta Corte, o que torna superada a divergência jurisprudencial colacionada. Recurso de embargos de que não se conhece." (E-ED-RR-210-43.2013.5.03.0016, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, SBDI-1, DEJT 13/05/2016).

"RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 13.015/2014. RITO SUMARÍSSIMO. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE CALL CENTER. BANCO. ATIVIDADE-FIM. ILICITUDE. No caso, o recurso de revista interposto pela reclamante foi provido, por contrariedade à Súmula 331, I, do TST, para, declarada a ilicitude da terceirização entre os reclamados, reconhecer o vínculo de emprego diretamente com o Itaú Unibanco S/A, determinando o retorno dos autos ao Tribunal Regional para que prossiga no julgamento dos recursos ordinários no tocante aos títulos referentes ao reconhecimento da condição de bancária da reclamante. Consta do acórdão do Tribunal Regional, transcrito na decisão embargada, que a autora laborava na atividade de cobranças, empréstimos, cartões de crédito e cheque especial. E, ainda, é possível evidenciar a subordinação jurídica com o Banco. Com base nesse contexto, a Turma do TST conclui pela incidência da Súmula 331, I, do TST, consignando que houve intermediação fraudulenta de serviços, para o trabalho em atividade-fim do Banco. Em tais circunstâncias, está caracterizada a prestação de serviços na atividade-fim, afigurando-se correto o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com o Banco reclamado, consoante diretriz jurisprudencial sedimentada na Súmula 331, I, do TST. De tal forma, estando o acórdão embargado em harmonia com recomendação da Súmula 331, I, do TST, inviável é o conhecimento do recurso de embargos, nos exatos termos do artigo 894, II, parte final, e § 2º da CLT. Recurso de embargos não conhecido." (E-ED-RR-1801-52.2013.5.03.0109, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, SBDI-1, DEJT 01/07/2016).

"[...] CALL CENTER. BANCO. ATIVIDADE-FIM. ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 9º DA CLT. Esta Corte firmou o entendimento de que a atividade de call center para a oferta de produtos e serviços e prestação de informações a clientes e não clientes de bancos se insere na atividade-fim de instituição bancária, sendo ilícita sua terceirização. Entendimento contrário viola o disposto no artigo 9º da CLT, pois permite que sejam desvirtuados,

impedidos ou fraudados os direitos dos trabalhadores que se encontram nessa situação, comportando reforma no sentido de declarar a ilicitude da terceirização dos serviços e a responsabilidade solidária das Rés pelo pagamento das verbas objeto da condenação. Recurso de revista conhecido e provido, no particular.

3. CEF. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. IMPOSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DIRETO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. APLICAÇÃO DA OJ N. 383 DA SDI-1 DO TST. Reconhecida a ilicitude da terceirização de serviços, a consequência lógica é, em regra, a declaração de vínculo empregatício direto com a empresa tomadora. Contudo, sendo a 2ª Ré empresa pública, integrante da Administração Pública Indireta, é impossível a declaração do vínculo, aplicando-se à hipótese o entendimento consubstanciado na OJ n. 383 da SDI-1 do TST, com o deferimento à Autora das verbas trabalhistas legais e convencionais próprias da categoria bancária, em atenção ao princípio da isonomia. Recurso de revista conhecido e provido, no particular". (RR-1791-89.2014.5.03.0006, Relator: Ministro Antonio José de Barros Levenhagen, 5ª T., DEJT 18/12/2015.)

Cabe destacar que a 3ª Turma deste egr. Tribunal, no bojo do processo RO-0000719-17.2015.5.10.0013, considerando essa remansosa jurisprudência firmada no col. TST, resolveu extinguir o Incidente de Assunção de Competência nº 0000332-07.2016.5.10.0000, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do NCPC.

Segundo as judiciosas considerações do Exmo. Relator Desembargador Ricardo Alencar Machado no referido incidente, "*a venda de produtos bancários, como no caso dos autos ora em exame, no dizer do col. TST, "constitui atribuição inserida na atividade fim do banco, definida como coleta, intermediação e aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, nos termos do art. 17 da Lei n.º 4.595/64".*".

Ressai, dessarte, a ilicitude da terceirização para a prestação de serviços de telemarketing e a inclusão de tal atividade como própria dos bancários.

Noutro norte, restou incontroverso que a reclamante se classificou na 404ª posição para o polo de Brasília.

Do cotejo dos documento a fls. 119, verifica-se que, dentro do número de aprovados no seu polo de opção (DF-Brasília), foram classificados 1241 candidatos e convocados somente 272.

Conforme acima exposto, restou comprovada a contratação precária de trabalhadores para exercer as mesmas atividades do cargo para o qual o autor se habilitou em concurso público.

Nesse contexto, mesmo que se constate que o certame destinou-se à

formação de cadastro de reserva, não se concebe lícita a conduta do acionado em terceirizar serviços para atuar em atividades-fim do banco em detrimento da convocação de candidatos aprovados.

Ademais, não há dúvida de que o recorrido defende explicitamente a substituição da mão de obra permanente, selecionada em concurso público, por aquela precária, decorrente da terceirização de sua atividade-fim, entendendo tratar-se de procedimento legítimo. Porém, não o é.

Diante do quadro fático apreciado nestes autos, ao candidato aprovado para o preenchimento de cadastro de reserva passou a assistir a ele direito subjetivo à nomeação e não apenas expectativa.

Para fins de direito, incólumes os preceitos constitucionais invocados no apelo.

Nego provimento.

3.2. DANO MORAL.

Insurge-se a reclamada contra o deferimento do pedido de pagamento de indenização por danos morais. Aponta para a inexistência de lesão ao direito de personalidade do autor.

O direito à indenização por dano moral encontra amparo no art. 5º, inciso X, da CF, assim como nos princípios constitucionais que estabelecem proteção à dignidade da pessoa humana e afirmam a valorização do trabalho humano (art. 1º da CF/88).

Sobre a matéria, leciona Mauro Schiavi, citando Miguel Reale que:

"[...] o dano moral se divide em duas espécies: o dano moral objetivo e o dano moral subjetivo. O primeiro 'atinge a dimensão moral da pessoa no meio social em que vive, envolvendo o (dano) de sua imagem". O dano moral subjetivo que se correlaciona com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis porque ligados a valores de seu ser subjetivo, que o ilícito veio penosamente subverter, exigindo inequívoca reparação." (Ações de Reparação por Danos Morais Decorrentes da Relação de Trabalho, São Paulo: LTr, 2008, pp. 63).

Nessa concepção, a doutrina prevalente defende a posição de que, para caracterização do dano moral, basta o fato em si mesmo, não havendo necessidade de sua publicidade, nem de prova do sofrimento, porque a dor moral atinge o indivíduo em sua esfera íntima. Sendo assim,

não haveria como se provar a intensidade da dor, do sofrimento, da perda. Tais elementos apenas auxiliariam na fixação do quantum indenizatório, mas não seriam exigidos para a eclosão do dano e do dever de reparação.

Por outro lado, conclui o renomado autor, *in verbis*:

"Deve ser enfatizado que não é qualquer dissabor, sofrimento ou angústia que geram a reparabilidade do dano moral.

Os aborrecimentos normais da vida não geram a reparação por danos morais, até mesmo porque o ser humano é suscetível de altos e baixos. Também os aborrecimentos normais decorrentes do dano patrimonial não fazem eclodir o dano moral. Além disso, certas pessoas têm maior fragilidade emocional que outras, sendo mais suscetíveis de aborrecimentos e de estados depressivos.

[...]

O ato que gera o dano tem que ser potencialmente lesivo para violar um direito inerente à personalidade humana, considerando-se o padrão médio da sociedade, a razoabilidade, e também os fatores de tempo, lugar e o costume onde o ato fora praticado."

Nesse sentir, para caracterização do dano moral, passível de reparação, é imprescindível que fique firmemente demonstrado nos autos que o alegado ato ilícito tenha de fato acarretado constrangimentos à vida pessoal, familiar e social da reclamante.

Ressalta-se que a angústia pela expectativa de assumir um posto de trabalho faz parte do cotidiano de todas as pessoas que buscam tal colocação. E o edital ao qual concorreu o autor era para formação de cadastro de reserva e não para preenchimento imediato pelos aprovados no número de vagas. Logo, previsível a incerteza da nomeação.

A conduta do réu, embora reprovável, não implica necessariamente em violação à honra ou imagem da autora e ela não produziu prova apta a provar a ocorrência de efetivo dano.

Nesse sentido, se encaminhou o entendimento dessa eg. Corte por meio do IUJ 0000105-17.2016.5.10.0000, tema 9.

Portanto, indevida é a indenização.

Assim, dou provimento parcial ao apelo para excluir da condenação o pagamento de indenização por danos morais.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, rejeito as preliminares suscitadas, conheço do recurso ordinário e, no mérito, dou-lhe parcial provimento para afastar a condenação a pagar indenização por danos morais, tudo nos termos da fundamentação.

É o voto.

ACÓRDÃO

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os integrantes da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10.^a Região, conforme certidão de julgamento a fls. retro, aprovar o relatório, rejeitar as preliminares suscitadas, conhecer do recurso ordinário e, no mérito, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Juiz Relator.

Brasília (DF), 24 de janeiro de 2018 (data do julgamento).

GILBERTO AUGUSTO LEITÃO MARTINS
Juiz Relator Convocado

DECLARAÇÃO DE VOTO

**Voto do(a) Des(a). JOAO AMILCAR SILVA E SOUZA PAVAN / Desembargador
João Amilcar Silva e Souza Pavan**

EMENTA: CEF. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA, VIA EMPRESA INTERPOSTA, PARA A MESMA FUNÇÃO. CLASSIFICAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. PRETERIÇÃO. INEXISTÊNCIA. 1. Candidato aprovado em concurso público, classificado, em princípio, para o chamado cadastro de reserva, e assim detendo mera expectativa de direito de ser contratado. 2. Pretensão de convocação imediata fundada na

alegação de que a empresa pública federal, no prazo de validade do concurso e por meio de contratos de terceirização, promoveu a contratação de determinado número de trabalhadores temporários para o exercício de funções similares. 3. Demonstrado, contudo, que o número dessas contratações não alcança a colocação ocupada pelo autor, inexistente a alegada preterição. 4. Conjunto de circunstâncias que afasta a pretensão deduzida, nos termos do Verbete 64 do TRT da 10ª Região. 5. Recurso conhecido e provido.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. CONCURSO PÚBLICO. EMPREGO DE TÉCNICO BANCÁRIO NOVO. CADASTRO DE RESERVA. AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO PRECÁRIA, VIA EMPRESA INTERPOSTA, PARA A MESMA FUNÇÃO. DIREITO SUBJETIVO À CONVOCAÇÃO. INEXISTÊNCIA. Na petição inicial a reclamante alegou que fora aprovado em concurso público realizado pela Caixa Econômica Federal em 2014, para compor cadastro de reserva para o cargo da carreira administrativa - técnico bancário novo -, obtendo a classificação nº 404 (quatrocentos e quatro) no polo de Brasília-DF. Ventilou ser notória a existência de vagas em número excedente à sua classificação, além de haver a indevida preterição por terceirizados ou por outros concursados. Pediu, então, a condenação da parte contrária à imediata contratação no cargo de técnico bancário novo, inclusive com a antecipação de tutela jurisdicional.

Refutando a pretensão, a reclamada defendeu que o autor fizera concurso para formação de cadastro de reserva, sem haver previsão de vagas para provimento imediato, situação inconfundível com o corte do número dos aprovados. Desse modo, ele teria apenas a expectativa de direito de ser contratado.

Prosseguiu argumentando que o pleito fere os princípios da isonomia, eficiência, legalidade, moralidade e vinculação às regras do edital, diante da existência de outros candidatos melhor classificados no certame de 2014. Negou a dita preterição de concursados, salientando que a parte não foi nomeada simplesmente pela ausência de postos vagos no quadro funcional, excedentes à sua classificação no macropolo de Brasília-DF.

A seguir, sustentou a licitude da terceirização, pois ocorreu em atividade-meio, e não finalística, segundo o rol do artigo 2º do Decreto-Lei nº 759/1969, para funções distintas daquelas objeto do certame. Pontuou que o ato encontra estofamento no poder diretivo que lhe é inerente - a liberdade para escolha de instrumentos de gestão que entenda eficientes, em ordem a ser competitiva no mercado. Desse modo, ventilou a estrita observância aos artigos 37 e 173, da Constituição Federal, a Lei nº 8.666/1993, assim como a jurisprudência firmada pela Súmula 331 do TST. Por outro lado, a contratação de novos empregados depende de autorização ministerial, dotação orçamentária e disponibilidade financeira, o que não foi implementado.

A r. sentença julgou procedentes os pedidos, determinando que a

reclamada convoque a reclamante para a realização dos exames médicos previstos no edital e, caso aprovado, para a assinatura do contrato de trabalho, após a entrega dos documentos admissionais pertinentes, além de indenização por danos morais.

Nas razões recursais, renova a alegação de que tem convocado os candidatos aprovados na medida em que surgem novas vagas, ressaltando que não há direito adquirido dos aprovados em concurso público em serem convocados para assumir o cargo, além da licitude da terceirização. Pede, pois, a revisão do julgado.

Na distribuição subjetiva do ônus da prova, incumbia ao autor demonstração do fato constitutivo do direito ao empossamento (arts. 818 da CLT e 373, inciso I, do CPC), o qual entendo insatisfeito.

Data venia, não há falar no deslocamento de tal encargo processual para a demandada, sob o ângulo da aptidão para a produção da prova, pois ela negou os ilícitos denunciados na petição inicial - afinal, inexistente norma jurídica dispondo sobre a demonstração de fato negativo. Ademais, o aspecto da transparência aflora das diversas informações colacionadas pelas partes, extraídas da rede mundial de computadores. De resto, a lei processual conta com meio adequado para propiciar a exibição de documentos e, caso necessário, a produção de prova pericial, nada induzindo ao resultado da inversão do ônus da prova.

Por outro lado, pacificando a jurisprudência doméstica, a questão foi submetida ao crivo do plenário, por meio de incidente de uniformização de jurisprudência. E o correspondente acórdão está assim ementado, ad litteram:

"INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

Constatado o dissenso jurisprudencial interno, ele há de ser superado, na forma prevista no art. 896, § 3º, da CLT. CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS. AFERIÇÃO. CRITÉRIOS. NÚMERO DE VAGAS. ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO. TUTELA PROVISÓRIA. 1. A ordem judicial para a admissão de candidatos, aprovados em concurso público e preteridos, está condicionada à existência de vagas, assim como à classificação daqueles no respectivo número, independentemente da colocação obtida em tal perímetro. 2. A preterição é caracterizada pela contratação de terceiros para o exercício das atividades essenciais do emprego público, ou ainda a recusa injustificada da convocação do candidato. 3. O número de vagas disponíveis deve ser aferido pelo somatório daquelas previstas no edital e da quantidade de trabalhadores terceirizados, no prazo de validade do concurso. 4. Preenchidos os pressupostos legais, é viável a concessão da tutela provisória de urgência ou de evidência, para a adoção

das medidas destinadas à contratação do candidato. 5. Incidente de uniformização de jurisprudência admitido, com a fixação da tese majoritária sobre o tema." (TRT 0008894-39.2015.5.10.0000 IUJ, ACÓRDÃO T.Pleno/2017, Rel. Des. João Amílcar, DJE 10/05/2017). Recurso conhecido e provido.

Ficou assentado, assim, que a condição sine qua non para a convocação da mera expectativa em direito subjetivo do aprovado em concurso público é a comprovada existência de empregos vagos, bem como a sua classificação no respectivo número, sem o que descabe falar em preterição.

Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, também tenho decidido que "...a ocupação precária, por comissão, terceirização, ou contratação temporária, de atribuições próprias do exercício de cargo efetivo vago, para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, equivalente à preterição da ordem de classificação no certame, fazendo nascer para os concursados o direito à nomeação, por imposição do artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal" (AI n. 776.070-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe de 22.03.11). Contudo, o pressuposto essencial para tanto é a existência de vaga, como traduzem os seguintes precedentes, in verbis:

"Concurso público: terceirização da vaga: preterição de candidatos aprovados: direito à nomeação: uma vez comprovada a existência da vaga, sendo esta preenchida, ainda que precariamente, fica caracterizada a preterição do candidato aprovado em concurso (...) (AI nº 440.895/SEAgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 20/10/06).

"Agravamento regimental em recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Contratação precária de terceirizados. Preterição de concursados. Não comprovação da existência de vagas de caráter efetivo. Ausência de direito líquido e certo. Agravamento regimental a que se nega provimento. 1. É posição pacífica desta Suprema Corte que, havendo vaga e candidatos aprovados em concurso público vigente, o exercício precário, por comissão ou terceirização, de atribuições próprias de servidor de cargo efetivo faz nascer para os concursados o direito à nomeação, por imposição do art. 37, inciso IV, da Constituição Federal. 2. O direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso vigente somente surge quando, além de constatada a contratação em comissão ou a terceirização das respectivas atribuições, restar comprovada a existência de cargo efetivo vago. Precedentes. 3. No caso em questão, não ficou comprovada, nos documentos acostados aos autos, a existência de vaga efetiva durante a vigência do concurso, sendo necessário, para tanto, que haja dilação probatória, o que não se admite em via mandamental. Ausência de direito líquido e certo do agravante. 4. Agravamento regimental a que se nega provimento. (RMS 29915 AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 26/09/2012).

Dáí porque, nos autos do Processo nº 0001241-91.2013.5.10.0020-RO, votei, como relator, pelo direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso público para cadastro de reserva do emprego de carteiro na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, a qual, mesmo estando autorizada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a criar inúmeros empregos em seu quadro permanente de pessoal, optou, em claro desvio de finalidade, por terceirizar precariamente essa atividade essencial e finalística. Havia novas vagas em potencial, disponibilidade orçamentária e comprovada necessidade de pessoal e, ainda assim, os empregos não foram preenchidos, por evidente inércia ilegítima da empresa, autorizando a interferência do Poder Judiciário.

Portanto, a condição sine qua non para a convocação da mera expectativa em direito subjetivo nessas hipóteses é a comprovada existência de empregos vagos, sem o que descabe falar em preterição.

No caso concreto, porém, não vislumbro, pelo que dos autos restou apurado, a existência de vagas, potenciais ou efetivas, passíveis de serem preenchidas por candidatos aprovados em concurso público, e que não o foram por deliberada inércia da reclamada. Por outro lado, não vejo, por igual, ilicitude na terceirização parcial de serviços específicos por parte da Caixa Econômica Federal.

No primeiro aspecto, segundo os elementos incontroversos, foram contratados ao menos 216 (duzentos e dezesseis) aprovados do concurso público do qual a autora participou, demonstrando que não houve o apregoado estado de inação (PDF 116). Já o corte do número de candidatos, a compor o cadastro de reservas, jamais pode ser entendido como efetivos cargos vagos, senão os parâmetros usuais de delimitação dos empregáveis.

Tal cenário, portanto, afigura-se-me compatível com a norma do artigo 37, V, da Constituição Federal, art. 12, § 2º, da Lei 8.112/1990, que deve ser interpretado à luz das restrições admissionais no âmbito da Administração Pública, e não de forma automática. Ora, a realização de um certame demanda inúmeras fases e tempo, sendo perfeitamente razoável a antecipação de algumas delas, antes de findo o concurso anterior. Por outro lado, mesmo que assim não fosse, inexistiu desrespeito ao núcleo da norma, segundo a sua interpretação finalística, pois claramente o novo concurso resguardou a expectativa de direito dos aprovados no anterior.

Já a notícia de que a Caixa Econômica Federal vem descumprindo o termo de ajuste de conduta foi descartada pelo relatório juntado pela parte, que foi expedido pelo d. Ministério Público do Trabalho. E nesse sentido, comungo que pontuais desvios devem ser interpretados como exceção, e não regra, a exemplo da proibição de a CEF terceirizar as atividades de "telemarketing".

A propósito do tema, a petição inicial veio acompanhada de reprodução dos pregões eletrônicos nºs 183/7066-2014 (PDF 123/273), 101/7066-2014 (PDF 274/386), para a telesserviços/telemarketing, com centrais de atendimento nas cidades de Belo Horizonte-MG, Brasília-DF, Salvador ou Rio de Janeiro-RJ e região metropolitana. Por outro lado, a defesa colacionou os contratos deles resultantes com as empresas Sandes Conservação e Serviços (PDF 483/613), TIVIT Terceirização de Processos, Serviços e Tecnologia S/A (PDF 614/692 e 745/804), CTIS Tecnologia S/A (PDF 693/744) e Gestor Serviços Empresariais (PDF 805/826).

Ora, o elemento foi submetido ao contraditório (PDF 1058/1083), mas o interessado sequer indicou o número de terceirizados resultantes de tais contratos - como dito, ele dispunha de todos os meios admitidos em direito, para comprovar o substrato da pretensão. Logo, ainda que considerasse irregular a terceirização levada a efeito, inexistente suporte à pretensão.

Do mesmo modo, ainda que fossem verificados diversos desligamentos da CEF, por motivos diversos, não é possível estabelecer uma relação objetiva entre a informação e o concurso prestado pelo autor, seu cargo e classificação na fase recursal, especialmente porque é cediço que a empresa inibe a preterição de aprovados.

É necessário considerar, ainda, que não é a mera contratação dos serviços pela via da terceirização que leva o candidato aprovado a ter direito à admissão nos quadros da empresa pública, mas sim a existência de vagas em aberto em contraposição a tal atitude.

Nada impede, com o devido respeito, que a administração indireta pratique as duas ações de modo concomitante, principalmente considerando a inexistência de justaposição, ou seja, o trabalho dos empregados terceirizados não coincide com as atividades previstas no edital do concurso.

Em síntese, a Caixa Econômica Federal admitiu os concursados na medida de suas necessidades de pessoal, mas o posto ofertado não alcançou a ordem de classificação do autor. Também, por opção estritamente gerencial de racionalização das prestações de serviços, terceirizou atividades secundárias, estranhas àquelas que o empregado exerceria, caso fosse admitido.

Portanto, não se pode dizer, data venia, que a terceirização levada a efeito pela reclamada tenha natureza precária, e muito menos ostente o desiderato ou, ainda, o resultado indireto de obstar a nomeação dos candidatos aprovados nos concursos. E mais, a simples terceirização não provoca o surgimento de novas vagas no quadro de pessoal da empresa, que depende de deliberação do seu órgão de cúpula, tomada após autorização do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (artigo 1º do Decreto 3.735/2001), que considera, necessariamente, a disponibilidade orçamentaria para tanto.

Não é automática, portanto, a criação de empregos nas empresas públicas,

pois embora não dependam ordinariamente de lei em sentido estrito, está vinculada às diretrizes fixadas pelo Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais, unidade subordinada à Secretaria-Executiva do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que entre outras, tem por finalidade, manifestar-se sobre "...propostas, encaminhadas pelos respectivos Ministérios setoriais, de quantitativo de pessoal próprio, acordo ou convenção coletiva de trabalho, programa de desligamento de empregados, planos de cargos e salários, criação e remuneração de cargos comissionados, inclusive os de livre nomeação e exoneração e participação dos empregados nos lucros ou resultados das empresas".

Houvesse a prova de existência de vagas a preencher, ou mesmo a terceirização desses mesmos serviços, aí sim, emergiria a sua necessidade e o desvio de finalidade por parte da Administração Pública. Inexistentes as vagas, porém, nem mesmo sob a ótica potencial, não se pode afirmar tal ocorrência, o que afasta a hipótese de preterição.

Diante do todo exposto, dou provimento ao recurso ordinário da reclamada para, reformando a r. sentença, julgar improcedente os pedidos.

SUCUMBÊNCIA. ÔNUS. INVERSÃO. Inverto o ônus da sucumbência, impondo ao reclamante a satisfação das custas processuais, no importe de R\$ 1.000,00 (um mil reais), calculadas sobre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), valor atribuído à causa. Dispensado o pagamento, na forma legal.

CONCLUSÃO

Conheço do recurso e rejeito as preliminares suscitadas para, no mérito, dar-lhe provimento, julgando improcedentes os pedidos, tudo nos estritos termos da fundamentação.