

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

COMPETÊNCIA PARA JULGAR CONTROVÉRSIAS SOBRE QUESTÕES AFETAS À FASE PRÉ-CONTRATUAL DE ADMISSÃO DE PESSOAL E EVENTUAL NULIDADE DO CERTAME, EM FACE DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

RVD

Recebido em

29.12.2020

Aprovado em

16.02.2021

COMPETENCE TO JUDGE CONTROVERSIES ON ISSUES RELATED TO THE PRE-CONTRACTUAL STAGE OF ADMISSION OF PERSONNEL AND EVENTUAL NULLITY OF THE PROCESS, REGARDING MIXED ECONOMY SOCIETIES

Adriana Ribeiro de Carvalho¹

RESUMO

O trabalho analisa a competência da justiça trabalhista após a reforma do texto constitucional pela Emenda nº 45 que inseriu a expressão “relação de trabalho” e ensejou diversos debates acadêmicos e jurisprudenciais sobre a abrangência do termo. A pesquisa observa que a jurisprudência tem decidido pela competência da justiça especializada quando se percebe evidente a relação de trabalho, com incidência das regras do direito laboral, apontando, no entanto, o aspecto residual dessa escolha. A pesquisa também abordou relações de trabalho que deverão, obrigatoriamente, se iniciar mediante instrumentos típicos de outros ramos do direito. As sociedades de economia mista admitem seus funcionários públicos após a seleção por concurso público. Nesse caso, a relação trabalhista nasce de uma prévia relação administrativa. Assim, a pesquisa observou que, ao definir a competência para processar e julgar controvérsias acerca da fase pré contratual de seleção e de admissão de pessoal pelas pessoas jurídicas da Administração Pública Indireta, o Supremo Tribunal Federal seguiu o padrão observado nas controvérsias anteriores. Até então, havia divergência entre duas correntes paralelas. A justiça comum, representada pelo Superior Tribunal de Justiça mantinha o entendimento de que as regras aplicadas à questão são eminentemente de direito administrativo e, portanto, de sua competência. Noutro giro, o Tribunal Superior do Trabalho, possuía entendimento de que a questão se revelava como pré-contratual a uma relação de trabalho, apta a invocar a competência da especializada. Analisada a decisão sobre a questão da competência, a pesquisa buscou averiguar as consequências processuais de tamanha modificação.

¹ Especialista em Direito do Trabalho, E-mail: adriana.carvalho@outlook.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7253-0153>, Endereço de contato da autora: Avenida Paraná, nº 347, 4º andar, Centro, CEP 86010390 - Londrina, Paraná, Brasil.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

PALAVRAS-CHAVE: Concurso Público; Competência Absoluta, Justiça Trabalhista.

ABSTRACT

This paper analyzes the competence of labor justice after the reform of the constitutional text by the 45th Amendment, which inserted the expression “employment relationship” which led to several academic and jurisprudential debates on the scope of the term. The research shows that the case law has decided on the competence of specialized justice when the employment relationship is evident, with incidence of the rules of labor law, pointing out, however, the residual aspect of this choice. The research also addresses labor relations that must, necessarily, start with typical instruments of other branches of law. Banco do Brasil, for example, hires its public servants after selection by public exams. In this case, the employment relationship arises from a previous administrative relationship. This way, the research observed that, when defining the competence to prosecute and judge controversies regarding the pre-contractual phase of selection and admission of personnel by legal entities of the Indirect Public Administration, the Supreme Federal Court followed the pattern observed in previous controversies. Up until then, there was a divergence between two parallel currents. The common justice, represented by the Superior Court of Justice, kept the understanding that the rules applied to the issue are eminently of administrative law and, therefore, of its competence. On the other hand, the Superior Labor Court had the understanding that the issue was shown as pre-contractual to an employment relationship, being able to invoke the competence of the specialized justice. Having analyzed the decision on the issue of competence, the research sought to ascertain the procedural consequences of such a change.

KEYWORDS: Public tender; Absolute Competence, labor justice

1 INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 45 aplicou considerável reforma na competência da Justiça Trabalhista. Passados os anos, consolidou-se o entendimento no Tribunal Superior do Trabalho de que competia à Justiça do Trabalho processar e julgar litígios relacionados a processos administrativos de concurso para seleção e admissão de pessoal das sociedades de economia mista, uma vez que se estaria diante da denominada fase pré-contratual, inerente ao contrato de trabalho.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

Paralelamente, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que cabia à justiça comum analisar e julgar a matéria, uma vez que o concurso público é ato administrativo e, portanto, regido pelo Direito Administrativo.

Em 26 de abril de 2018, o Ministro Gilmar Mendes, relator do Recurso Extraordinário nº 960.429 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020), admitiu existir repercussão geral na discussão sobre a competência para julgar as demandas ajuizadas por candidato a emprego público, em face de pessoa jurídica de direito privado, em que se discutem critérios para a seleção e admissão de pessoal nos seus quadros bem como eventual nulidade do certame. Em cinco de março de 2020, o pleno do Supremo Tribunal Federal encerrou o debate firmando a tese de que a competência é da justiça comum (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020). Em 15 de dezembro de 2020 a decisão teve seus efeitos modulados.

A pesquisa segue a metodologia de revisão da bibliografia acerca da conceituação e contextualização da competência trabalhista, após a Emenda Constitucional 45 e a consolidação da Tese nº 992, pelo STF, bem como da exigência da utilização do concurso como meio de admissão de empregados. Em seguida, é feita a análise da bibliografia e da legislação em busca de solução para a questão da incompetência absoluta da justiça especializada. Com todos os conceitos revisados e comparados com a aplicação da tese do STF, é feita uma proposta de estratégia processual em cada caso.

No primeiro capítulo aborda-se a competência material da Justiça do Trabalho, passando por um breve relato sobre a alteração perpetrada pela Emenda Constitucional nº 45 e as questões atinentes à expressão “relação de trabalho”, que foi incluída pelo constituinte derivado, fazendo uma breve distinção entre as expressões “relações de trabalho” e “relações de emprego”. Além disso, o capítulo inclui análise das manifestações do Supremo Tribunal Federal acerca do tema em julgados anteriores. Essa discussão será importante para compreender o critério adotado pelo Supremo Tribunal Federal no limite conferido à relação de trabalho que se inicia após a aprovação em concurso público.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

No segundo capítulo, faz-se a análise do regime jurídico aplicado às sociedades de economia mista e suas consequências na forma que seleciona e admite seus colaboradores, passando pela obrigatoriedade do concurso, imposta pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), e pela liberdade econômica da empresa para terceirizar, baseada em autorização legal e jurisprudencial. Essa definição será essencial para entender como o Supremo Tribunal Federal delimitou o objeto da divergência entre as justiças especializadas e comum.

No terceiro e último capítulo do desenvolvimento, aponta-se de que forma a doutrina e a legislação processualista abordam a competência absoluta, analisando quais são as ferramentas propostas pelo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) hábeis a corrigir eventuais distorções no sistema de distribuição da jurisdição. Essa explanação servirá para propor soluções às diversas ações, transitadas ou em curso, cujo objeto se aproxima da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Nas considerações finais, busca-se consolidar uma tese e opção processual que objetiva prevalecer, sob o viés processual, o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a modulação de efeitos.

2 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A competência trabalhista está definida no artigo 114 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Esse artigo foi alvo das alterações da Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Ao comparar as versões do artigo 114 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), é possível perceber a escolha do legislador em remover a referência específica que existia na expressão “julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores”. Essa também foi a conclusão do então ministro do Tribunal Superior do Trabalho, João Oreste Dalazen ao publicar artigo para a revista do tribunal:

Sintomático deste manifesto intuito do legislador é também o fato de que, diferentemente da redação anterior do art. 114, a atual não repisa a referência a dissídio entre trabalhadores e empregadores. O silêncio eloquente acerca dos sujeitos em que se pode configurar um dissídio

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

advindo da relação de trabalho também sinaliza, iniludivelmente, que se objetivou mesmo a expansão dos domínios da Justiça do Trabalho, de maneira a inscrever em sua esfera muitos outros litígios derivantes de relação de trabalho, em sentido lato, em que não haja vínculo empregatício. Transparece nítida e insofismável, assim, à luz de uma interpretação histórica do processo legislativo da EC n. 45/2004, que a *mens legislatoris* foi a de repelir a identificação da competência material da Justiça do Trabalho estritamente com os dissídios emergentes da “relação de emprego”. Houve, sim, deliberada vontade do Congresso Nacional, expressa em sucessivos momentos, de alargar os horizontes da atuação da Justiça do Trabalho, sobretudo no que se renegou a locução “relação de emprego”, preferindo-se a esta a locução, muito mais ampla e genérica, “da relação de trabalho”. (DALAZEN, 2005, p. 44)

A modificação do texto constitucional inaugurou longos debates sobre a amplitude e abrangência do termo “relação de trabalho” e a respectiva reverberação desse conceito na delimitação da competência da justiça laboral. Mauricio Godinho Delgado (2019, p. 335) confere à relação de trabalho um caráter muito mais amplo do que a relação de emprego, em que a relação de trabalho “refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível”. O autor (DELGADO, 2019, p. 335) estabeleceu, portanto, uma relação de gênero e espécie entre os dois conceitos.

Nesse diapasão, cita-se ainda o entendimento de Rodolfo Pamplona Filho (2006), que afirma que “o que importa para delimitação de competência não é o tema discutido ou a legislação a ser aplicada, mas sim a circunstância de versar a lide sobre questão fulcrada diretamente em uma relação de trabalho”. Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 546) relaciona contrato e relação de trabalho com contrato e relação de emprego, seguindo a mesma lógica utilizada por Mauricio Godinho Delgado.

Pode-se aduzir que os debates escalaram a ponto de ser aventada a possibilidade de inclusão das relações de consumo, serviços prestados pelos profissionais liberais e até mesmo trabalhos esportivos no conceito de “relação de trabalho”. Mauro Schiavi (2006) resumiu esse movimento na exposição de três correntes com diferentes interpretações sobre os limites da expressão “relação de trabalho”:

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

- a) nada mudou com a EC/45. O termo “relação de trabalho” significa o mesmo que relação de emprego e a competência da justiça do trabalho se restringe às controvérsias entre empregado e empregador;
- b) uma segunda corrente exige que a relação de trabalho tenha os mesmos moldes da relação de emprego, ou seja, que o prestador esteja sob dependência econômica do tomador dos serviços, haja personalidade e que haja uma continuidade da prestação. Desse modo estariam excluídas por exemplo, as relações de consumo
- c) uma terceira corrente admite qualquer espécie de prestação de humano, seja qualquer a modalidade do vínculo jurídico, relação de consumo, etc, prestado por pessoa natural em favor de pessoa natural ou jurídica. (SCHIAVI, 2006, p. 42)

A primeira corrente seria encabeçada por Sérgio Bermudes (2005, p.81). A segunda teoria foi defendida por Jorge Luiz Souto Maior (2005, p.187). E a terceira corrente está representada pelo ministro aposentado do Tribunal Superior do Trabalho, João Oreste Dalazen (2005, p. 48-49), que defende o caráter mais amplo, incluindo até mesmo as relações de consumo como relação de trabalho.

Percebe-se que a doutrina formulou diversas análises sobre a relação de trabalho, o que inspirou a própria justiça trabalhista a atribuir para si discussões processuais em que não mais se figurava a existência clássica do eixo empregador-empregado. Um exemplo é a Orientação Jurisprudencial nº 26, da Seção de Dissídios Individuais 1 (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2005).

Por fim, a competência trabalhista inclui as ações relacionadas ao direito de greve, à representação sindical, aos remédios constitucionais que questionarem ato que envolva matéria da competência trabalhista, a eventuais conflitos de competência (respeitado o artigo 102, I, “o”), a indenizações referentes a dano moral e material decorrentes da relação de trabalho, a penalidades administrativas impostas pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho, a execuções de ofício das contribuições sociais de suas próprias sentenças, a outras controvérsias decorrentes (novamente utilizando o termo) da relação de trabalho. Esse último item, constante do inciso IX, oportuniza o ingresso na justiça trabalhista de discussões diversas, desde que relacionadas a eventual relação de trabalho. Devido à grande amplitude da expressão, já mencionada anteriormente, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão sobre o

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

conceito de relação de trabalho no julgamento da ADI 492 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1993) ²:

O tema também foi aventado no ajuizamento de medida liminar na ADI 3395-6 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006), em que a AJUFE - Associação dos Juizes Federais do Brasil afirmava ter havido supressão de parte do texto pelo Senado, durante o processo legislativo da Emenda Constitucional nº 45. A associação alegava que o texto final do artigo 114 dava ampla margem de interpretação ao conceito de “relação de trabalho” porque foi removida parte do texto anterior que excluía do rol de competência os servidores ocupantes de cargo criado por lei, de provimento efetivo ou em comissão, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações públicas. Assim, no julgamento da liminar da ADI 3395 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006), fazendo diversas referências ao que foi julgado na ADI 492 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1993), o Supremo Tribunal Federal concluiu pela inexistência de vício formal na Emenda Constitucional. A corte também julgou que a modificação provocada pelo Senado na PEC 29-A/2000 não alterou a proposição jurídica do texto aprovado na Câmara, de forma que o acréscimo da exceção teria caráter meramente expletivo³. O julgamento definitivo, no entanto, somente ocorreu quatorze anos após o deferimento da liminar, em três de abril de 2020. O pleito da AJUFE foi considerado parcialmente procedente⁴.

² Ementa: Servidores públicos estatutários: incompetência da Justiça do Trabalho para o julgamento dos seus dissídios individuais. Inconstitucionalidade da alínea “e” do art. 240 da Lei 8.112/1990. ADIN 492, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 21.10.1992, Plenário, DJ de 12.3.1993.

³ EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação Direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária

⁴ Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu da ação direta e julgou parcialmente procedente o pedido formulado, confirmando a decisão liminar concedida e fixando, com aplicação de interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, que o disposto no inciso I do art. 114 da Constituição Federal **não** abrange causas ajuizadas para discussão de relação jurídico-estatutária entre o Poder Público dos Entes da Federação e seus Servidores, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Marco Aurélio e Rosa Weber, que julgavam improcedente o pedido. O Ministro Roberto Barroso acompanhou o Relator com ressalvas. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica no

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

Desta feita, por duas vezes, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a relação existente entre a Administração e os seus servidores não está abordada no rol de competências da justiça trabalhista, porque a referida relação é eminentemente de cunho administrativo, e incompatível com os princípios da justiça especializada.

Noutro giro, o Supremo Tribunal Federal confirmou inexistência de conflito com a competência da justiça trabalhista para discutir normas gerais de saúde, higiene e segurança do trabalho dos servidores públicos. Essa posição foi consolidada na Súmula nº 736 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003) e a conclusão foi alcançada em sede de julgamento da Reclamação nº 3303 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007)⁵, em que se discutia a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para ajuizar ação coletiva tendo como objeto desrespeito às normas de saúde, higiene e segurança do trabalho no Instituto de Medicina Legal do Piauí (IML), órgão em que laboravam servidores estatutários. De um lado, o magistrado da 2ª Vara do Trabalho de Teresina (PI) reconheceu a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para propor a ação, bem como se declarou competente para julgar a causa. Do outro, o Estado do Piauí requereu o processamento da causa na justiça comum, defendendo a aplicação do entendimento esposado no julgamento da liminar da ADI 3395 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006).

Recentemente, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou em definitivo mais uma questão atinente à competência da justiça do trabalho. A ADI 3684 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020), ajuizada pelo Procurador Geral da República tinha o mesmo pedido da AJUFE, na já mencionada ADI 3395 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006), qual seja, a inconstitucionalidade formal do artigo 114 por ausência de retorno à casa legislativa anterior, após a mudança do texto. A principal diferença

início da sessão, o Ministro Celso de Mello (art. 2º, § 5º, da Res. 642/2019). Plenário, Sessão Virtual de 3.4.2020 a 14.4.2020.[Grifo nosso]

⁵ EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. ADI 3.395-MC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA NA JUSTIÇA DO TRABALHO, PARA IMPOR AO PODER PÚBLICO PIAUIENSE A OBSERVÂNCIA DAS NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DO TRABALHO NO ÂMBITO DO INSTITUTO MÉDICO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. 1. Alegação de desrespeito ao decidido na ADI 3.395-MC não verificada, porquanto a ação civil pública em foco tem por objeto exigir o cumprimento, pelo Poder Público piauiense, das normas trabalhistas relativas à higiene, segurança e saúde dos trabalhadores. 2. Reclamação improcedente. Prejudicado o agravo regimental interposto. [Grifo nosso]

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

entre as ações foi que na ADI 3684 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020) se questionava a competência da justiça especializada para processar e julgar ações penais. Assim, o Supremo Tribunal Federal confirmou a liminar deferida em 2007, e conferiu interpretação conforme a Constituição para afastar qualquer interpretação que entenda ser a justiça trabalhista competente para processar e julgar ações penais⁶.

Da análise dos quatro julgados, liminar da ADI 492 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1993), ADI 3395 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006), Reclamação 3303 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007) e ADI 3684 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020), é possível observar que o principal quesito para delimitar a competência trabalhista é a predominância da aplicação do Direito do Trabalho ao caso. Essa lógica resta cristalina quando se contrapõe os fundamentos utilizados na conclusão da ADI 3395 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006), acerca da competência para processar as lides relacionadas com servidores públicos de modo geral, aos da Reclamação 3303 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007), que trata das normas higiene e segurança do trabalho dos servidores públicos. Percebe-se que, em que pese a relação do servidor com o Estado ser de natureza administrativas, as normas de higiene e segurança do trabalho relacionadas com as atividades desses mesmos servidores fazem parte do conjunto normativo trabalhista, desafiando a competência da especializada.

Portanto, o maior desafio dos operadores do direito reside em identificar no objeto da lide algum elemento que o conecte com o direito laboral. Essa dificuldade vem aumentando com o decorrer dos anos, na medida em que, ao acompanhar as tendências globais, a sociedade brasileira apresenta cada vez mais novas formas de trabalho. É certo que o constituinte original não foi capaz de prever uma sociedade tão heterogênea, como a atual, em que até mesmo a identidade sindical tem sido cada vez mais difícil. Embora a tendência original da Constituição Federal (BRASIL, 1988) tenha

⁶ Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta, de modo a conferir interpretação conforme à Constituição ao seu artigo 114, incisos I, IV e IX, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, para afastar qualquer interpretação que entenda competir à Justiça do Trabalho processar e julgar ações penais, nos termos da medida cautelar anteriormente deferida pelo Plenário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio. Plenário, Sessão Virtual de 1.5.2020 a 8.5.2020.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

sido no sentido de preservar o emprego formal e tradicional pré-existente ao tempo da sua promulgação⁷, passados poucos anos percebeu-se o surgimento das novas relações de trabalho, tais como trabalho em tempo parcial, teletrabalho, cooperados, contratos atípicos e terceirização. Nesse ponto, a Emenda Constitucional nº 45 parece ter sido fruto de um esforço do legislativo para atualizar o conceito legal de trabalhador (FRANÇA JUNIOR, 2005, p. 73).

Diante do exposto, conclui-se que a competência material da justiça trabalhista está diretamente relacionada com a relação de trabalho, mas abrange as relações de forma residual.

3 SELEÇÃO E ADMISSÃO DE PESSOAL PELAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) apresenta os objetivos fundamentais da República logo em seu terceiro artigo, entre os quais encontra-se o de “garantir o desenvolvimento nacional”. O Estado busca atingir esse objetivo desempenhando diversas funções, inclusive a de Administração Pública. Nesse contexto, José Afonso da Silva (2015, p. 109), afirma que a Administração Pública englobaria os órgãos de Governo (Poder Político) e os órgãos administrativos, de forma que esses últimos, regidos pelo Direito Administrativo, buscam executar os objetivos desenhados pelo Governo, dividindo-se em Administração Direta e Indireta.

No que se refere à Administração Pública Indireta, é incontroverso que esse aspecto do Estado abrange as Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista, Autarquias e Fundações Públicas. Assim, não se pode olvidar que a administração indireta presta um serviço público ou, no mínimo, de interesse público. Essa relação da Administração Indireta com os objetivos da República está clara nos motes de Missão ou Visão de duas principais representantes. A missão da Caixa Econômica Federal, empresa pública, é “Promover o desenvolvimento sustentável do Brasil, gerando valor

⁷ O inciso I do art.7º da CF/88 prevê estabilidade da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

aos clientes e à sociedade como instituição financeira pública e agente de políticas de Estado”. Já o Banco do Brasil, uma Sociedade de Economia Mista, tem como Visão, ou filosofia, “ser o banco mais relevante e confiável para a vida dos clientes, funcionários, acionistas e para o desenvolvimento do Brasil”.

Antes mesmo da promulgação da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o conceito de Sociedade de Economia Mista, e de todas as outras entidades da Administração Indireta, foi trazido pelo Decreto-Lei nº 200/1967 (BRASIL, 1967).

Na Constituição Federal (BRASIL, 1988), a previsão da Sociedade de Economia Mista está no artigo 173, inserido no capítulo dedicado à ordem econômica e financeira, claramente conectado ao objetivo de garantir o desenvolvimento nacional. O legislador consignou a exigência de confecção de lei específica, que regulamentasse a “exploração direta de atividade econômica pelo Estado”. Assim, a Lei nº 13.303 (BRASIL, 2016) nasceu com o objetivo de dispor sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Devido à exigência constitucional de regulação por lei, a doutrina concorda que as sociedades de economia mistas estão submetidas a um regime híbrido. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Essa sujeição parcial a normas de direito público justifica-se pelo fato de as empresas públicas e sociedades de economia mista (bem como suas subsidiárias) manterem vínculo com o ente político que as criou, para fins de controle, além do fato de administrarem total ou parcialmente recursos públicos e terem por objetivo a execução de atividades econômicas que o Estado presta por motivo de interesse público relevante ou por motivo de segurança nacional.

No entanto, como é a própria Constituição que determina a submissão dessas empresas ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, tem-se que entender que as derrogações a esse regime são apenas as que constam da própria Constituição. No silêncio desta, aplicam-se normas do direito privado. (DI PIETRO, 2018, p. 622)

Confirmando o regime híbrido dispensado à Administração Indireta, o legislador constitucional (BRASIL, 1988), em caráter excepcional, consignou ressalva direta prevendo que a pessoas admitidas nos cargos, empregos ou funções daquelas

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

entidades serão admitidas sob o regime celetista, mediante a prévia seleção em concurso público:

Como exemplo de atendimento à exigência constitucional é possível mencionar o Banco do Brasil S.A. que, na qualidade de sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, valendo-se do mecanismo do concurso público, ato administrativo, típico do direito administrativo, seleciona seus empregados públicos sob o mesmo regime jurídico celetista que as demais empresas privadas, porventura concorrentes. Nesse contexto, os doutrinadores ressaltam que a principal qualidade do concurso público é ser um instrumento prático dos princípios da impessoalidade e publicidade, o que atende a intenção do legislador constitucionalista em ver admitidos servidores/empregados de forma justa e sem qualquer tipo de favorecimento pessoal, através de editais garantidores da ampla informação e participação de quaisquer interessados na realização do certame. Presume-se que, ao utilizar-se da ferramenta do concurso público, serão selecionados candidatos de forma democrática e isenta de privilégios, atendendo ao interesse público e, principalmente, ao princípio da impessoalidade e eficiência. É o que diz o autor Matheus Carvalho:

[...] o requisito básico para garantia de impessoalidade, moralidade e isonomia no acesso a cargos públicos é a realização de concurso público, de provas ou de provas e títulos, uma vez que os critérios de seleção são objetivos, não se admitindo quaisquer espécies de favoritismos ou discriminações indevidas.(CARVALHO, 2018, p. 622)

Assim, é de suma importância diferenciar empregado de servidor público. Enquanto servidores públicos são “as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e remuneração paga pelos cofres públicos” (DI PIETRO, 2018, p. 1054), empregado público é quem “desempenha a função de órgão no âmbito de pessoa estatal com personalidade de direito público, submetida ao regime de direito do trabalho, com as modificações próprias do regime de direito público” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 953). Para Diógenes Gasparini:

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

[...] os empregados públicos são pessoas físicas que prestam serviços sob o regime privado com vínculo contratual com o ente federativo, visto que servidores celetistas são os que ligam à administração pública direta, autárquica e fundacional pública por um elo de natureza contratual. O regime, por conseguinte, é de emprego público, regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho. (GASPARINI, 2012, p. 224)

Ainda acerca do exemplo do Banco do Brasil S.A., é possível afirmar que os funcionários do Banco do Brasil são considerados empregados públicos admitidos sob o regime celetista. Nesse sentido, ainda que o § 1º, do artigo 173, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) preveja que o Banco do Brasil se sujeite às regras das empresas privadas, o legislador constitucional impôs regra inexistente no ramo privado, a exigência do concurso público. Infere-se, portanto, que, diferentemente de como ocorre com o empregado comum, a relação de trabalho do empregado público somente se inicia após a aprovação no concurso.

A exigência do concurso público já foi até mesmo confirmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, exemplificada pelo julgamento do MS 21322 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1992).

4 COMPETÊNCIA ABSOLUTA

Para Elpídio Donizetti (2019, p. 203), a jurisdição é um poder estatal: “O Estado tem o poder-dever de dizer e realizar o direito, resolvendo os conflitos de interesses e preservando a paz social. A essa função dá-se o nome de jurisdição, que é única e exclusiva do Estado”. Conclui o referido autor (DONIZETTI, 2019, p. 354), que a competência seria exatamente o limite da jurisdição.

O Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) classifica a competência em absoluta ou relativa, seu artigo 54 trata da competência relativa, enquanto o artigo 62 relaciona a competência absoluta.

Sobre o caráter absoluto e relativo, Cassio Scarpinella Bueno (2018, p. 190) ressalta que “a distinção principal entre aqueles dois critérios é a presença, ou não, do

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

interesse público que justifica a sua fixação”. Portanto, ao tempo em que as regras de competência relativa privilegiam a liberdade das partes, as de competência absoluta tem como pano de fundo matéria de ordem pública (BUENO, 2018, p. 190).

Elpídio Donizetti (2019, p. 374) afirma que “o que é relativa ou absoluta, a rigor, não é a competência, mas sim a incompetência”. E Cassio Scarpinella Bueno (2018, p. 191) destaca que, exatamente pelo interesse público, todos são competentes em matéria de competência.

Além de poder ser declarada por qualquer magistrado, o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) prevê que a competência (ou a incompetência) absoluta pode ser declarada a qualquer tempo. Logo, o réu, ou o reclamado nas lides trabalhistas, poderá alegar a incompetência absoluta tanto em grau de preliminar de contestação como em qualquer outro momento, pois matéria de ordem pública.

A competência pode ainda ser objeto de conflito classificado como positivo, quando dois ou mais órgãos julgadores se entendem como competentes, ou o contrário, negativo, quando os órgãos entendem ser incompetentes.

O procedimento do conflito de competência possui um capítulo próprio no Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) e se inicia a pedido das partes, Ministério Público ou do juiz. Quando a parte alegar questão relacionada à competência em sede de preliminar, o magistrado que acolhe o pedido deve remeter os autos ao juízo indicado como competente, que pode acatar a indicação ou repudiá-la, suscitando um conflito de competência negativa, caso repudiada.

A competência para decidir o conflito de competência é sempre de um tribunal, e, por isso, deve ser direcionado ao seu presidente. Mas, o relator poderá julgar de plano quando sua decisão se fundar em súmula do próprio tribunal, do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência, nos termos exatos do parágrafo único do artigo 955 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Também existe a possibilidade de manifestação acerca da competência na fase de cumprimento de sentença. A princípio, a competência para processar e julgar o cumprimento de sentença é o do juízo da cognição onde foi formado o título executivo,

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

podendo também o credor executar a sentença no juízo do atual domicílio do executado, onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou no local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer. Assim, o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) prevê a abordagem da questão relacionada a competência do juízo na peça de impugnação ao cumprimento de sentença, em plena coerência com o raciocínio do artigo 64 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015). Apesar disso, é importante repisar que, ainda que o executado não impugne especificamente a incompetência absoluta, não ocorre a preclusão, pois pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição, e deve ser declarada de ofício.

Da mesma forma como ocorre no processo de conhecimento, a decisão do julgador sobre a competência impugnada em sede de cumprimento de sentença poderá incorrer em remessa dos autos ao juízo competente. Logo, como é a regra do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), eventual penhora deferida pelo magistrado incompetente poderá remanescer até a deliberação do novo juiz da causa.

Desta feita, um processo pode percorrer todo o seu caminho sem que a incompetência absoluta seja declarada. Se esse processo se prolonga até o derradeiro trânsito em julgado, o vício da incompetência remanesce patente, o que dá ensejo a uma forma de correção póstuma. O Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) fornece, então, mais uma opção para corrigir a iniquidade após o julgado, a Ação Rescisória. Elpídio Donizetti explica porque o artigo 966, inciso II, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), possibilita a rescisão da decisão proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incapaz:

A competência é requisito processual de validade (ou simplesmente pressuposto processual de validade subjetivo, como se refere grande parte da doutrina), uma vez que, sendo absolutamente incompetente o juízo, a relação processual restará viciada, sendo possível a rescisão da sentença proferida por juiz absolutamente incompetente, nos termos do art. 966, II.(DONIZETTI, 2019, p.354)

Alexandre Freitas Câmara (2014. p. 24/26) ensina que a natureza jurídica da Ação Rescisória é de uma ação autônoma de impugnação, com prazo decadencial de

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

dois anos, que são contados a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. Portanto, diferente do recurso, “a ação rescisória pressupõe a coisa julgada” (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 421). Elpídio Donizetti (2019, p.1930/1931) afirma que a ação rescisória é fruto do dilema entre a “imutabilidade da coisa julgada” e “prejuízos para a parte que, após o trânsito em julgado constata-se um vício que, se verificado no curso do processo, teria o condão de alterar o resultado da demanda”.

Pode-se afirmar que, no caso da decisão proferida por juiz incompetente, o prejuízo transcende ao patrimônio jurídico da parte e atinge matéria de ordem pública. Assim, nos termos do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), a parte que deseja rescindir a decisão de mérito, proferida por juízo absolutamente incompetente, possui o prazo de dois anos após o trânsito em julgado, para ajuizar a ação rescisória e desafiar a coisa julgada.

É importante destacar que a legislação fala em decisão de mérito transitada em julgado, o que permite o ajuizamento da Ação Rescisória contra qualquer decisão de mérito, que pode inclusive ser parcialmente transitada, uma vez que é também permitido o recurso parcial pois, “um mesmo processo poderá produzir tantas coisas julgadas quantas tenham sido as decisões proferidas e que possuam essa aptidão” (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 423). No entanto, é preciso ressaltar que as decisões rescindíveis são aquelas que operam a coisa julgada material, o que leva a conclusão de que algumas decisões não admitirão a rescisão por configurarem coisa julgada formal (LIMA, 2019, p. 1.208). Nesse mesmo sentido, a OJ 134 da Seção de Dissídios Individuais 2 do Tribunal Superior do Trabalho (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2017).

O Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) informa ainda que a Ação Rescisória é uma ação de competência originária de tribunal. Sobre esse aspecto, “a regra é de que um Tribunal não pode rescindir uma decisão de outro Tribunal” (LIMA, 2019, p. 1.208). Outro ponto importante acerca da Ação Rescisória é a exigência do depósito de cinco por cento sobre o valor da causa, limitado a mil salários-mínimos. O valor depositado servirá de multa, caso a ação seja julgada improcedente ou inadmissível por decisão unânime. No âmbito da justiça trabalhista, a Consolidação das Leis do Trabalho

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

(BRASIL, 1943) também prevê a Ação Rescisória como uma exceção à coisa julgada fazendo referência direta ao procedimento adotado no Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), ressaltando que o depósito deverá ser de vinte por cento.

Não se pode ignorar que para além da previsão expressa do ajuizamento da Ação rescisória contra decisões proferidas por juiz absolutamente incompetente, existe a possibilidade de a competência discutida no novo processo ter sido delimitada após entendimento jurisprudencial de observação obrigatória, o que, em tese, abrangeria o conceito de norma jurídica violada. Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha (2016, p. 495-496) relacionam o princípio da unidade do Direito com a hipótese do inciso V, do artigo 966, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015). Os autores afirmam que existe direito à rescisão com base em precedente vinculante de tribunal superior quando esse é posterior à “divergência na interpretação do direito entre tribunais”. Esse argumento dos autores coincide com a impressão de que o legislador processual teve clara intenção de fulminar decisões divergentes sobre situações idênticas, conforme se depreende da exposição de motivos do Código de Processo Civil:

Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. (BRASIL, 2015)

Percebe-se a aplicação do que se chama de Princípio da Unidade de Convicção⁸, em que situações idênticas devem ser interpretadas de igual forma. Não parece razoável que a distribuição de competência favorece diferentes interpretações

⁸ Esse foi o termo utilizado pelo ministro César Peluso em relatório do RE n. 438.639 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2005) em que se defendeu a competência da justiça comum para processar e julgar ação de indenização por dano moral quando o fato alegado também for acidente de trabalho.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

para os mesmos fatos.⁹ Essa sistemática unitária da legislação parecer ter relação direta com a efetividade esperada do processo judicial, sendo esse o seu fim. Sobre esse aspecto, Fredie Didier (2017, p. 45) reforça que “o processo deve ser compreendido, estudado e estruturado tendo em vista a situação jurídica material para qual serve de instrumento de tutela”. Igualmente, a exposição de motivos no Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), em nota de rodapé, faz referência a José Carlos Barbosa Moreira para corroborar a adesão do legislador à busca constante da efetividade processual:

Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material. (MOREIRA, 2002, p.181)

Logo, considerando que o processo efetivo deve promover o respeito às regras de competência trazidas pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), parece plausível que, no caso em que a dita norma jurídica violada estiver essencialmente relacionada à competência absoluta, a Ação Rescisória pode ser fundada no inciso V, do artigo 966, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), sendo essa possibilidade mais uma oportunidade de adequação da competência absoluta, porventura desrespeitada. Elpídio Donizetti (2019, p. 1968) esclarece que, diante da possibilidade da ação rescisória, quando a matéria for de competência de outro órgão do judiciário, não deve

⁹ Em seu voto, o ministro relator do RE 960429, Gilmar Mendes, ressaltou o fato de que um candidato que se insurgisse contra qualquer ato do processo do concurso público pela via do Mandado de Segurança teria seu pleito julgado pela justiça comum enquanto outro candidato poderia ajuizar ação pelos mesmos motivos mediante reclamação trabalhista, diante da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho de que o concurso público trata-se de período pré contratual trabalhista. Assim, os dois processos hipotéticos poderiam ter diferentes desfechos (Supremo Tribunal Federal, 2020).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

haver rejuízoamento da matéria, mas tão somente a rescisão da decisão incompetente e remessa dos autos à justiça competente.

A lei processual ainda prevê que o efeito das decisões proferidas pelos juízos incompetentes se mantém até a decisão contrária posterior. No caso da Ação Rescisória, o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) é claro quanto à possibilidade de concessão de tutela provisória. Na justiça trabalhista, esta possibilidade foi OBJETO DA Súmula 405 pelo Tribunal Superior do Trabalho (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2016). Atualmente, o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) possui previsão das tutelas provisórias de urgência e evidência, entre os artigos 294 e 311. Nos termos da legislação processual, “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (BRASIL, 2015) A tutela de evidência, no entanto, conforme a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) privilegia os casos de “juridicidade ostensiva” concedendo a devida tutela “por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano”.

Assim, Elpídio Donizetti (2019, p.722) afirma existir na Tutela Provisória uma fórmula com proporção inversa entre perigo da demora e probabilidade do direito, não podendo nenhum ser equivalente a zero. Logo, mesmo na Tutela de Evidência, onde a probabilidade do direito é considerável, haverá um mínimo perigo da demora.

O Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) também apresenta o momento no qual será requerida a tutela de urgência, que pode ser de forma incidental ou antecedente à petição inicial que contém os pedidos principais. Já em relação ao efeito esperado, o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) prevê a tutela de urgência cautelar e a antecipada. Elpídio Donizetti (BRASIL, 2019, p. 720) explica que a tutela antecipada tem a finalidade de antecipar os efeitos da decisão de mérito futura, com desejo satisfativo, enquanto a cautelar pretende evitar um dano ou assegurar a utilidade do processo.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

Assim, diante da possibilidade do ajuizamento de Ação Rescisória, o autor poderá requerer a tutela provisória que entender necessária ao caso, com a finalidade de extinguir os efeitos da decisão rescindenda.

Portanto, diante do caráter de matéria de ordem pública, o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) permite que a competência absoluta seja questionada em diversos momentos processuais. É possível mencionar o tema como preliminar de defesa ou posteriormente, em qualquer fase do processo. Antes do trânsito em julgado, pode ser suscitado conflito de competência, negativo ou positivo. Na fase de cumprimento de sentença também a incompetência do juízo pode ser matéria da impugnação. E, por fim, após o trânsito em julgado, no prazo decadencial bienal, é permitido o ajuizamento de Ação Rescisória com requerimento das tutelas provisórias hábeis a cessar os efeitos de decisões emitidas pelos juízos incompetentes.

5 CONCLUSÃO

As Sociedades de Economia Mista que explorem atividade econômica, estão sujeitas às mesmas regras aplicáveis ao regime jurídico das empresas privadas, ou seja, devem seguir o regime celetista em seus contratos de trabalho, conforme literalidade do artigo 173, § 1º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Observa-se, no entanto, que estas entidades e seus empregados não são totalmente idênticas à de outras empresas privadas com seus funcionários. Sobre essa relação também incidem regras específicas e inerentes à Administração Pública, como a exigência de admissão mediante prévia aprovação em concurso público, constante no artigo 37, II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Noutro giro, verificou-se diversos processos judiciais, distribuídos na justiça trabalhista, questionando a opção de diversas Sociedades de Economia Mista pela terceirização de mão de obra em um suposto detrimento de candidatos selecionados em concurso público. Diversos candidatos aprovados em processo seletivo de admissão, que se sentiram preteridos pela contratação de terceirizados, levaram a

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

discussão à justiça do trabalho por interpretarem que a mera aprovação no concurso ensejaria uma “fase pré-contratual da relação de trabalho”¹⁰.

Muito embora a competência da justiça trabalhista esteja intrinsecamente ligada à relação trabalhista, no contexto da admissão de pessoal pela via do concurso público, enquanto o candidato aprovado não for contratado, não se pode admitir como iniciada o vínculo trabalhista que autorize a aplicação das regras do Direito do Trabalho. Pelo contrário. É o caso de fase administrativa necessária ao início da relação trabalhista, mas ainda sob o manto do Direito Administrativo.

O Supremo Tribunal Federal, em duas oportunidades, ADI 3395 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006) e ADI 492 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1993), declarou a incompetência da Justiça Trabalhista para tratar de relação típicas do direito administrativo. No entanto, a discussão sobre os limites entre a denominada fase pré-contratual trabalhista e o concurso como instituto típico do Direito Administrativo apresentava posicionamentos divergentes entre o Superior Tribunal de Justiça¹¹ e o Tribunal Superior do Trabalho. Havia clara insegurança jurídica consistente na discrepância entre as regras do Direito Administrativo (concurso público) e do Direito do Trabalho (relação pré-contratual).

Recentemente, a discussão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, no RE 960.429 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020), que se originou em ação anulatória de ato administrativo que excluiu o autor (ex-empregado público) dos quadros de uma empresa pública regional. A lide foi ajuizada na justiça comum, porém a competência trabalhista foi alegada pela antiga empregadora, Sociedades de Economia Mista, obrigada a admitir seus empregados mediante concurso público. O relator do recurso, Ministro Gilmar Mendes, justificou a competência da justiça comum pelo fato de o concurso público ser um mero processo administrativo. O Ministro relator reconsiderou

¹⁰ Termo utilizado pela doutrina e pelo ministro relator Gilmar Mendes no julgamento do RE 960.429 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

¹¹ O Superior Tribunal de Justiça publicou a edição nº 115 do informativo Jurisprudência em Teses (Superior Tribunal de Justiça, 2015) com o seguinte posicionamento:

1) A Justiça do Trabalho **não** tem competência para decidir os feitos em que se discutem critérios utilizados pela administração para a seleção e a admissão de pessoal em seus quadros, uma vez que envolve fase **anterior** à investidura no emprego público. [Grifo nosso]

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

que o objetivo do concurso é selecionar para, ao fim, admitir o empregado. Nesse sentido, quaisquer controvérsias relativas ao processo administrativo são resolvidas no âmbito do Direito Administrativo.

Um fato que foi ressaltado no voto do relator é que, na fase atinente à seleção, do concurso público, prévia à admissão, nem sequer existe uma relação regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943). Para o ministro, o que o candidato aprovado possui é uma expectativa de iniciar a relação trabalhista, conforme Tema de repercussão geral nº 784, em que o *leading case* foi o RE 837311 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015). O relator ressaltou ainda que a divergência de entendimento permitia que um mesmo candidato ajuizasse um Mandado de Segurança e uma Reclamação Trabalhista atacando o mesmo fato, podendo receber decisões distintas. Essa possibilidade aventada pelo ministro demonstra que havia um pleno desrespeito ao princípio da unidade, que justifica todas as formas de correção de competência do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal confirmou a tese já adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, fulminando a posição majoritária no Tribunal Superior do Trabalho. Foi, portanto, reconhecida a repercussão geral e firmada tese de que é da justiça comum 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. Ressalte-se que após a juntada do acórdão do RE 960.429 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020), houve a interposição de Embargos de Declaração que foram parcialmente acolhidos para modular os efeitos da decisão determinado que as sentenças proferidas pelos juízes trabalhistas antes de 6 (seis) de junho de 2018 não serão alcançadas pela tese firmada, sendo da competência trabalhista até o trânsito em julgado e a execução.

É inquestionável que a delimitação da competência passou pela definição do objeto da lide, abrangendo primeiramente a natureza jurídica da matéria discutida, regras do concurso público, para então decidir de quem seria a competência para seu julgamento, a justiça comum. O Supremo Tribunal Federal seguiu a mesma lógica nos três julgados mencionados neste trabalho, ADI 3395 (SUPREMO TRIBUNAL

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

FEDERAL, 2006), Reclamação 3303 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007) e ADI 3684 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

Portanto, considerando a definição da competência pelo Supremo Tribunal Federal, não há dúvidas que, nos casos que versarem sobre controvérsias atinentes à fase pré-processual do concurso público, os juízos trabalhistas devam se curvar à interpretação constitucional, remetendo os processos em curso para a justiça comum, conforme ordena o § 3º, do artigo 64, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015). A remessa dos autos para a justiça comum oportuniza nova análise sobre manutenção ou suspensão de eventuais tutelas concedidas pelo juízo trabalhista, uma vez que os efeitos dessas decisões se mantem até decisão posterior.

Não obstante, as demandas já encerradas, que tenham sido sentenciadas pelo juiz trabalhista, desafiam a Ação Rescisória, desde que não tenha decorrido o prazo bienal do trânsito em julgado e respeitem a modulação dos efeitos.

Considerando que o mero ajuizamento da Ação Rescisória não é suficiente para encerrar os efeitos da decisão rescindenda, e a expressa autorização do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), pode ser considerado o pedido de tutela provisória, parecendo ser mais adequado o manejo da tutela de evidência, com a possibilidade de ser decidida liminarmente, diante da existência de tese firmada nos Recursos Extraordinários 958252/MG (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018) e no 960.429 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020), ambos de observância obrigatória pelos tribunais.

REFERÊNCIAS

BANCO DO BRASIL. **Visão**. Sítio da BB Seguros. Disponível em <<https://www.bbseguros.com.br/seguradora/seguros/quem-somos/missao-visao-valores/>> Acesso em: 29 dez 2020.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

BB TECNOLOGIA E SERVIÇOS. **Nossa História.** Disponível em <<https://www.bbts.com.br/a-empresa/nossa-historia.html>> Acesso em: 29 dez 2020.

BARBOSA MOREIRA. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo.** São Paulo, v. 27, n. 105, p. 183-190, jan./mar. 2002.

BERMUDES, Sérgio. **A reforma do judiciário pela Emenda Constitucional nº 45.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: volume único.** 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Decreto Lei nº 5.452.** Diário Oficial da União. Publicado em 1 de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 7 de junho de 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial da União. Publicada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 dez 2020.

_____. **Exposição de Motivos da MP 881/2019 convertida na Lei 13.874/2019.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf>. Acesso em: 29 dez 2020.

_____. **Lei nº 6.019.** Diário Oficial da União. Publicada em 4 de janeiro de 1974. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm>. Acesso e 7 de junho de 2020.

_____. **Lei 7.102.** Diário Oficial da União. Publicada em 20 de junho de 1983. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102.htm>. Acesso em: 29 dez 2020.

_____. **Lei nº 13.105.** Diário Oficial da União. Publicada em 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 dez 2020.

_____. **Lei nº 13.303.** Diário Oficial da União. Publicada em 30 de junho de 2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 29 dez 2020.

_____. **Lei nº 13.429.** Diário Oficial da União. Publicada em 31 de março de 2017. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm>. Acesso em: 29 dez 2020.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

_____. **Lei nº 13.874**. Diário Oficial da União. Publicada em 20 de setembro de 2019. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em: 29 dez 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Ação rescisória**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Missão**. Sítio da Caixa Econômica Federal. Disponível em <<http://www.caixa.gov.br/sobre-a-caixa/apresentacao/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 29 dez 2020.

DALAZEN, João Oreste. A reforma do judiciário e os novos marcos da competência material da Justiça do Trabalho do Brasil. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 71, n. 1, p. 41-67, jan./abr. 2005. Disponível em <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/3711>>. Acesso em: 29 dez 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**. 18. ed. São Paulo :LTr, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: volume 3 meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13. ed. reescrita de acordo com o Novo CPC. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

FRANÇA JUNIOR, Luzimar Barreto. A "nova" concepção de relação de trabalho. **Revista Pegada**, Presidente Prudente, v. 6, n.1, p. 67-75, 2005. Disponível em <<https://revista.fct.unesp.br/index.php/pegada/article/view/1298/1294>>. Acesso em: 29 dez 2020.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. Desconstituição da coisa julgada trabalhista inconstitucional pela via dos embargos à execução: o caso da terceirização. **Revista Ltr**, São Paulo, SP, v. 83, n. 10, p. 1206-1220, out. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **A nova competência da Justiça do trabalho: uma contribuição para a compreensão dos limites do novo art. 114 da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<https://rodolfopamplonafilho.jusbrasil.com.br/artigos/675143968/a-nova-competencia-da-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 29 dez 2020.

SCHIAVI, Mauro. O alcance da expressão "relação de trabalho" e a competência da Justiça do Trabalho um ano após a promulgação da EC n. 45/04. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 72, n. 1, p. 36-59, jan./abr. 2006. Disponível em <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/2694>>. Acesso em: 29 dez 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Justiça do Trabalho: a justiça do trabalhador?** In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves. Nova competência da justiça do trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **Curso de Direito do Trabalho. Teoria Geral do Direito do Trabalho**. v. I – Parte I. São Paulo: LTr, 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência em Teses**. Edição nº 115: Concurso Público -V. Publicado em 30 de novembro de 2018. Disponível em <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3>

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

%AAncia%20em%20Teses%20115%20-%20Concurso%20P%C3%BAblico%20-%20V.pdf>. Acesso em: 29 dez 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 492**, Relator Ministro Carlos Velloso, julgamento em 21.10.1992, Plenário, DJ de 12.3.1993.

_____. **Acórdão na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.395-6 DF**. Relator: Cesar Peluso. Brasília, 5 abr. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390700>>. Acesso em: 29 dez 2020.

_____. **Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.684**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 1 de junho de 2020. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343234958&ext=.pdf>>. Acesso em: 29 dez 2020.

_____. **Acórdão da Reclamação nº 3.303**. Relator Ministro Carlos Britto. Julgado em 19.11.2007 Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=88&dataPublicacao=16/05/2008&incidente=2291775&capitulo=5&codigoMateria=1&numeroMateria=15&texto=2589387>>. Acesso em: 29 dez 2020.

_____. **Acórdão do Recurso Extraordinário nº 438.639**. Ministro Relator Carlos Ayres Britto. Ministro Redator do Acórdão Cezar Peluso. Julgado em 9 de março de 2005. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=89&dataPublicacaoDj=15/05/2009&incidente=2261440&codCapitulo=5&numMateria=14&codMateria=15>>. Acesso em: 29 dez 2020.

_____. **Acórdão do Recurso Extraordinário 438.836**. Relator: Cesar Peluso. Brasília, 9 mar. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=592568>>. Acesso em: 29 dez 2020.

_____. **Acórdão do Recurso Extraordinário nº 837.311**. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 9 de dezembro de 2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10744965>>. Acesso em: 29 dez 2020.

_____. **Acórdão do Recurso Extraordinário nº 958.252**. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 30 de agosto de 2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341103626&ext=.pdf>>. Acesso em: 29 dez 2020.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

_____. **Gravação da Votação do RE 960429 e Tese 992.** Relator Ministro Gilmar mendes. Julgado em 04.03.2020. Disponível em <<https://youtu.be/cNSWpcOAwJw>>. Acesso em: 29 dez 2020.

_____. **Mandado de Segurança nº 21.322.** Relator Ministro Paulo Brossard. Julgado em 3.12.1992. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7196391>>. Acesso em: 29 dez 2020.

_____. **Sumula 736.** Aprovada em 26 de novembro de 2003. Publicada no DJ em 9 de dezembro de 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2243#:~:text=Nesse%20sentido%20cumpre%20destacar%20a,e%20sa%C3%BAde%20do%20s%20trabalhadores>>. Acesso em: 29 dez 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Orientação Jurisprudencial nº 26.** Seção de Dissídios Individuais 1. Incluída pela Resolução nº129/2005. Publicada no DJ 20, 22 e 25 de abril de 2005. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/63002/LivroInternet+%281%29.pdf/f24990a5-a0b3-f2b3-131a-504c08dace3f?t=1591316052743>>. Acesso em: 29 dez 2020.

_____. **Orientação Jurisprudencial nº 134.** Seção de Dissídios Individuais 2. Incluída pela Resolução nº 220/2017. Publicada no DJ em 21,22 e 25 de setembro de 2017. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SD1_2/n_S6_121.htm>. Acesso em: 29 dez 2020.

_____. **Súmula nº 239.** Incluída pela Resolução nº 129/2005. Publicada no DEJT divulgado em 20, 22 e 25 de abril de 2005. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-239>. Acesso em: 29 dez 2020.

_____. **Súmula nº 257.** Incluída pela Resolução nº 121/2003. Publicada no DEJT divulgado em 19, 20 e 21 de novembro de 2003. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-257>. Acesso em: 29 dez 2020.

_____. **Súmula nº 331.** Incluída pela Resolução nº 174/2011. Publicada no DEJT divulgado em 27, 30 e 31 de maio de 2011. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 29 dez 2020.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p253-281>

_____. **Súmula nº 405.** Incluída pela Resolução nº 208/2016. Publicada no DEJT divulgado em 22, 25 e 26 de abril de 2016. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-405>. Acesso em: 29 dez 2020.