CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE JUIZ DO TRABALHO SUBSTITUTO - 2012

2ª ETAPA – PRIMEIRA PROVA ESCRITA DISCURSIVA

JULGAMENTO DOS RECURSOS

Recurso nº 1

RELATÓRIO

Trata-se de recurso em que o candidato sustenta que pontuou em todas as questões, exceto nas de nº 3 e 8; que a oitava efetivamente não foi respondida, contudo a terceira foi objeto de resposta e, em sua percepção, estaria razoável; que a resposta da 2ª questão foi elaborada nas páginas 09 e 10; que a 3ª questão foi respondida na página 11, esta destinada à continuação da resposta da 2ª questão; que não há sanção no edital para a elaboração da resposta em local equivocado e que não teve má-fé em sua conduta. Requer a revisão das questões de nº 1 e 5, onde houve divergência na pontuação dos examinadores.

É o relatório.

CONHECIMENTO

Em que pese ter sido interposto o recurso no prazo legal, não foi observado o disposto no artigo 70, §3º da Resolução nº 75/2009, do Conselho Nacional de Justiça, bem como o disposto no item 13.2.5 do edital de abertura do concurso público para ingresso na carreira da magistratura do trabalho da 1ª Região, publicado no DOU, de 17 de julho de 2012, nos quais consta que é vedada a identificação do candidato nas razões de recurso, sob pena de não conhecimento.

Verifica-se claramente que o candidato subscreveu as razões do recurso com o seu nome completo, o que impede seu conhecimento e, portanto, o exame do mérito.

Isto posto, **NÃO CONHEÇO DO RECURSO.**

A C O R D A M os Membros da Comissão Examinadora da Primeira Prova Escrita Discursiva, por unanimidade de votos, **NÃO CONHECER** do recurso.

Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 2012.

Desembargadora CLAUDIA DE SOUZA GOMES FREIRE
Relatora

RECURSO Nº 2

RELATÓRIO:

O Candidato sustenta que respondeu corretamente a questão numero 1 ao citar que direitos individuais homogêneos são subespécie dos direitos coletivos; que ao declarar que a lista dos empregados substituídos era exigível, o fez levando em consideração os motivos, que são de ordem prática para possibilitar a liquidação; que tendo a CLT adotado a teoria contratualista, devem ser respeitadas as condições contratuais, que previam uma carga horária de 44 horas semanais, justificando o divisor 220 para apuração do salário-hora, e que houve grande divergência nas notas entre os examinadores.

Na questão numero 2 o candidato sustenta que definiu com clareza e precisão os conceitos de responsabilidade civil subjetiva e objetiva e a teoria do risco criado, citando o art. 927, § único do C. Civil e doutrina do iminente (sic) Dr. Sebastião Geraldo de Oliveira. Alega, ainda, que abordou corretamente as hipóteses de exclusão do direito à indenização, e que em relação ao montante pretendido de um milhão de reais, mostrava-se excessivo.

Na questão número 3 alega que a sua resposta, no sentido de acolher a reintegração, teria desgostado os examinadores, e que o TST vem assim procedendo em relação a aidéticos, cancerosos, adventistas do sétimo dia e judeus que faltam ao trabalho nos sábados. Aduz que indicou princípios constitucionais a endossar sua conclusão, e que demissões em massa, sem que a empresa esteja em risco e em séria crise financeira, e sim para obter maior lucro é inadmissível, conforme voto de Rosa Maria Weber, tendo, inclusive, tecido considerações sobre a Convenção 158 da OIT.

Em relação à questão nº 4 o candidato sustenta que respondeu corretamente aos dois primeiros questionamentos, ou seja, a possibilidade de

transferência do empregado e a equiparação salarial entre empregados de empresas do mesmo grupo, citando a responsabilidade ativa, e que também respondeu corretamente aos demais questionamentos procedidos.

Na questão nº 5, alega que respondeu corretamente às indagações sobre a possibilidade de penhora de bens adquiridos em alienação fiduciária, leasing e hipotecados, declarando que "quem levar o bem, o levará hipotecado". Aduz que respondeu corretamente à indagação a respeito da constituição da coisa julgada em execução por título extrajudicial não embargada, e que deveria receber, no mínimo, a nota 0,8 nessa questão.

Na questão nº 6, alega que este examinador (nº 1) atribuiu nota inferior aos dois outros, que atribuíram um ponto ao candidato.

Em relação à questão nº 7, o candidato sustenta que "a maioria tenta solucionar o problema alegando que o CPC usou impropriamente o termo desistência quando deveria dizer renúncia (?!?!)", e alega que em caso de coação para obter a desistência do autor seria possível o manejo da ação rescisória, citando, de forma até mesmo novelesca, um caso hipotético de coação a um trabalhador.

Por fim, na questão nº 8, sustenta que abordou corretamente a questão do mito da outorga das leis trabalhistas, no sentido de ter sido uma conquista dos trabalhadores, não se tratando de uma bondade do "pai dos pobres".

É o relatório.

CONHECIMENTO:

Conheço do recurso, por preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

FUNDAMENTAÇÃO:

1ª QUESTÃO:

Não assiste razão ao Recorrente em pretender a majoração das notas relativas à primeira questão, muito menos em alegar a existência de grande discrepância entre as notas dos três examinadores, e que a atribuição da nota "zero" pela terceira examinadora teria "derrubado bastante a nota final".

Ora, o candidato errou ao declarar que o direito demandado em juízo seria heterogêneo, conforme se vê no segundo parágrafo de fls. 4 da prova:

"Parece, entretanto, no caso em tela, não existir homogeneidade nos pedidos. Ainda que haja origem comum na relação empregatícia com o Estaleiro Marola S/A, os pedidos conduzem à percepção da sua heterogeneidade."

Ora, se a empresa utiliza o divisor 200 para o cálculo do salário-hora de seus empregados, essa é a origem comum que induz à homogeneidade do direito deduzido em juízo, não se tratando de direito heterogêneo. O direito é idêntico para todos os trabalhadores da citada empresa, eis que se encontram na mesma situação. O que será variável é o valor que cada um receberá caso procedente o pedido. Logo, confundiu o candidato o an debeatur com o quantum debeatur.

Por outro lado, não existem pedidos, pois o pedido é um só, composto de diversas pretensões, ou seja, trata-se de um pedido cumulativo. Faltou, ainda, tecnicismo.

Acresça-se a circunstância de o candidato não ser fiel em seu recurso, pois sustenta que falou em direito homogêneo, quando a sua resposta foi no sentido de que se tratava de direito heterogêneo. É irrelevante se o candidato definiu corretamente o que se constituía em direito homogêneo, heterogêneo, difuso e coletivo, pois a pergunta deduzida não requeria a conceituação desses direitos, e sim para classificar o direito deduzido em juízo pelo Sindicato. Logo, a deturpação efetuada pelo candidato em seu recurso não se coaduna com o modo de proceder de alguém que pretende integrar o Poder Judiciário como magistrado.

Em relação à listagem dos trabalhadores substituídos, o candidato disse que seria recomendável a sua apresentação com a inicial. Depois disse que poderia não ser exigível e mais adiante disse que "todavia o juiz deve analisar com cuidado os termos da inicial, para ver se no caso concreto a lista seria exigível desde logo."

Logo, errou a resposta, pois mais uma vez confundiu a declaração do direito com a apuração do quantum. Na inicial não há obrigatoriedade da apresentação da lista dos substituídos, já que se trata de direito homogêneo, e todos os empregados se encontram na mesma situação. Logo, para declarar o direito, não precisa o juiz conhecer cada empregado substituído. Trata-se de questão remansosa na jurisprudência desde o cancelamento da S. 310 do TST. Essa individualização só será necessária na liquidação, se, evidentemente, procedente o pedido. E o candidato, em seu recurso, mais uma vez deturpa o que disse na prova, pretendendo fazer crer que teria dito que a listagem só seria necessária na liquidação, o que não corresponde à realidade.

Em relação ao divisor, o candidato disse que deve ser respeitado o pactuado, e concluiu, erradamente, pelo divisor 220. Olvidou princípios comesinhos aplicáveis aos contratos de trabalho, onde predomina o contrato-realidade, ou seja, a forma da prestação de serviços prepondera sobre o aspecto formal da contratação. Assim, se os empregados, apesar de

contratados para uma carga de 44 horas semanais, sempre trabalharam 40 horas por semana, essa condição mais benéfica, procedida durante toda a relação contratual, incorporou-se em definitivo aos contratos de trabalho. O direito deriva dos fatos (ex facto, oritur ius).

Desta forma, tendo o candidato errado três dos cinco questionamentos procedidos, perdeu 0,9 ponto, já que cada questionamento valia, 0,3 ponto. As notas atribuídas pelos examinadores (0,6 - 0,4 - zero) encontram-se, portanto, compatíveis, sendo oportuno observar que as notas do 2º e 3º examinador foram inferiores à do primeiro em razão da incoerência entre as respostas do 2º e 3º questionamentos efetuados, pois se o candidato entendeu que o direito deduzido em juízo era heterogêneo, por óbvio não poderia concluir pelo cabimento da substituição processual, já que, sendo direitos heterogêneos, não poderiam estar todos os empregados substituídos na mesma ação. Seriam relações distintas.

Essas incoerências, aliadas à correta definição dos direitos homogêneo, heterogêneo, etc., mas com erronia na classificação do direito deduzido em juízo, demonstra que, na aplicação do Direito, que é a tarefa de um Magistrado, deixou o candidato muito a desejar. Conhece as teorias, mas equivoca-se na sua aplicação a um caso concreto. Logo, justificadas as notas atribuídas pelos examinadores.

2ª QUESTÃO:

O candidato, ao conceituar a responsabilidade subjetiva e objetiva, disse que "responsabilidade subjetiva ou aquiliana é aquela que depende da ocorrência de culpa" e que "responsabilidade objetiva é aquela em que não se cogita de culpa." Assim, efetuou uma falha de conceituação, pois olvidou os demais elementos, ou seja, o ato do agente, o dano e o nexo causal. E sequer cogitou do dolo do agente.

Ao responder sobre a compatibilidade da responsabilidade objetiva com o Direito do Trabalho, sustentou ser aplicável, com base em doutrina de Sebastião Geraldo de Oliveira, mas não enfrentou, como deveria, a disposição constitucional que estabelece a culpa subjetiva nas relações de trabalho.

Disse o candidato que "na vigência da CF/88, deixou de se exigir essa gravidade, exigindo-se apenas culpa (CF, 7º, XXVIII)", o que se mostra incorreto, pois a referida Carta também se refere ao dolo.

E prosseguiu o candidato: "depois de alguma controvérsia sobre a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva com base no conceito do meio ambiente de trabalho e de acaloradas discussões, envolvendo os artigos 200, VIII e 225, § 3º, todos da CF, chegamos ao CC 927 § único."

Como se vê, a pergunta não foi respondida.

Em relação ao questionamento se o fato de terceiro e a força maior impedem a condenação do causador do dano em caso de responsabilidade objetiva, além do erro material ("inexistem duas teorias do risco"), o candidato respondeu de forma confusa, não objetiva, não conclusiva, e sempre se referia ao empregador causador do dano, quando a pergunta refere-se ao causador do dano, e não especificamente ao empregador. A pergunta é de direito civil, mas o candidato restringiu-a aos casos em que o empregador causa dano a outrem.

Em relação ao último questionamento, apesar de ser bem clara a pergunta (é cabível a indenização, e em qual valor ?), o candidato disse que um milhão de reais parece elevado, mas não fixou nenhum valor indenizatório, ou seja, não respondeu ao que perguntado, além de incidir uma decisão inexequível, pela falta de quantificação da pretensão indenizatória.

Assim, as notas atribuídas foram até mesmo superiores ao que o candidato merecia.

3ª QUESTÃO:

O candidato não foi bem na questão, afastando-se do que lhe foi demandado, e não decidiu a lide.

Com efeito, muito dissertou o candidato sobre a denúncia da C. 158 da OIT, tecendo suas críticas, afastando-se dos questionamentos efetuados. Demonstrou não ter o menor conhecimento dos precedentes jurisprudenciais, já que o C. TST, nos autos do processo TST - RODC 309/2009-000-15-00-4, relativo a demissão 4.200 trabalhadores pela EMBRAER, considerou válida a despedida em massa, mas deixou registrado que, a partir desse julgamento (leading case), as demissões em massa só seriam possíveis com a prévia negociação com o Sindicato da categoria profissional.

O candidato nada disse sobre a obrigatoriedade da participação dos Sindicatos nesses casos, o que se mostrava imperioso, por se tratar de pressuposto indispensável à validade das dispensas em massa; silenciou-se, ainda, sobre normas do Direito Internacional, e apesar de lhe ter sido demandado como julgaria a ACP ajuizada pelo MPT, disse que "...veria com bons olhos a possibilidade de reintegração...", ou seja, não emitiu pronunciamento explícito sobre a decisão que prolataria.

Registre-se, ainda, que em suas razões recursais o candidato aduz fundamentação não contida na resposta procedida na prova, e ainda o faz com bastante erronia, pois sustenta:

"É só ver as recentes decisões TST (sic) sobre a despedida de aidéticos, do canceroso, do adventista do 7º dia e do judeu em caso de falta aos sábados (decisão recente TST - Novembro/2012 transitou em julgado). Veja-se os casos elencados na OJ 142 da SDI-2 do TST"

Como se vê, o candidato faz grande confusão entre despedida coletiva ou em massa com despedida individual discriminatória, e ainda cita a OJ 142 da SDI-2 do TST, que não tem a menor pertinência com o enunciado da questão e os questionamentos efetuados.

4ª QUESTÃO:

O candidato partiu do princípio de que, havendo grupo econômico, há um único empregador, e sequer cogitou da existência de entendimentos diversos. Tratou a tese do empregador único como a única existente, e declarou que a transferência entre as empresas é possível desde que não haja prejuízos para o trabalhador. Entendeu ainda, erradamente, que uma maior distância entre a residência e o novo local do trabalho seria prejudicial ao trabalhador, o que contraria o entendimento do empregador único, pois se o empregador é um só, a transferência do local de trabalho, sem importar em mudança de domicílio, é lícita. De todo modo, não ressalvou as hipóteses legais de transferência, independentemente da anuência do empregado (condição contratual explícita ou implícita, cargos de confiança, etc), nem cogitou do pagamento do adicional de transferência nas hipóteses previstas em lei.

Em relação à equiparação salarial, o candidato inicialmente entendeu cabível a equiparação, e posteriormente ressalvou que se não houver promiscuidade, "...entende-se pela solidariedade passiva." Não explicou o que quis dizer com essa promiscuidade, e entrou em contradição com a resposta anterior, no sentido de que todas as empresas do mesmo grupo se constituem no mesmo empregador.

No que concerne à identidade parcial dos sócios o candidato entendeu que essa circunstância não configuraria a existência do grupo, pois seria necessária a mesma atividade ("É exigível o objetivo comum"). Assim, primeiramente não observou a questão proposta, pois a complementariedade ou repetição da atividade econômica já estava inserida na pergunta. E o candidato não foi objetivo em sua resposta, que deveria ser em sentido positivo ou negativo. Disse que era necessária a análise de outros elementos.

Ora, o simples fato (como está no enunciado) da existência parcial de sócios com complementariedade ou repetição da atividade econômica não caracteriza a existência de um mesmo grupo, pois esses sócios podem ter participação inexpressiva na formação do capital social (1%, por exemplo), e sem poderes de gerência e administração. Por isso a pergunta era se o simples fato, do que não se apercebeu o candidato.

Na questão "d", o candidato disse que subsiste o grupo econômico quando uma das empresas encontra-se sobre administração judicial, mas não disse o porquê. E teceu considerações sobre a Lei 11.101/05, que trata da Recuperação Judicial, instituto diverso da administração judicial. Uma empresa

pode se encontrar sob administração judicial sem que esteja no regime da Lei 11.105/05.

Em relação ao grupo econômico horizontal, a resposta deixou a desejar, pois a definição clássica é a da identidade de sócios com poderes de administração/gerência, independentemente do ramo de atividade. Veja-se, a respeito, a CLT comentada do mestre Russomano.

Assim, as notas atribuídas pelos examinadores, próximas a um ponto, foram benevolentes e não merecem qualquer reparo.

5ª QUESTÃO:

O candidato acertou os dois primeiros questionamentos. Quanto à possibilidade de penhora do bem hipotecado, o candidato respondeu corretamente que sim, mas não disse o porquê, ou seja, não fundamentou sua resposta, nem citou os arts. 615, § 2º e 619 do CPC, que tratam da hipótese. E errou ao dizer que quem arremata o bem "...o levará ainda hipotecado", pois a arrematação constitui-se em forma de aquisição originária, pelo que o efeito da venda em hasta pública é a transferência ao adquirente do bem de forma livre e desembaraçada. Em relação ao quarto questionamento, o candidato silenciou-se. Por fim, disse que uma execução por título judicial não embargada produz efeitos de coisa julgada, demonstrando fraco raciocínio jurídico, pois se a execução não foi embargada, o bem penhorado será levado à praça e, arrecadado o numerário, será expedido alvará ao exequente, e determinado o arquivamento dos autos. Logo, não haverá sentença e, por conseguinte, não se produzirão os efeitos da coisa julgada. Trata-se de mero adimplemento forçado, o que possibilita inclusive ao executado propor ação de repetição de indébito. Assim, mais uma vez a Banca Examinadora foi benevolente, pois o candidato errou os três últimos questionamentos, mas, mesmo assim, obteve 0,5 ponto de um examinador e 0,6 com os demais.

6ª QUESTÃO:

Insurge-se o candidato em razão de o primeiro examinador ter atribuído nota 0,7 à questão, quando os demais atribuíram o ponto integral. Ora, se um examinador tiver de atribuir a mesma nota atribuída pelos demais, não haveria necessidade de três examinadores. A diferença entre as notas é perfeitamente admissível in casu. O que não é possível, e justificaria o inconformismo, é um examinador considerar a resposta totalmente correta e outro totalmente errada, o que não é o caso em foco.

E este Relator atribuiu nota 0,7 à resposta do candidato em razão da sua singeleza. Não fez distinção entre a repristinação da L.I.N.D.B. e o efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado pelo STF. Também sequer cogitou da modulação dos efeitos, tendo sido extremamente singelo em sua resposta de apenas dez linhas e sem maior substância jurídica.

7ª QUESTÃO:

Mais uma vez o candidato não é fiel em seu recurso com o que consta na sua resposta procedida na prova, eis que em seu recurso sustenta que a desistência a que alude o inciso VIII do art. 485 do CPC deve ser entendida como renúncia, tratando-se de uma impropriedade do CPC a utilização do termo desistência.

Contudo, isso não foi dito na prova. O candidato sustentou que a desistência a que alude o inciso VIII do art. 485 do CPC é a desistência obtida sob coação, e disse que "lembremos da possibilidade de a prescrição impedir novo ajuizamento. Às vezes a rescisória torna-se necessária."

Logo, além de equivocar-se na raiz, pecou mais uma vez por falta de raciocínio jurídico, pois se já tiver decorrido o prazo prescricional para o ajuizamento de nova ação (já que a desistência extingue o processo sem julgamento do mérito, possibilitando novo ajuizamento), também estará fulminado o direito à propositura da ação rescisória, pois o prazo é decadencial de dois anos, ou seja, idêntico ao da prescrição, e idêntico o dies a quo. E ainda merece registro a circunstância de que a prescrição pode ser interrompida, mas a decadência não!

Desta forma, correta a nota zero atribuída à resposta, pois o CPC não contém impropriedade técnica ou erro de redação. Em verdade, o chamado Código Buzaid adotou princípios do Direito Processual Português, onde a desistência do processo equivale à desistência do Direito Pátrio, já que nesse caso a parte está desistindo tão somente da pretensão, da res in iudicio deducta, que se dirige contra o réu. Contudo, no Direito Estrangeiro citado, quando a parte desiste da ação, está desistindo do direito público de provocar o Estado para exercer a jurisdição, o que equivale à renúncia no Direito Brasileiro, e esta extingue o processo com resolução do mérito.

8ª QUESTÃO:

O candidato abordou a questão de forma superficial, sem a profundidade necessária, o que levou todos os examinadores a atribuírem a mesma nota, ou seja, 0,5 ponto, metade do valor integral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Por fim, deve ainda ser esclarecido que não basta ao candidato responder corretamente ao que lhe foi demandado. É necessário que tenha elegância de literatura, utilização correta do idioma pátrio, capacidade de exposição, uso de terminologia jurídica, etc. E, com a devida vênia, esses requisitos não se mostraram integralmente presentes, pois sua terminologia

jurídica é quase nula, não se utilizando de linguagem jurídica; cita muita doutrina mas peca na aplicação do Direito, que é o mais importante; deixa de fundamentar a contento inúmeras conclusões e deixa de concluir inúmeros questionamentos, como demonstrado. Em seu recurso refere-se a um Doutrinador como pessoa iminente, e em sua prova não utilizou a linguagem jurídica compatível com um Magistrado. E essas falhas, por óbvio, influem na nota final.

CONCLUSÃO:

Conheço do recurso e nego-lhe provimento.

A C O R D A M os Membros da Comissão Examinadora da Primeira Prova Escrita Discursiva, por unanimidade de votos, **CONHECER** do recurso e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO**, nos termos do voto do Relator.

Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 2012.

Desembargador LUIZ ALFREDO MAFRA LINO
Relator