

PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO E A RECENTE REPERCUSSÃO GERAL DECLARADA NO TEMA 992

Bruna de Sá Araújo

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 – A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA PROCESSAR E JULGAR DEMANDAS AJUIZADAS POR CANDIDATO A EMPREGO PÚBLICO. 2 – TERCEIRIZAÇÃO ILEGAL DE MÃO DE OBRA EM PREJUÍZO DOS CONCURSADOS. 3 – PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO E A REPERCUSSÃO GERAL DO TEMA 784. 4 – A REPERCUSSÃO GERAL DO TEMA 992 E O CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, representou um verdadeiro “divisor de águas” no estudo das competências material e em razão da pessoa na Justiça do Trabalho. Afinal, a Reforma do Judiciário ampliou significativamente tais competências no artigo 114 da Carta Magna.

A redação atual do art. 114 da Constituição Federal deixa claro que a

competência em razão da matéria é a principal, tomando-se como relação jurídica base a relação de trabalho. O inciso I estabelece a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da Administração Pública direta e indireta, já o inciso X deixa margem para que “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho” sejam processadas e julgadas por esta Especializada.

Além da ampliação da competência da Justiça do Trabalho, a Reforma do Judiciário estabelecida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, com o propósito de proporcionar maior celeridade na prestação jurisdicional, também consolidou o instituto da Repercussão Geral.

A Repercussão Geral foi então criada como uma espécie de filtro institucional, capaz de assegurar que o Supremo Tribunal Federal apenas examinasse questões constitucionais relevantes, próprias de um “guardião da



Bruna de Sá Araújo

Advogada, especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo IPOG e pela Universidade Federal de Goiás, pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Fasam e Coordenadora do Núcleo de Direito do Trabalho do IEAD – Instituto de Estudos Avançados em Direito.

Constituição”.

Os casos de repercussão geral têm enorme impacto em todos os tribunais brasileiros, em especial nos Tribunais Regionais do Trabalho. Recentemente o Exmo. Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal reconheceu a Repercussão Geral da matéria tratada no Recurso Extraordinário 960.429/RN, em que se discute a “competência para processar e julgar controvérsias nas quais se pleiteiam questões afetas à fase pré-contratual de seleção e de admissão de pessoal e eventual nulidade do certame, em face de pessoa jurídica de direito privado” (Tema 992).

Diante disto, o ministro relator determinou a suspensão nacional de todos os processos que versem sobre o mesmo tema, nos termos do artigo 1.035, §5º, do CPC/2015, que dispõe que “reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional”.

O Tribunal Superior do Trabalho estava se posicionando no sentido de que discussões relativas à fase pré-contratual envolvendo preterição de candidatos aprovados em concurso público não guardava relação com o Tema 992 de Repercussão Geral, na medida em que não se discute validade e regras adotadas no certame, nem mesmo critérios de seleção, mas tão somente a validade de contratação precária, mediante terceirização dos serviços para os quais os candidatos foram aprovados, em detrimento, portanto, do seu direito subjetivo e em patente desvio de finalidade do ato administrativo praticado.

Contudo, Supremo Tribunal Federal tem

ampliado a aplicação do sobrestamento deste tema, determinando a suspensão de processos que discutem questão relativa à competência da Justiça do Trabalho para julgamento de litígio que versa sobre preterição de candidato aprovado em concurso público, em razão da contratação de trabalhadores terceirizados.

Partindo de decisões da Corte Superior e seu impacto na seara laboral, o presente artigo buscará compreender como ocorre a distinção da competência para julgamento de demandas ajuizadas por concursados, a terceirização ilegal de mão de obra em prejuízo de concursados, a preterição de candidatos e a Repercussão Geral do Tema 784, por fim, analisará o conflito de competência advindo do Tema 992.

1 – A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA PROCESSAR E JULGAR DEMANDAS AJUIZADAS POR CANDIDATO A EMPREGO PÚBLICO

A Suprema Corte já definiu a incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar os conflitos na relação jurídica de caráter administrativo celebrada entre o Poder Público e seus servidores, bem como para apreciar as ações propostas por trabalhadores estatutários, isto é, contratados sob a égide da Lei n. 8.745/93 e inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal.

Contudo, não necessariamente toda relação estabelecida entre trabalhador e Administração Pública será submetida à apreciação da Justiça Comum, somente àquelas tipicamente jurídico-administrativas. Assim, a Justiça do Trabalho será competente para processar e julgar controvérsias envolvendo empregados contratados por ente público sob o regime celetista.

Além de ocupar o ápice da estrutura do Poder Judiciário nacional, a Excelsa Corte Superior figura como intérprete maior da Constituição Federal (art. 102, caput, CF/88), razão pela qual a adoção das diretrizes interpretativas que edita, longe de afrontar o postulado da independência judicial, traduz respeito aos postulados da segurança jurídica, da economia processual e da isonomia no tratamento dos jurisdicionados.

De fato, acompanhando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho, em abril de 2009, cancelou a Orientação Jurisprudencial n. 205 da SBDI-1, que reconhecia a competência material da Justiça do Trabalho para dirimir conflitos entre trabalhador temporário e o ente público.

Conforme mencionado alhures, a Emenda Constitucional n. 45/2004 atribuiu à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos então, os entes de direito público externo e da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Entretanto, a relação de trabalho, em sua constituição sistemática, divide-se em três fases distintas: Fase Pré-Contratual, Fase de Execução do Contrato e Fase Rescisória ou Pós-Contratual. Conforme leciona Campos Batalha:

(...) tudo quando se relacione com o contrato de trabalho, quer tenha havido, quer não tenha havido prestação de serviços, está sujeito à jurisdição especial, como também a fase pré-contratual – as consequências do pré-contrato não cumprido – (p. ex., empregados quando chegados ao País), e a fase ultracontratual (p. ex., complementação de aposentadoria e

hipóteses análogas).

(BATALHA, Tratado de Direito Judiciário Brasileiro do Trabalho, p. 340)

Tratam-se de situações que, embora antecedentes ou posteriores à efetiva formalização do contrato de emprego ou relação de trabalho propriamente dita, inevitavelmente geram efeitos jurídicos (art. 422 do Código Civil), daí porque, ainda que digam respeito a ato administrativo, não transmudam a natureza trabalhista do litígio.

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. Por este motivo, estão abarcadas pela jurisdição trabalhista todas as 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 caso).

Nesse contexto, e considerando que em alguns casos a relação futura do candidato aprovado em concurso público será regida pela CLT, não se mostra razoável atribuir à Justiça Comum a competência para exame dos processos envolvendo controvérsias em quaisquer das fases contratuais.

2 – TERCEIRIZAÇÃO ILEGAL DE MÃO DE OBRA EM PREJUÍZO DOS CONCURSADOS

Nos termos da jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada na Súmula n. 331, item I, “a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando o vínculo diretamente com o tomador dos serviços”.

Todavia, quando a terceirização ilegal é praticada por integrantes da Administração Pública, não há formação de vínculo com o tomador de serviço terceirizado, por objeção do comando do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, que exige para a validade do vínculo de trabalho com a Administração Pública, mesmo indireta, a submissão e aprovação em concurso público.

Assim, prevalece o entendimento expressado no item II da Súmula 331 do TST, no sentido de que, mesmo no caso de contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, por força da exigência do art. 37, II, CF.

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
(...)

Paradoxalmente, são o artigo 37, inciso II, da CF/88 e o item II da Súmula n. 331 do TST que estimulam empresas como a Petrobras, Caixa Econômica Federal, Furnas, Eletrobrás, Banco do Brasil, Correios e diversas outras empresas públicas e sociedades de economia mista, a praticarem em larga escala a terceirização de

atividade-fim, uma vez que a prática não gera inconvenientes jurídicos ou econômicos para essas empresas ou seus administradores.

Essa situação anômala e contraditória, leva à seguinte hipocrisia jurídica: diversas empresas públicas e sociedades de economia mista realizam concursos públicos em obediência ao comando do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, oferecendo um número de vagas muito aquém de suas reais necessidades e praticam a terceirização ilegal de suas atividades-fim em larga escala, protegidas pelo item II, da Súmula n. 331, do TST.

Segundo matéria veiculada no jornal O GLOBO de 02/06/2014¹, a sociedade de econômica mista PETROBRAS é acusada de utilizar mão de obra terceirizada na proporção de 4 trabalhadores terceirizados para cada 1 empregado contratado diretamente.

No dia 28/04/2015, durante a CPI da PETROBRAS², seu presidente, Senhor Aldemir Bendine, reconheceu a existência de 300 mil (trezentos mil) terceirizados, afirmou ainda que o quadro de terceirizados é 3,5 vezes maior e admitiu também a terceirização em atividade-fim³.

Como visto, a contradição consubstanciada no item II da Súmula n. 331 do TST tem servido

1 O GLOBO. Petrobras contrata sete vezes mais terceirizados do que concursados. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/petrobras-contrata-sete-vezes-mais-terceirizados-do-que-concursados-12685442>. Acesso em: 17 out. 2020.

2 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão Parlamentar de Inquérito. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/55a-legislatura/cpi-petrobras/documentos/outros-documentos/relatorio-final-da-cpi-petrobras>. Acesso em: 17 out. 2020.

3 Cumpre esclarecer que a terceirização em atividade-fim só foi legalizada em 2017, com a Lei das Terceirizações (Lei n. 13.429/2017).

como barreira protetiva para diversas empresas integrantes da Administração Pública Indireta, validando uma prática que fere os princípios basilares do próprio Direito do Trabalho e dos candidatos aprovados nos concursos públicos.

Desta maneira, diante de um entendimento jurisprudencial sumulado do TST em desconformidade com os princípios protetivos básicos no âmbito trabalhista, haveria de ser estipulada algumas medidas necessárias para evitar a preterição de candidatos aprovados, tais como: (a) fixar o número de vagas ofertadas nos editais de concurso levando em consideração sua real necessidade em cada área das profissões arrematadas (Princípio da Boa-fé); (b) não utilizar mão de obra terceirizada na execução de sua atividade-fim e não preterir/substituir os aprovados nos seus concursos em benefício de mão de obra terceirizada (Princípio da Legalidade); e (c) informar com clareza e transparência os dados quantitativos e qualitativos de toda a mão de obra utilizada, própria e terceirizada (Princípio da Publicidade).

3 – PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO E A REPERCUSSÃO GERAL DO TEMA 784

Segundo entendimento da Corte Superior, 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.

Muito embora a aprovação em concurso público gere tão somente expectativa de direito, a contratação de terceiro para o mesmo cargo para o qual houve candidato classificado gera direito líquido e certo à nomeação (Súmula n. 15 do STF).

Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração Pública poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursado aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao Poder Público.

Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Quando um ente da Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas naquele edital.

Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento.

Logo, a contratação precária mediante terceirização de serviço configura preterição na ordem de nomeação de aprovados em concurso público vigente, ainda que fora do número de vagas previstas no edital, quando referida contratação tiver como finalidade o preenchimento de cargos efetivos vagos.

O Tribunal Superior do Trabalho firmou

entendimento de que a expectativa de direito convola-se em direito subjetivo quando demonstrado que a Administração Pública efetuou contratações para o exercício das mesmas atribuições do cargo para o qual há candidatos concursados aprovados.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela que somente 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 o direito à nomeação para os candidatos aprovados, ainda que em cadastro de reserva.

Assim, o Supremo Tribunal Federal firmou tese no Tema 784 com Repercussão Geral, no sentido de que só há direito subjetivo à nomeação quando: (a) a aprovação ocorrer dentro do número de vagas do edital; (b) houver preterição por inobservância da ordem de classificação e (c) surgirem novas vagas ou for aberto novo concurso de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração Pública.

4 – A REPERCUSSÃO GERAL DO TEMA 992 E O CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Como visto, ainda que se trate de discussão relativa à fase pré-contratual do vínculo empregatício, não há dúvidas de que a controvérsia decorre da relação de trabalho, e por esta razão deve ser reconhecida a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar tais demandas (art. 114, I e IX, da CF/88).

No entanto, no dia 5 de março de 2020, o Supremo Tribunal Federal apreciou o tema de Repercussão Geral n. 992 afeto ao RE 960.429/RN (0007608-95.2015.8.20.0000), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, fixando a seguinte tese:

Compete à Justiça comum processar e julgar controvérsias relacionadas à fase pré-contratual de seleção e de admissão de pessoal e eventual nulidade do certame em face da Administração Pública, direta e indireta, nas hipóteses em que adotado o regime celetista de contratação de pessoal.

A princípio, o Tribunal Superior do Trabalho estava firmando entendimento no sentido de que discussões relativas à fase pré-contratual envolvendo preterição de candidatos aprovados em concurso público não guardava relação com o Tema 992 de Repercussão Geral, na medida em que não se discute validade e regras adotadas no certame, nem mesmo critérios de seleção, mas tão somente a validade de contratação precária, mediante terceirização dos serviços para os quais os candidatos foram aprovados, em detrimento, portanto, do seu direito subjetivo e em patente desvio de finalidade do ato administrativo praticado.

No entanto, quanto à amplitude das decisões abarcadas pelo Tema n. 992 de Repercussão Geral, registra-se que há decisões do Supremo Tribunal Federal determinando a suspensão de processos que discutem questão relativa à competência da Justiça do Trabalho para julgamento de litígio que versa sobre preterição de candidato aprovado em concurso público em razão da contratação de trabalhadores terceirizados, nesse sentido

o ARE 1156335, Rcl 33147, Rcl 32831 e ARE 108617.

Não obstante, analisando o ementário do acórdão do RE 960.429 RN que resultou no Tema 992, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, percebe-se que ao definir pela Repercussão Geral as seguintes hipóteses (a) questões afetas à fase pré-contratual de seleção e de admissão de pessoal; (b) eventual nulidade do certame, em face de pessoa jurídica de direito privado, portanto, a discussão paira, exclusivamente, sobre critérios passíveis de nulidade do concurso público, situação em que não abrange preterição na convocação de candidato aprovado, em vista da contratação precária de trabalhadores terceirizados pela pretensa empregadora para exercício do mesmo cargo, tanto é que tal situação não é passível de anular o certame, já que oriundas de outros fatos geradores e naturezas jurídicas distintas.

Entende-se que a preterição na convocação de candidato aprovado em concurso público, em vista da contratação precária de trabalhadores terceirizados pela pretensa empregadora ultrapassa os critérios para seleção e admissão de pessoal nos quadros da demandada, não sendo discussão desta qualquer irregularidade no procedimento do certame, mas tão somente a contratação irregular de terceirizados, haja vista a regularidade de concurso público que aprovou candidatos suficientes para atender a demanda e, eventual preterição deste ou daquele.

Conforme é possível verificar, o foco da Repercussão Geral de Tema 992 é saber qual justiça será competente para processar e julgar as causas cuja matéria em discussão são os critérios utilizados pelas pessoas jurídicas de direito privado que integram a Administração

Pública Indireta para a seleção e admissão de seus empregados, ou seja, as causas que objetivam julgar a legalidade dos critérios estabelecidos em editais e normas orientadoras da seleção e admissão de empregados públicos da administração.

Desta maneira, nas hipóteses de preterição direta ou indireta de candidatos aprovados em concurso público com submissão a regime celetista, a melhor e mais acatada jurisprudência tem feito o *distinguishing*⁴ da matéria em relação ao Tema 992 do STF, e assim, alguns tribunais tem deixado de aplicar a norma do artigo 1.035, § 5º, do CPC quanto ao sobrestamento.

CONCLUSÕES

Não é toda relação estabelecida entre trabalhador e Administração Pública que será submetida à apreciação da Justiça Comum, apenas àquelas tipicamente jurídico-administrativas. Por conseguinte, a Justiça do Trabalho será competente para processar e julgar controvérsias envolvendo empregados contratados por ente público sob o regime celetista, uma vez que a Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004) ampliou significativamente a competência da Justiça do Trabalho (art. 114 da CF/88).

É cediço que a relação de trabalho divide-se em três fases distintas: Fase Pré-Contratual, Fase de Execução do Contrato e Fase Rescisória ou Pós-Contratual. Assim sendo, estão abarcadas pela jurisdição trabalhista todas as

4
Distinguishing é uma técnica de distinção entre o caso concreto e o caso paradigma, com o intuito de evitar a aplicação de um entendimento judicial a um caso concreto com substratos fáticos ou jurídicos diversos do caso paradigma.

questões pré e pós-contratuais, em virtude de serem decorrentes eminentemente da relação de trabalho.

Demonstrou-se que o artigo 37, inciso II, da CF/88 e o item II da Súmula n. 331 do TST estimulam empresas públicas e sociedades de economia mista a praticarem em larga escala a terceirização de atividade-fim, uma vez que a prática não gera inconvenientes jurídicos ou econômicos para essas empresas ou seus administradores.

Afinal, a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

Ocorre que tal dispositivo tem servido como brecha para diversas empresas integrantes da Administração Pública Indireta terceirizarem de forma ilícita seus serviços, validando uma prática que fere os princípios mais caros do Direito do Trabalho.

Outrossim, a recente Repercussão Geral declarada no Tema 992 pode agravar ainda mais esta situação de vulnerabilidade dos concursados aprovados, visto que a competência para processar e julgar tais casos pode ser atribuída à Justiça comum.

Assim sendo, diante de uma briga entre gigantes – Tribunal Superior do Trabalho x Supremo Tribunal Federal, resta aguardar qual fim terá a controvérsia ora analisada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATALHA, Campos. **Tratado de Direito Judiciário do Trabalho**. vol I, 3. ed. São Paulo: LTr, 1995.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Comissão**

Parlamentar de Inquérito. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/55a-legislatura/cpi-petrobras/documentos/outros-documentos/relatorio-final-da-cpi-petrobras>. Acesso em: 17 out. 2020.

O GLOBO. **Petrobras contrata sete vezes mais terceirizados do que concursados**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/petrobras-contrata-sete-vezes-mais-terceirizados-do-que-concursados-12685442>. Acesso em: 17 out. 2020.