



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

PROCESSO n.º 0000237-86.2017.5.10.0017 - RECURSO ORDINÁRIO (1009)

RELATOR : JUIZ GILBERTO AUGUSTO LEITÃO MARTINS

RECORRENTE : ██████████

ADVOGADO : THAISI ALEXANDRE JORGE

RECORRIDO : BANCO DO BRASIL SA

ADVOGADO : CARLA LOPES PINHEIRO

ORIGEM : 17ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF

CLASSE ORIGINÁRIA: Ação Trabalhista - Rito Ordinário (JUÍZA

MARGARETE DANTAS PEREIRA DUQUE)

EMENTA

1. CONCURSO PÚBLICO. BANCO DO BRASIL. CADASTRO DE RESERVA. REQUISITOS DO VERBETE N° 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 o reclamado contratou trabalhadores terceirizados para exercer as mesmas funções inerentes ao cargo para o qual a reclamante foi aprovado, 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. DANOS MORAIS. Para a caracterização do dano moral, passível de reparação, é imprescindível que fique firmemente demonstrado nos autos que o alegado ato ilícito da reclamada tenha de fato acarretado constrangimentos à vida pessoal, familiar e social da reclamante. No caso concreto, não se afigura presente situação ínsita a gerar indenização por dano moral.

3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. São pressupostos para a concessão dos honorários advocatícios assistenciais, nos termos da Súmula 219/TST: a pobreza jurídica do empregado, a prestação de assistência

jurídica por sindicato (arts. 14 e 16 da Lei n.º 5.584/70), e a sucumbência. Ausente um dos requisitos descritos, o pedido deve ser indeferido.

4. Recurso ordinário do reclamante conhecido e parcialmente provido.

RELATÓRIO

A MM. 17ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, por meio da sentença proferida pela Exma. Juíza Margarete Dantas Pereira Duque, rejeitou as preliminares suscitadas e julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, consoante fundamentos exarados a fls. 515/521, complementados a fls. 547/551.

O reclamante interpõe recurso ordinário, a fls. 557/573, no qual postula a condenação do reclamado à contratação do autor, no cargo de Escriturário. Postula, ainda, o pagamento de indenização por danos morais e dos honorários advocatícios.

Contrarrrazões ofertadas pelo reclamado a fls. 608/654.

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

É o relatório.

VOTO

1. ADMISSIBILIDADE

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

2. MÉRITO

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

O reclamante narrou, na petição inicial, que foi aprovado em concurso público realizado pelo banco reclamado para formação de cadastro reserva do cargo de Escrivário, nos termos do Edital 1/2012. Relatou que obteve a 1500ª colocação, na microrregião 19, macrorregião 4 (Distrito Federal), dentro do número de classificados previsto no referido edital.

Apontou para a publicação do Edital nº 2/2013 para formação de novo cadastro reserva, antes de expirado o prazo de validade do certame ao qual o autor logrou se classificar.

Outrossim, afirmou que diversas vagas surgiram durante a vigência do certame, contudo, o demandado optou por contratar, empregados temporários para exercer as atribuições inerentes ao cargo para o qual se habilitou.

Pugnou pela intimação do banco para apresentar todos os contratos de terceirização relativos aos serviços prestados dentro das agências no Distrito Federal, durante a validade do concurso, de modo a demonstrar a quantidade de terceirizados contratados e a efetiva terceirização.

Em razão do contexto delineado, requereu sua contratação imediata para o cargo no qual logrou ser aprovado no certame público.

Em sede de defesa, o reclamado pontuou que a aprovação no concurso público em comento causou mera expectativa de direito ao autor, uma vez que a finalidade do certame era a formação de cadastro de reserva.

Sustentou que não existem empregados terceirizados atuando nas funções de escriturário. Pugnou pela legalidade da contratação de mão de obra terceirizada ocorrida em face da necessidade específica e premente do réu.

O Juízo *a quo* julgou improcedente os pleitos da inicial e absolveu o reclamado dos pedidos formulados na inicial.

Recorre o reclamante repisando os argumentos da inicial. Acrescenta que o reclamado não cumpriu com a determinação de apresentar os documentos relacionados aos contratos de terceirização. Afirma que o ônus probatório da quantidade de terceirizados contratados em preterição aos classificados no concurso incumbia ao reclamado em face da aptidão para a produção da prova.

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 IJU 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 1/2012 demonstra a abertura de concurso público para formação de cadastro reserva para o cargo de Escrivão - carreira administrativa - cujo provimento se dava para os Estados ali descritos, incluído o Distrito Federal. O edital foi publicado em 12/01/2012, com prazo de vigência de um ano a contar da publicação do edital de homologação do resultado final.

Para a microrregião a qual o autor concorreu, o regulamento previu a classificação dos candidatos habilitados até a posição de 2500ª em ampla concorrência e até a posição 125ª para pessoas com deficiência.

Descreve o edital as atividades inerentes a tal cargo - item 2.4.:

"2.4. DESCRIÇÃO SUMÁRIA DAS ATIVIDADES: atendimento ao público; contatos com clientes; prestação de informações aos clientes e usuários; redação de correspondências em geral; conferência de relatórios e documentos; controles estatísticos; divulgação/venda de produtos e serviços oferecidos pelo Banco; atualização/manutenção de dados em sistemas operacionais informatizados e execução de outras tarefas inerentes ao conteúdo ocupacional do cargo, compatíveis com as peculiaridades do BANCO DO BRASIL S.A."

Por outro lado, o acionado realizou licitações, na modalidade pregão eletrônico, mediante as quais buscava a contratação de empresa prestadora de serviços temporários para atender à necessidade transitória de mão de obra, decorrentes do acréscimo extraordinário, temporário e imprevisível do serviço, nas dependências do Banco do Brasil, localizadas em todas as regiões do país.

Compulsando o pregão eletrônico GECOP 2013/5317 colacionado aos autos a fls. 88/135, verifica-se que a finalidade da licitação era a contratação de empresa prestadora de serviços para fornecimento de mão de obra para exercer as seguintes atividades: *"execução e/ou auxílio de tarefas internas ou externas, complementares ou de apoio aos serviços administrativos, operação de máquinas ou aparelhos auxiliares de trabalhos burocráticos e auxílio em serviços de natureza manual ou mecânica"* (a fls. 101).

Emerge claramente do contexto delineado, que as atribuições do cargo de Escriturário confundem-se com o objeto do contrato mencionado.

Urge pontuar, ademais, que a remuneração, a carga horária, além de outros requisitos, como a formação acadêmica, possuem similaridade - comparem-se os itens 2.2. e 2.5. do edital e itens 3 e 4 do Anexo I do pregão citado.

Noutro norte, o documento a fl. 60 indica que, do total dos 2558 classificados para a microrregião 19 do Distrito Federal, o reclamante obteve o 1587º lugar, tendo sido chamados até aquela ocasião, 792 candidatos para a microrregião, sendo 53 portadores de deficiência física.

Pode-se verificar, ainda, pelo pregão eletrônico mencionado que surgiram, durante a vigência do certame, pelo menos, 768 postos de trabalho a serem preenchidos na Região Centro-Oeste (a fls. 462).

Já do contrato de prestação de serviços 2012/96000368, decorrente do pregão eletrônico 2012/24481 e colacionado a fls. 429, constata-se a similaridade de atividades (item 2.1.

- a fls. 439), bem como a necessidade de alocação de quantidades estimada entre 0 e 3100 trabalhadores.

Noutra banda, da leitura do TAC ajustado com o MPT, juntado aos autos a fls. 474/476, afere-se que o reclamado se comprometeu a convocar 1.177 candidatos oriundos do concurso público regido pelo Edital 2/2013.

Nesse contexto, conquanto não esteja em exame eventual ilicitude na terceirização efetivada e 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 como escriturário em detrimento da convocação de candidatos aprovados.

Não há dúvida, do quanto ressaí do apelo, que o recorrente 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.

Não o é, porém.

Dessarte, entendo que cabia ao reclamado demonstrar que alterou sua conduta cumprindo com os compromissos firmados com o Ministério Público e na negociação coletiva e que efetivamente não possui mais terceirizados exercendo as atividades inerentes aos seus empregos públicos, nos termos do art. 373, II do CPC/2015.

Todavia, desse encargo o réu não se desincumbiu.

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

Noutro giro, não há falar que a convocação de candidato em posição inferior na lista de classificação está em ordem a causar preterição de outro candidato mais bem classificado. Nessa trilha, caminha a jurisprudência do col. Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

"DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO. CONVOCAÇÃO. CANDIDATO. CLASSIFICAÇÃO INFERIOR. PRETERIÇÃO. MAIS BEM COLOCADO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ORIGEM. DECISÃO JUDICIAL. JURISPRUDÊNCIA. 1. Em concurso público, a convocação para as etapas subsequentes de candidato em posição inferior na lista de classificação não configura a preterição de outro candidato mais bem classificado quando for decorrente do cumprimento de ordem judicial. Precedentes. 2. Recurso ordinário em

Exatamente por isso, não me parece adequado argumentar com a existência de outros cadastros reservas oriundos de concursos diversos, considerando que em juízo não há de se observar ordem classificatória, conforme iterativa jurisprudência.

Dou provimento ao recurso para determinar que o banco efetive à imediata convocação do autor para realização dos procedimentos admissionais, em 30 dias do trânsito em julgado dessa decisão, sob pena de pagamento de multa diária correspondente ao dobro do salário-dia do cargo pretendido.

2.2. DANO MORAL.

Pugna o autor pelo deferimento do pedido de pagamento de indenização por danos morais. Aponta para a existência de sofrimento desnecessário, o que ocasionou ansiedade, angústia e temor.

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 do reclamante.

Ressalte-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.

Ainda que seja reprovável a conduta do demandado, conclui-se que não se afigura presente situação ínsita a gerar indenização por dano moral.

Nesse sentido, se encaminhou o entendimento dessa eg. Corte por meio do Verbete nº 60/2017.

Portanto, indevida é a indenização.

Nego provimento ao apelo obreiro no aspecto.

2.3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Pugna o recorrente/reclamante pela condenação da reclamada ao pagamento dos honorários advocatícios.

A jurisprudência trabalhista não reconhece legitimidade e juridicidade ao deferimento de honorários advocatícios em razão da sucumbência.

Os honorários advocatícios no processo do trabalho estão atrelados à participação do Sindicato na prestação de assistência judiciária ao empregado e à concessão da gratuidade judicial, conforme estabelecido de forma iterativa pelos tribunais trabalhistas, entendimento cristalizado na Súmula 219/TST.

No caso, o reclamante não se encontra assistida por entidade sindical, portanto não faz jus aos honorários.

Mais uma vez, vale destacar o entendimento pacificado por meio do Verbete nº 59/2017 do Tribunal Pleno.

Diante disso, nego provimento ao recurso também nesse ponto.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, conheço do recurso ordinário do reclamante e, no mérito, dou-lhe parcial provimento para condenar o reclamado a proceder a convocação do autor para realização dos exames e procedimentos previstos no Edital 1/2012 e, caso aprovado, seja contratado para ocupar o cargo de Escriturário, observado a microrregião de opção. Fixo prazo de trinta dias e multa diária, por descumprimento, no importe do dobro do salário-dia do cargo pretendido, devendo a entidade bancária apresentar cópia da documentação pertinente, a fim de comprovar o cumprimento da obrigação imposta, tudo nos termos da fundamentação.

Em razão dessa decisão, inverte o ônus da sucumbência, no que arbitro à condenação o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e fixo as custas processuais em R\$ 200,00 (duzentos reais) a cargo do reclamado.

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, conhecer do recurso do reclamante e, no mérito, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Juiz Relator Convocado.

Brasília(DF), 06 de junho de 2018(data do julgamento).

GILBERTO AUGUSTO LEITÃO MARTINS
Juiz Relator Convocado

DECLARAÇÃO DE VOTO