



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

EDITAL

XL CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE JUIZ DO TRABALHO SUBSTITUTO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

A Desembargadora Presidente do Tribunal e da Comissão do XL Concurso Público para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Desembargadora Silvia Regina Pondé Galvão Devonald, **COMUNICA**, aos interessados, o resultado do julgamento dos recursos interpostos em face da Primeira Prova Escrita Discursiva (2ª etapa), realizado na Sessão Pública de 04 de novembro 2015, o quanto segue:

Nº do Recurso

Identificação do Candidato

RECURSO Nº 01

Gabriela Battasini

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro.

VOTO (RELATOR)

Natureza: **RECURSO Nº 01 – XL Concurso para Ingresso na Magistratura**

Recorrente: Candidato 504

Relator: Desembargador Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro

Notas do Candidato: Examinadores:

Dr. Sergio Pinto Martins: 5,5

Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro: 5,5

Dr. Geraldo Baraldi Júnior: 5,5

Vistos, etc.

1. O candidato pede a majoração da sua nota na 1ª prova discursiva. Para tanto, o candidato tenta justificar as ideias defendidas nas respostas de 10 questões. De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 – (...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

2. O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um “segundo turno” de avaliações das provas. O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3. A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. E isso foi regiadamente feito.

4. Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5. E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6. Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7. Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

8. Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, NEGOU PROVIMENTO do recurso.

São Paulo, 29 de outubro de 2015.

DR. RAFAEL E. PUGLIESE RIBEIRO

Desembargador Federal do Trabalho

Relator

DR. SÉRGIO PINTO MARTINS

Desembargador Federal

RECURSO Nº 02

DR. GERALDO BARALDI JÚNIOR

Rep. Ordem dos Advogados do Brasil

Eliana Rollwagem

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sérgio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Ilmo. Sr. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

VOTO (RELATOR)

Recurso interposto quanto às notas apresentadas pela Banca Examinadora da primeira prova escrita da segunda fase do concurso.

Recurso 02

Prova: 64

Vistos, etc.

Trata-se de recurso interposto por candidato que realizou prova escrita acima destacada na segunda fase do Concurso para o cargo de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região.

Em resumo, sustenta que todas as notas finais atribuídas pelos Examinadores devem ser majoradas pelas razões expostas no respectivo apelo. Pede, ainda, a nulidade parcial na pergunta 02 do certame, em especial, letra “b” e “c” em vista da matéria contida nas alíneas não fazerem parte do Edital do Concurso.

É o relatório

VOTO

I. NULIDADE DA PERGUNTA 02 DA PRIMEIRA PROVA DISCURSIVA

O candidato sustenta que a questão nº 2 versava matéria tributária e esta não se encontrava prevista no edital de concurso. O equívoco do candidato é notório. 9.1. A questão versa sobre uma das realidades do cotidiano do Juiz do Trabalho, alusiva à possibilidade jurídica e utilidade prática de uma alienação de bem imóvel em hasta pública que conte com crédito tributário. A pendência de crédito tributário sobre o bem imóvel adquirido em hasta pública abre questão para numerosas situações jurídicas, que vão desde a inviabilidade de venda do bem, até à solução de incidentes póstumos à alienação, como a possível desistência do arrematante pelo bem, caso não tenha constado do edital os ônus pretéritos. Era muito importante que o candidato soubesse solucionar as duas situações práticas apresentadas, e dentre elas, em especial, a hipótese de o crédito tributário se revelar SUPERIOR ao produto da alienação. Isso estava a exigir do candidato conhecimento sobre a ordem de preferência do crédito trabalhista frente ao crédito tributário, e como solucionar o problema apresentado. A questão não exigiu do candidato NENHUM conceito de direito tributário, nenhuma definição tributária, senão conhecimentos específicos de direito processual, ou seja, conhecimento de arrematação, validade da arrematação, destinação de parte do produto arrecadado para pagamento do crédito tributário e preferência do crédito trabalhista. Não se pediu para definir “fato gerador”, não se pediu para definir “crédito tributário”. A cultura jurídica do candidato que almeja o cargo de Juiz do Trabalho deve ser apta a solucionar a situação proposta, com a qual ele irá se deparar no exercício da função.

Assim, não há nulidade a ser declarada.

II. MÉRITO

Inicialmente, enfatiza-se que o candidato não obteve aprovação no certame de nenhum dos 03 examinadores da banca já que suas notas foram 4,50, 4,00 e 4,50 respectivamente. Uma ou outra diferença decorre da definição individual de cada examinador.

De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 –

(...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2.

O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova.

As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um segundo turno de avaliações das provas.

O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”

E isso foi regiadamente feito.

4.

Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor.

A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5.

E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato.

Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial).

Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas.

Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, nada há para ser alterado.

DO EXPOSTO,

CONHEÇO do recurso interposto pelo candidato autor da prova nº “64” da primeira prova escrita da segunda fase do LX Concurso para provimento do cargo de Juiz Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região e, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO** para, afastando-se o pedido de nulidade formulado, manter as notas que lhe foram atribuídas quando da correção de sua prova pela Banca Examinadora.

Geraldo Baraldi Junior

-Relator-

Nº do Recurso

RECURSO Nº 03

Identificação do Candidato

Rodrigo Caldeira Guimarães

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins.

VOTO (RELATOR)

Vistos, examinados, etc.

Trata-se de recurso interposto em face do resultado obtido na 1ª prova escrita discursiva – 2ª etapa do XXXIX Concurso para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, identificado com o número 3. Impugna a correção das questões de 1 a 10. Pede a anulação da questão.

É o relatório.

Decide-se:

1. Conheço do recurso, eis que regular e tempestivo, conforme certificado pela Secretaria da Comissão do Concurso a fls. 02.

2. No mérito, verifica-se que a candidata, apesar da vista de prova a que teve direito e do tempo transcorrido para melhor reflexão sobre as questões, não foi capaz de promover uma autocrítica e identificar as próprias falhas, pretendendo estabelecer um diálogo com a Comissão Examinadora.

O candidato pede a revisão das notas das questões, mas não constam anotações na sua prova a respeito de qual nota foi dada a cada uma das questões. Não sabe o candidato qual nota foi dada a cada questão para se falar em aumentar sua nota.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

3. O fato de uma candidata ter deixado em branco a questão e ser aprovada indica que ela respondeu bem as outras questões da prova.

Na questão 1, faltou o candidato falar sobre o prazo máximo de suspensão de 16 meses.

4. As respostas à questão 2 estão erradas. Na letra a, deveria ser falado que não há relação jurídica. Na letra b, a resposta teria que ser dada com base no parágrafo único do artigo 130 do CTN e explicar as conseqüências disto.

A resposta não poderia ser dada com base no artigo 346 do Código Civil. Não há como dar nota à questão.

5. Na questão 3, não há conceito. Conceito é mostrar o gênero próximo e a diferença específica. Meio de pressão é característica da greve.

As demais partes da questão foram consideradas corretas.

6. Na questão 4, o objeto do dissídio é estabelecer melhores condições de trabalho. O candidato enumerou direitos constantes em cláusulas normativas.

O dissídio coletivo não é hipótese de substituição processual, mas de representação processual. O candidato fala em substituídos na prova. O entendimento do candidato é absolutamente errado a respeito do dissídio coletivo. O Sindicato, no caso, representa a categoria em juízo (art. 513, a, da CLT). É hipótese de representação processual.¹

Foi atribuída nota à questão.

7. Na questão 5, não foi dada resposta a respeito de crime de trabalho escravo ou em condição análoga à de escravo. Há menção disso no recurso.

O candidato também não fez referência ao critério da dupla visita. Logo, não pode ser atribuída nota máxima à questão.

8. Na questão 6, há referências gerais a distinção, mas que não são completas e ao fato de que o funcionário é regido pela CLT.

Na questão 6 faltou muita coisa, pois o candidato não estabeleceu a distinção entre a Fundação Pública e Privada. Fez afirmações pontuais, mas não fez a distinção. Esperava-se resposta no seguinte sentido:

Determina o inciso IV do artigo 5.º do artigo do Decreto-lei n.º 200/67 que fundação pública é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

Dispõe o inciso XIX do artigo 37 da Constituição que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”. Essa lei complementar não existe até o momento.

Distingue-se a fundação pública da fundação privada.

As fundações privadas são pessoas jurídicas de direito privado (art. 44, III, do Código Civil). A fundação privada será criada por escritura pública ou testamento, com dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. (art. 62 do Código Civil). A fundação privada somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência. A fundação pública será criada por lei ou a lei autorizará a sua criação. Não será criada a fundação pública por escritura pública ou por testamento.

¹ No mesmo sentido Magano, Octavio Bueno. Direito coletivo do trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1993, vol. III, p. 137.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Afirma Adilson de Abreu Dallari que “quando a lei cria diretamente uma fundação tem-se uma fundação pública, dotada de personalidade de direito público, até porque a lei não pode criar pessoa privada”.² É o que ocorre quando a fundação é instituída por lei federal, estadual ou municipal. A Administração Pública direta ou indireta está sujeita ao princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição), a só fazer aquilo que a lei determina.

Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona que a fundação tem natureza pública quando “é instituída pelo poder público com patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e, destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de auto administração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei”.³ Destaca as suas características: a- dotação patrimonial ou inicial do ente governamental; b- personalidade jurídica; c- desempenho de atividade atribuída ao Estado no âmbito social; d- capacidade auto-administrativa; e- sujeição ao controle administrativo ou tutela por parte da Administração direta.⁴

Celso Antonio Bandeira de Mello leciona que “é absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as fundações públicas são pessoas de Direito Privado. Na verdade, são pessoas de Direito Público,....; Saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda, que se lhe atribua outra qualificação. Entretanto, foram batizadas de pessoas de Direito Privado apenas para se evadirem destes controles moralizadores ou, então, para permitir que seus agentes acumulassem cargos e empregos, o que lhes seria vedado se fossem reconhecidas como pessoas de Direito Público”.⁵

A fundação pública não tem fins lucrativos. É formada por meio de dotação do Estado. São recursos da Fundação as dotações, subvenções, contribuições que o Estado anualmente consignar em seus orçamentos. No caso de extinção da fundação, seus bens e direitos são incorporados ao patrimônio do ente público que a criou.

Tem direito a fundação pública a isenção de tributos em relação ao ente da Administração Pública que pertencer.

A fundação pública não pode aplicar em despesas administrativas, inclusive de pessoal, mais que determinado porcentual do seu orçamento. Isso também mostra que se trata de determinação de Direito Administrativo.

Atendidos tais requisitos a fundação é considerada pública e não privada.

O STF já afirmou que “nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o §2.º do art. 99 da Constituição Federal” (RE 101.126/84, Rel. Min. Moreira Alves).

A jurisprudência do TST indica quando a fundação é considerada pública:

² DALLARI, Adilson de Abreu. Regime constitucional dos servidores públicos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 44.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 320.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, p. 320.

⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 15ª ed, São Paulo: Malheiros, 2003, 169.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

FUNDAÇÃO PÚBLICA. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. ESTABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. 1 - Reconhecidamente criada por lei, com fins assistenciais de indiscutível escopo público e alcance social, a FURP, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, reveste-se de natureza eminentemente pública, devendo reger-se pelas normas e princípios de Direito Público.

2 - Consoante o disposto no artigo 19 do ADCT, a estabilidade especial no serviço público abarca os servidores das fundações públicas que já estavam em exercício há, pelo menos, cinco anos continuados na data da promulgação da Constituição Federal e que não tenham sido admitidos por meio concurso público.

3 - Na hipótese, o reclamante foi admitido em 2/4/1982, vindo a ser dispensado em 9/8/1994, quando contava com mais de 13 (treze) anos de serviço continuado para a Fundação. Atendidos todos os requisitos constantes do artigo 19 do ADCT, necessários para assegurar a estabilidade no emprego, dá-se provimento ao recurso de revista para determinar a reintegração do reclamante no emprego. (1ª Turma, RR - 689676-57.2000.5.02.0314, j. 2/4/2008, Relator Ministro: Lélío Bentes Corrêa, DJ 2/5/2008).

FUNDAÇÃO PÚBLICA. ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL. ARTIGO 19 DO ADCT/CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. FURP. A fundação pública, cuja noção está definida pelo artigo 5º, inciso IV e § 3º, do Decreto-Lei nº 200/67, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, ostenta natureza pública, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988, em face do que consta especialmente da redação dos seus artigos 37, XIX, 39 e 40, caput. Seus empregados, assim, são abrangidos pela estabilidade especial no serviço público regulada pelo artigo 19 do ADCT, que também alude expressamente aos servidores das fundações públicas, desde que observados os requisitos delineados no seu caput e parágrafos, sendo, portanto, nula a dispensa do servidor nessas circunstâncias, porquanto implementados todos os pressupostos de natureza constitucional para a referida estabilização, daí por que se lhe assegura a reintegração no serviço público do qual fora ilicitamente afastado. Incidência dos arts. 37, XIX, e 39 da Constituição Federal e 19 do ADCT. Recurso do reclamante conhecido e provido (1ª Turma, RR - 678030-43.2000.5.02.5555, j. 24/9/2003, Relator Ministro: Lélío Bentes Corrêa, DJ 5/3/2004).

Sendo Fundação Pública, o processamento da execução é por precatório (art. 100 da Constituição). O TST já decidiu no mesmo sentido em relação a reclamada, por considerá-la Fundação Pública (TST, 5ª T., AIRR 1.576/1995-311-02-40.6, j. 25.6.2008, Rel. Min. Brito Pereira, DJ 01/08/2008; 1ª T., ED-RR 788.028/01.8, j. 25.5.2005, Rel. Guilherme Augusto Caputo Bastos).

Têm direito à isenção das custas as fundações públicas federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica (art. 790-A da CLT).

As fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que não explorem atividade econômica têm direito a dispensa do depósito recursal, prazo em quádruplo para ser marcada audiência (art. 841 da CLT) e em dobro para recorrer, remessa de ofício das decisões que lhe sejam total ou parcialmente contrárias. Está dispensada de fazer assistência no sindicato na rescisão do contrato de trabalho (art. 1º do Decreto-lei nº 779/69). Não estão sujeitas as fundações ao procedimento sumaríssimo (§ único do art. 852-A da CLT).

O pagamento das verbas devidas pela fundação pública é feito por meio de precatório (art. 100 da Constituição) ou de requisição de pequeno valor.

Os empregados da fundação pública são admitidos por concurso público (art. 37, II, da Constituição, S. 331, II, do TST).



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

A Justiça do Trabalho tem competência para examinar as ações propostas por trabalhadores contra as fundações públicas, se forem empregados públicos (art. 114, I, da Constituição). Será incompetente a Justiça do Trabalho para tratar de ações de funcionários públicos, que têm regime estatutário, propostas contra fundações públicas, segundo o entendimento do STF (ADIn 3.395-6/DF, j. 5.4.06, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU 10.11.2006).

Se o empregado tiver cinco anos de trabalho antes da vigência da Constituição de 1988, tem direito a estabilidade (art. 19 do ADCT).

O candidato falou apenas do regime da CLT. Sua resposta à questão 6 é incompleta e insuficiente.

Foi atribuída nota mínima à questão, mas foi atribuída.

7. Quanto à questão 7, o candidato desconhece a alteração dos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91.

A concessão definitiva da aposentadoria por invalidez pode levar muito tempo para ser decidida pelo órgão previdenciário. Enquanto isso, o empregador não sabe o que fazer. Já afirmou Raimundo Cerqueira Ally, sobre prolongamento do afastamento do empregado por doença e a ocupação de imóvel do empregador, que “o problema é crítico e não encontra na lei, na doutrina e na jurisprudência solução plausível”.⁶

Leciona Mozart Victor Russomano que “aposentadoria por invalidez é o benefício decorrente da incapacidade do segurado para o trabalho, sem perspectiva de reabilitação para o exercício de atividade capaz de lhe assegurar a subsistência”.⁷

Dispõe o artigo 475 da CLT, que tem a redação original de 1943, que o empregado aposentado por invalidez tem seu contrato de trabalho suspenso durante o prazo fixado pelas leis de previdência para a efetivação do benefício (art. 475 da CLT). Reza o parágrafo 1.º do artigo 475 da CLT, com a redação determinada pela Lei n.º 4.824, de 5 de novembro de 1965, que recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria.

Prevvia o parágrafo 3.º do artigo 4.º da Lei n.º 3.332, de 26 de janeiro de 1957, que a aposentadoria por invalidez era definitiva, quando completava cinco anos de vigência.

Determinava o parágrafo 6.º do artigo 27 da Lei n.º 3.807/60 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional. Entendia-se com base nesse dispositivo que, após os 55 anos, a aposentadoria por invalidez era definitiva e o segurado não tinha mais condições de se recuperar, tanto que não mais se exigiam exames médicos.

A Súmula 217 do STF foi editada em 11 de julho de 1963, quando foi publicada no Diário de Justiça da União. Seu fundamento é o artigo 475 da CLT. Esclarece que tem direito de retornar ao emprego, ou ser indenizado em caso de recusa do empregador, o aposentado que recupera a capacidade de trabalho dentro de cinco anos a contar da aposentadoria, que se torna definitiva após esse prazo.

O antigo Prejulgado n.º 37 do TST, de 21 de setembro de 1971, estabeleceu que “cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei”.

⁶ ALLY, Raimundo Cerqueira. Normas previdenciárias no direito do trabalho. 3ª ed. São Paulo: IOB, 1989, p. 111.

⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 135.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Estabelecia o parágrafo 7.º do artigo 6.º da Lei n.º 5.890/73 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional.

Prescrevia o artigo 7.º da Lei n.º 5.890/73 que a aposentadoria por invalidez seria mantida enquanto a incapacidade do segurado persistisse, ficando ele obrigado a submeter-se aos exames que, a qualquer tempo, fossem julgados necessários para verificação da manutenção, ou não, dessas condições. Verificada a recuperação da capacidade de trabalho do segurado aposentado, procedia-se da seguinte forma: I- se, dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria, ou de três anos, contados da data em que terminou o auxílio-doença em cujo gozo se encontrava, for o aposentado declarado apto para o trabalho, o benefício ficará extinto: a- imediatamente, para o segurado empregado, a quem assistirão os direitos resultantes do disposto no artigo 475 e respectivos parágrafos da CLT, valendo como título hábil, para esse fim, o certificado de capacidade fornecido pela previdência social; ... II- se a recuperação da capacidade de trabalho ocorrer após os prazos estabelecidos no item anterior, bem assim quando, a qualquer tempo, essa recuperação não for total, ou for o segurado declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo do trabalho, sendo reduzida em 18 meses até sua extinção.

Estabeleceu o Decreto n.º 83.080/79 (Regulamento de Benefícios da Previdência Social) que “se o segurado é declarado apto para o trabalho após o prazo do item I, se, a qualquer tempo a recuperação não é total ou se o segurado é declarado pela previdência social apto para o trabalho diverso do que anteriormente exercia, a aposentadoria é mantida, sem prejuízo da volta ao trabalho” (art. 119, II). Trabalho é o esforço da pessoa para um determinado fim econômico.

A Resolução Administrativa 102/82 do TST, publicada no Diário de Justiça da União de 11 de outubro de 1982, transformou o Prejulgado 37 na Súmula 160.

A redação do Decreto n.º 89.312/84 é um pouco diferente do regulamento anterior: “Quando a recuperação ocorre após o período do item I, ou não é total, ou o segurado é declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a aposentadoria é mantida, sem prejuízo da volta à atividade” (art. 31, II). Atividade é a atribuição ou serviço desempenhado pela pessoa.

Mostra o artigo 42 da Lei n.º 8.213/91 que o benefício de aposentadoria por invalidez é devido enquanto permanecer nesta condição (for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência).

O inciso I do artigo 47 da Lei n.º 8.213/91 dispõe que quando a recuperação do aposentado por invalidez ocorrer dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a antecedeu sem interrupção, o benefício cessará. Mostra o inciso II do mesmo artigo que se a recuperação for parcial, ou ocorrer após o prazo de cinco anos, ou ainda quando o segurado for declarado apto para o exercício de trabalho diverso do qual habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo da volta à atividade, sendo o benefício extinto no prazo de 18 meses a contar da recuperação da capacidade.

Disponha o artigo 101 da Lei n.º 8.213, na sua redação original, que o segurado em gozo de aposentadoria por invalidez ou de auxílio-doença e o pensionista inválido, enquanto não completassem 55 anos, estavam obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado. Esse artigo teve a redação alterada pela Lei n.º 9.032/95, que não mais fez referência à idade de 55 anos. Assim, não existia mais idade limite



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

de 55 anos para o segurado fazer exames médicos em caso de invalidez para ser considerada definitiva a aposentadoria.

Posteriormente, passou-se a entender que a aposentadoria por invalidez é provisória, pois o segurado pode, em certos casos, recuperar-se.⁸

O STJ já entendeu que a aposentadoria por invalidez não é definitiva, mesmo depois de cinco anos, se o aposentado recupera a capacidade de trabalho (REsp 460.331, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 20.11.2006, DJ 11.12.1006, p. 405).

A Instrução Normativa INSS/ PRES 77, de 21 de janeiro de 2015, afirmava que a perícia médica deveria rever o benefício de aposentadoria por invalidez a cada dois anos (art. 222).

A Súmula 440 do TST afirma que o contrato de trabalho está suspenso na aposentadoria por invalidez, mas o empregado tem de ser mantido no Plano de Saúde.

Outra solução poderia ser que a aposentadoria é compulsória para o empregado que completa 70 anos de idade e para a empregada com 65 anos (art. 51 da Lei n.º 8.213/91). Atingidas as referidas idades, a aposentadoria por invalidez também seria definitiva e não provisória.

Prescreve o artigo 475 da CLT:

“Art. 475 - O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

§ 1º - Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização deverá ser paga na forma do art. 497. ([Redação dada pela Lei nº 4.824, de 5.11.1965](#))

§ 2º - Se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da interinidade ao ser celebrado o contrato”.

Sob o ângulo trabalhista, a aposentadoria por invalidez é hipótese de suspensão dos efeitos do contrato de trabalho.

Determina o artigo 475 da CLT que o empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

Não há na lei previdenciária prazo de duração para a efetivação da aposentadoria por invalidez.⁹

Em Portugal, por exemplo, a reforma do trabalhador por velhice ou invalidez importa a caducidade do contrato de trabalho (art. 343, c, do Código de Trabalho), com a cessação automática do pacto laboral. Ensina Antonio Lemos de Monteiro Fernandes que a preocupação do legislador foi “de libertar efetivamente postos de trabalho a partir de certo

⁸ MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 348.

⁹ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários às Súmulas do TST. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.103.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

momento - o da obtenção da reforma - preocupação surgida no contexto de uma grave crise de desemprego”.¹⁰

O Código de Trabalho português mostra que a suspensão do contrato de trabalho pode fundamentar-se na impossibilidade temporária (art. 330º, 1). Logo, não pode ser definitiva nem durar longo tempo.

A suspensão dos efeitos do contrato de trabalho não poderia ser indefinida, pois causa insegurança jurídica ao empregador, que não sabe quando ou se poderá contar com o empregado que foi aposentado por invalidez.

A aposentadoria por invalidez não é permanente. Ela é provisória até que o médico diga que o trabalhador não tem mais capacidade de recuperação, quando será considerada definitiva.¹¹

A Lei n.º 13.063, de 30 de dezembro de 2014, acrescentou os parágrafos 1.º e 2.º ao artigo 101 da Lei n.º 8.213/91:

“Art. 101. O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

§ 1.º O aposentado por invalidez e o pensionista inválido estarão isentos do exame de que trata o caput após completarem 60 (sessenta) anos de idade.

§ 2.º A isenção de que trata o § 1.º não se aplica quando o exame tem as seguintes finalidades:

I - verificar a necessidade de assistência permanente de outra pessoa para a concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício, conforme dispõe o art. 45;

II - verificar a recuperação da capacidade de trabalho, mediante solicitação do aposentado ou pensionista que se julgar apto;

III - subsidiar autoridade judiciária na concessão de curatela, conforme dispõe o art. 110”.

Na verdade, não se trata de isenção, pois esta diz respeito a dispensa legal do pagamento de tributo. Trata-se da dispensa de se fazer o exame médico.

A norma jurídica regulamentou situação da prática, em que em alguns casos já se deixava de fazer perícia depois do segurado atingir a idade de 60 anos.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia afirma que “há possibilidade de se entender que, após essa idade (60 anos), a situação passa a ter contornos mais definitivos, permitindo a extinção do contrato de trabalho pelo empregador”.¹²

A conclusão que se extrai da alteração feita no parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 é que a partir de 60 anos o INSS não fará mais exame médico pericial o aposentado por invalidez e pensionista inválido não mais está obrigado a fazer exame médico periódico bienal quando completarem 60 anos (§1.º do art. 101 da Lei n.º 8.213), que está de acordo com a idade do idoso (art. 1.º da Lei n.º 10.741/03). Assim, a aposentadoria por invalidez será definitiva. Há presunção legal de que aos 60 anos não precisa ser feita perícia. Logo, os efeitos do contrato de trabalho do empregado com o empregador não estarão mais suspensos, pois estará efetivado o benefício (art. 475 da CLT) e poderá ser rescindido o contrato de trabalho do aposentado por invalidez.

¹⁰ FERNANDES, Antonio Lemos de Monteiro. Direito do Trabalho. 8ª edição. Coimbra: Almedina, 1992, p. 438.

¹¹ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários á CLT. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 508.

¹² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito da seguridade social. São Paulo: Gen/Forense, 2015, p. 399.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

A redação da lei não faz distinção quanto a sexo. Logo, tanto homem como mulher não mais precisam fazer perícia por invalidez depois dos 60 anos.

Com a determinação da Lei n.º 13.063/14 fica derogado o artigo 71 da Lei n.º 8.212/91 não ponto em que exige que o INSS faça revisão periódica do benefício de aposentadoria por invalidez.

Foram estabelecidas três exceções no parágrafo 2.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91 para efeito de continuar a ser feito o exame médico:

- a- se há necessidade de assistência permanente de outra pessoa, referente ao acréscimo de 25%;
- b- se o próprio aposentado solicita retorno ao trabalho;
- c- se a autoridade judiciária solicita a perícia para fins de curatela.

O candidato não fez referência aos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91

A conclusão que se chega hoje é de que a aposentadoria por invalidez, de um modo geral, é provisória. Ela só será definitiva quando o médico assim entender, pois o segurado não é mais susceptível de recuperação. Passados cinco anos da concessão da aposentadoria por invalidez, não importa que ela venha a ser definitiva, pois o trabalhador pode se recuperar.

Leciona Lilian Gonçalves que “não restam dúvidas de que, sob o prisma previdenciário, a aposentadoria por invalidez não pode ser tida como definitiva, irreversível, total, plena e incondicional. Ao contrário, diante dos inquestionáveis e crescentes avanços da medicina, inovações terapêuticas e tecnológicas, bem como do sucesso das técnicas de reabilitação profissional, o trabalhador pode recuperar sua aptidão para o trabalho. Desse modo, o benefício deve ser mantido somente enquanto perdurar a condição de incapacidade, nada justificando onerar o sistema público, quando inexistente verdadeiro fato desencadeador e mantenedor da benesse”.¹³

O empregador, porém, não pode ficar aguardando indefinidamente o empregado, pois necessita de trabalhador para fazer o serviço daquele. Na prática, muitas vezes a empresa contrata substituto interinamente.

Com a nova redação do parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 pode ser dito que a partir de 60 anos o INSS a aposentadoria por invalidez será definitiva, pois não haverá mais necessidade de se fazer exame médico pericial no aposentado por invalidez e pensionista inválido.

Nos casos em que o trabalhador se recupera e a aposentadoria é cancelada, o empregador poderá dispensar o trabalhador, pagando as verbas rescisórias pertinentes (§1.º do art. 475 da CLT).

O candidato fez referência à suspensão.

Abordar significa chegar à beira ou borda de; abalroar uma embarcação para tomá-la de assalto. É originária do francês *aborder*. Constitui galicismo desnecessário o emprego da palavra no sentido de tratar de um assunto.¹⁴ O candidato não tratou devidamente do foi objeto de questionamento. Não se trata de abordar. Logo, não é o caso de rever a sua nota. Não é, portanto, possível atribuir a integralidade dos pontos à questão 7. Mesmo assim, foi atribuído 0,5 na questão.

8. Na questão 8, o candidato não explicou o que é convênio e não existe responsabilidade subsidiária.

¹³ GONÇALVES, Lilian, Aposentadoria por invalidez: Análise crítica de seus efeitos no contrato de trabalho. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2012, p. 55.

¹⁴ ROMITA, Arion Sayão. Direito do trabalho. Temas em aberto. São Paulo: LTr, 1998, p. 144.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

O candidato não respondeu o que é o convênio.

A questão 8 está totalmente errada, pois convênio não é hipótese de terceirização e não implica responsabilidade subsidiária.

Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro que convênio é uma “forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”.¹⁵

O convênio compreende um objetivo comum, parceria, cooperação. No convênio não existe exatamente tomador dos serviços.

Convênio é “o ajuste entre órgão ou entidades do poder público ou entre estes e entidades privadas, visando à realização de projetos ou atividades de interesse comum, em regime de mútua cooperação”.¹⁶

Convênios administrativos “são convenções, mas não contratos, pois nestes as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultante e não soma), ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns”.¹⁷

Convênios “administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”.¹⁸

Alexandre Mazza assevera que “convênio é o acordo administrativo multilateral firmado entre entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, visando a cooperação recíproca para alcançar objetivos de interesse comum a todos os conveniados”.¹⁹

Afirma Irene Nohara que “os convênios abarcam interesses recíprocos com metas institucionais comuns e objetivam, portanto, um resultado comum alcançado mediante mútua colaboração”.²⁰

O convênio não é um contrato,²¹ mas um ajuste administrativo.²² O objetivo é um resultado comum, mediante mútua colaboração. Nos contratos as vontades são antagônicas; os interesses são opostos e diversos.

Os convênios são atos complexos. São acordos de vontades não contratuais celebrados pelo ente público e outra pessoa. São acordos de cooperação.

No convênio e na parceria há colaboração mútua e não prestação de serviços ao ente público.

Nos convênios, os interesses são recíprocos e os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns, reunindo-se para alcançá-los. Objetiva um resultado comum, com mútua colaboração.

Nos convênios e em outros ajustes similares não existe a “estipulação de obrigações recíprocas”.

Assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o convênio:

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

¹⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 244.

¹⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 676.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 358.

¹⁹ MAZZA, Alexandre. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 456.

²⁰ NOHARA, Irene Patrícia. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 461.

²¹ No mesmo sentido MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros. 1990, p. 358. Há também julgamento nesse sentido no STF (RTJ 141/619).

²² GASPARINI, Diógenes. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 303.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

“O convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas.

.....

O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei nº 8.666/93, quando, no art. 116, *caput*, determina que suas normas se aplicam aos convênios “no que couber”. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos artigos 1º e 2º”.²³

Leciona José dos Santos Carvalho Filho:

“No contrato, os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Nesse tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a cooperação, e não o lucro procurado por celebrar contratos.

(...) Nos convênios, ao revés, podem ser vários os polos, havendo um inter-relacionamento múltiplo, de modo que cada participante tem, na verdade, relação jurídica com cada um dos integrantes dos demais pólos”.²⁴

Para legislar sobre a matéria de licitação e contratos, observa a Administração Pública o disposto no XXVII do artigo 22 da Constituição.

Dispõe o artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 que: “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

Pode ocorrer de o convênio exigir licitação e em outros casos não. O artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 usa a expressão “no que couber”. Logo, pode não ser exigida a licitação no convênio, se não couber.

Ensina José dos Santos Carvalho Filho:

“A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra. É verdade que a Lei 8.666/93 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação ocorre no que couber. Como é lógico, raramente será possível a competitividade que marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. Por outro lado, no verdadeiro convênio inexistem perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação”.²⁵

A celebração de convênio depende de prévia aprovação pela organização interessada, como se extrai do parágrafo 1º do artigo 116 da citada lei:

“A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações...”.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28ª edição, São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28ª edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 228.

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 229. O STF já entendeu não precisar de licitação (Inq. 1.957-PR, Rel. Min. Carlos Velloso, em 11.5.2005, Informativo STF n.º 387, maio de 2005).



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

No convênio administrativo, quando do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da entidade conveniada, não existe intervenção por parte do ente público, não podendo lhe ser imposto o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo conveniado.

Quando a Administração Pública se utiliza de licitação e nos casos de celebração de convênio, não se pode falar em responsabilidade subsidiária.

O parágrafo 6.º do artigo 37 da Constituição se aplica quando a Administração Pública é prestadora de serviço público ou por delegação a particular. Na terceirização, a Administração Pública é tomadora do serviço.

A Administração Pública age de acordo com o princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição). Observa o procedimento de licitação (art. 37, XXI, da Constituição) na contratação de prestadores de serviços.

A utilização de licitação, regra geral, é a forma pela qual são praticados os atos da Administração Pública. As instituições são contratadas mediante concorrência pública.

Não existe culpa in eligendo em razão da necessidade de ser feita licitação para a contratação do prestador de serviço.

Na relação de convênio não existe terceirização de mão de obra. O caso, portanto, não é de aplicação do inciso IV da Súmula 331 do TST. O TST inclusive mudou a redação do referido inciso, não mais constando a exclusão da aplicação do parágrafo 1.º do artigo 71 da Lei n.º 8.666/93.

No mesmo sentido os seguintes julgados do TST:

RECURSO DE REVISTA - MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO-CONVÊNIO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - NÃO CONFIGURAÇÃO.

O convênio firmado entre o Município do Rio de Janeiro e a Associação de Moradores e Amigos da Serra Morena não configura contrato administrativo, mas acordo de vontades estabelecido entre o poder público e entidade privada com o intuito de fomentar iniciativas privadas de utilidade pública, não atraindo, por esse motivo, a incidência da responsabilização subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331, IV, desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido (1ª Turma, RR-1.241/2003-031-01-00.0, j. 7.11.2007, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DJ de 14/12/07).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Federação Metropolitana de Centros Comunitários e Associações de Moradores Femecam, visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família, não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil objetivando mútua cooperação. Precedentes desta Corte superior (RR-114/2006-014-08-00.2, Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ de 11/10/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Comissão de Bairros de Belém visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil objetivando mútua cooperação. Precedentes desta Corte superior (RR-1.074/2005-003-08-00.1, Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ de 11/10/2007).



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

RECURSO DE REVISTA - CONVÊNIO CELEBRADO COM ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - INAPLICABILIDADE. Do fato do convênio não se confundir com contrato administrativo, não se há de falar em terceirização de serviços, tampouco em responsabilização subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331 do TST, tendo em vista que houve a celebração de acordo de vontades entre o Município e a entidade privada, com escopo no fomento de atividades de utilidade pública. Ressalte-se que as responsabilidades do ente público, descritas no art. 18 da Lei nº 8.080/90, referem-se à sua competência para avaliar, fiscalizar e controlar a execução dos serviços de utilidade da comunidade prestados pela entidade privada, não se confundindo com a culpa in vigilando, motivo da responsabilização subsidiária, já que não está adstrito ao exame do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa conveniada (RR-553/2006-014-08-40.0, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, DJ 24/8/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Federação Metropolitana de Centros Comunitários e Associações de Moradores FEMECAM visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil, visando à mútua cooperação (RR-1.255/2005-002-08-00.1, j. 5/9/2007, Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. EMPREGADO CONTRATADO POR ENTIDADE PARTICULAR QUE FIRMOU CONVÊNIO COM MUNICÍPIO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. I - Convênio é o acordo de vontades estabelecido entre o Estado e entidades privadas com o escopo de fomentar iniciativas privadas de utilidade pública. II - Não se confunde com terceirização, já que não se trata de contrato, não se aplicando ao caso os termos da Súmula 331 do TST, pois, como o Município não está firmando nenhum tipo de contrato, muito menos de prestação de serviços, não pode ser responsabilizado subsidiariamente. III - As responsabilidades do ente público a que aludem os incisos X e XI do art. 18 da Lei nº 8.080/90 dizem respeito à avaliação, controle e fiscalização da execução dos serviços de saúde por entidades privadas, e não à obrigação do ente público em fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo conveniado, de forma que não há falar em culpa in eligendo e in vigilando. V - Recurso conhecido e provido. VI - Prejudicado o exame dos outros tópicos do recurso de revista (4ª T., RR 161800-84.2005.5.08.0011, j. 20/6/2007, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DJ 10/8/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATAÇÃO DE EMPREGADO POR ENTIDADE PARTICULAR. CONVÊNIO FIRMADO COM O ESTADO DO PARANÁ. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DO TEOR DO ITEM IV DA SÚMULA Nº 331 DESTA CORTE.

1. Ao fomentar a educação ou a saúde - direitos constitucionais sociais insculpidos no artigo 6º da Constituição de 1988, o Estado atua de maneira a efetivar os direitos fundamentais, por todos os meios permitidos em nosso ordenamento jurídico, de forma centralizada ou descentralizada. Nesse contexto, o mero repasse de verbas, por meio de convênio, para a Associação Mantenedora Saint Germain de Curitiba, com vistas à contratação de trabalhadores objetivando a promoção de ensino especial de pessoas carentes, não configura intervenção ou atuação econômica do Estado, mas implementação dos direitos fundamentais sociais, que se erigem em escopos precípuos da nação, motivo pelo qual não se pode reconhecer responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado do



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Paraná. 2. Recurso de revista conhecido e provido (5ª T., RR v 28.289/2000-005-09-00.2, , j. 27.6.2007, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DJ 10.8.2007).

A Orientação Jurisprudencial nº 185 da SDI-I do TST pode ser aplicada por analogia em casos de convênios:

“Contrato de trabalho com a Associação de Pais e Mestres - APM. Inexistência de responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado.

O Estado-Membro não é responsável subsidiária ou solidariamente com a Associação de Pais e Mestres pelos encargos trabalhistas dos empregados contratados por esta última, que deverão ser suportados integral e exclusivamente pelo real empregador”.

Não existe responsabilidade subsidiária do ente público quando celebra convênio com outras instituições, seja por falta de previsão legal ou pelo fato de que o convênio não é exatamente uma prestação de serviço. A Súmula 331 do TST não se aplica à questão, pois não se trata de terceirização. Não é, portanto, possível mudar a nota do candidato na questão.

9. A questão 9 foi considerada correta. O candidato não sabe o que está impugnando.

10. Na questão 10, não foi feita corretamente a distinção e não foi explicada a cumulação.

O dano existencial, segundo a Seção Única Suprema Corte de Cassação da Itália, “consiste em cada prejuízo (de natureza não meramente emotiva e interior, mas objetivamente avaliável) provocada por uma ação de fazer do sujeito, que altera o seu costume e a sua relação própria, induzindo-o a escolha de via diversa quanto à expressão e realização da sua personalidade no mundo externo” (Sentença n.º 6.572/2006).

O candidato não fez a distinção de forma clara entre dano existencial e o moral.

Wilson de Melo da Silva afirma que “danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”.²⁶

Silvio de Salvo Venosa menciona que dano moral é “o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, abrangendo também os direitos da personalidade, direito à imagem, ao nome, à privacidade, etc.”.²⁷

Consiste o dano moral na lesão sofrida pela pessoa no tocante à sua personalidade. Compreende, portanto, o dano moral um aspecto não econômico, não patrimonial, mas que atinge a pessoa no seu âmago.²⁸

Atinge o dano moral a honra, a intimidade, a imagem da pessoa, a personalidade, o íntimo do ser humano. Implica dor, angústia da pessoa com o ato praticado por alguém.

O dano moral envolve um aborrecimento extremo, um desgosto profundo, uma contrariedade. É uma perturbação da psique do indivíduo.²⁹ É o que a pessoa sente.

O dano existencial é algo que causa prejuízo ao empregado em razão da continuidade do ato que deixou de proporcionar ao trabalhador o contato com sua família, com

²⁶ SILVA, Wilson Melo da. Dano moral e sua reparação. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 1.

²⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. Responsabilidade civil. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 35.

²⁸ MARTINS, Sergio Pinto. Dano moral decorrente do contrato de trabalho. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23.

²⁹ ALMEIDA NETO, Amaro Alves. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista de Direito Privado, n.º 24, outubro-dezembro de 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 34.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

os amigos, de praticar um esporte, etc. Compreende um aspecto de não mais poder fazer aquilo que queria. Pode decorrer da frustração que o trabalhador tem por não ter feito um curso ou ter terminado a faculdade em razão do excesso de trabalho exigido pelo empregador. A pessoa não vai mais poder fazer aquilo que pretendia.³⁰

Se o dano é denominado existencial, não é, portanto, moral.

O prejuízo em valor que a pessoa teve é dano material e não dano existencial.

Tem-se dito que o dano moral independe de prova, ou seja, prova-se por si mesmo, presume-se sua existência (*in re ipsa*). Exemplo pode ser da mãe que perdeu o filho. Presume-se que ela tem uma dor moral. Não há necessidade de prova, segundo essa teoria. Ao contrário, no dano existencial, há necessidade de que o autor prove suas alegações para fazer jus a indenização. Não é possível presumir o dano existencial.

Se o dano é decorrente de situações distintas ou se é possível separar cada uma delas, será possível também a cumulação da indenização por danos morais e existenciais. Não há proibição na legislação a respeito da cumulação de danos.

Um fato pode dar origem a um dano moral e ao dano estético. A pessoa se sente violada na sua intimidade e teve um dano estético. As indenizações são cumuláveis.

Mostra a Súmula 37 do STJ que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Se, porém, o dano é decorrente do mesmo fato, a parte não vai ter direito a uma indenização por dano moral e a outra indenização por dano existencial. Aparentemente, uma indenização vai compreender a outra.

Costuma-se dizer que a dor não tem preço, daí porque se fixar um valor para compensá-la e não indenizá-la. No dano existencial, também haverá esse mesmo problema.

O objetivo do valor da indenização é a reparação integral, o *restitutio in integrum*.

Não há como dar nota máxima à questão.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. Isso foi regimentalmente feito.

Não cabe, portanto, o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem liberdade para essa valoração.

Há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se faça. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir

³⁰ Pontes de Miranda já entendia que havia impropriedade técnica na equiparação de danos extrapatrimoniais ao dano moral (Tratado de direito privado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. XXVI, p. 30-31.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

A finalidade do recurso não é rever toda a prova, como pretende o recorrente.

O examinador não tem de ficar explicando o que o candidato acertou ou errou na questão para justificar a nota dada. Não se está na Faculdade de Direito para justificar a correção da questão ao candidato.

Em síntese, a pretensão do candidato não merece acolhimento, cumprindo assinalar que todas as respostas foram cuidadosamente analisadas pelos membros da comissão examinadora, não havendo registro de atribuição de nota no caderno de prova para assegurar a independência de cada integrante, ao avaliar a compreensão da questão pelo candidato, fundamentação adequada, conhecimento da língua pátria e da existência de relevante controvérsia em nível doutrinário e jurisprudencial.

Pelo exposto, conheço do recurso e, no mérito, **nego-lhe provimento**, mantendo as notas que foram atribuídas ao candidato recorrente.

São Paulo, 12 de novembro de 2015.

Sergio Pinto Martins

Relator

Nº do Recurso

RECURSO Nº 04

Identificação do Candidato

Joaquim Barros Martins da Costa

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro.

VOTO (RELATOR)

RECURSO Nº 04 – XL Concurso para Ingresso na

Natureza: **Magistratura**

Recorrente: Candidato 414

Relator: Desembargador Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro

Notas do Candidato: Examinadores:

Dr. Sergio Pinto Martins: 5,0

Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro: 5,0

Dr. Geraldo Baraldi Júnior: 4,5

Vistos, etc.

1. O candidato pede a majoração da sua nota na 1ª prova discursiva. Para tanto, o candidato tenta justificar as ideias defendidas nas respostas de 09 questões, e postula a anulação da questão nº 2, sustentando que versa matéria estranha ao edital.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

2. De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 – (...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

3. O recurso interposto pelo candidato impugna uma única questão da prova (questão nº 2). Em relação às outras questões, as razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um “segundo turno” de avaliações das provas. O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

4. A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. E isso foi regiadamente feito.

5. Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

6. E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

7. Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

8. Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

9. DA IMPUGNAÇÃO À QUESTÃO Nº 2. O candidato sustenta que a questão nº 2 versava matéria tributária e esta não se encontrava prevista no edital de concurso. O equívoco do candidato é notório.

9.1. A questão versa sobre uma das realidades do cotidiano do Juiz do Trabalho, alusiva à possibilidade jurídica e utilidade prática de uma alienação de bem imóvel em hasta pública que conte com crédito tributário. A pendência de crédito tributário sobre o bem imóvel adquirido em hasta pública abre questão para numerosas situações jurídicas, que vão desde a inviabilidade de venda do bem, até à solução de incidentes póstumos à alienação, como a possível desistência do arrematante pelo bem, caso não tenha constado do edital os ônus pretéritos. Era muito importante que o candidato soubesse solucionar as duas situações práticas apresentadas, e dentre elas, em especial, a hipótese de o crédito tributário se revelar SUPERIOR ao produto da alienação. Isso estava a exigir do candidato conhecimento sobre a ordem de preferência do crédito trabalhista frente ao crédito tributário, e como solucionar o problema apresentado. A questão não exigiu do candidato NENHUM conceito de direito tributário, nenhuma definição tributária, senão conhecimentos específicos de direito processual, ou seja, conhecimento de arrematação, validade da arrematação, destinação de parte do produto arrecadado para pagamento do crédito tributário e preferência do crédito trabalhista. Não se pediu para definir "fato gerador", não se pediu para definir "crédito tributário". A cultura jurídica do candidato que almeja o cargo de Juiz do Trabalho deve ser apta a solucionar a situação proposta, com a qual ele irá se deparar no exercício da função.

10. Pelo exposto, o recurso não subsiste para a reavaliação de questões, nem para a anulação da questão nº 2, e por isso, NEGO-LHE PROVIMENTO.

São Paulo, 29 de outubro de 2.015.

DR. RAFAEL E. PUGLIESE RIBEIRO

Desembargador Federal do Trabalho

Relator

DR. SÉRGIO PINTO MARTINS

Desembargador Federal

DR. GERALDO BARALDI JÚNIOR

Rep. Ordem dos Advogados do Brasil

Veronica Rodrigues de Castro

RECURSO Nº 05

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Ilmo. Sr. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

VOTO (RELATOR)

Recurso interposto quanto às notas apresentadas pela Banca Examinadora da primeira prova escrita da segunda fase do concurso.

Recurso 05

Prova: 622

Vistos, etc.

Trata-se de recurso interposto por candidata que realizou prova escrita acima destacada na segunda fase do Concurso para o cargo de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região.

Em resumo, sustenta que todas as notas finais atribuídas pelos Examinadores devem ser majoradas pois, pelas razões constantes do arrazoado feito pela candidata.

É o relatório



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

VOTO

Inicialmente, enfatiza-se que a candidata não obteve aprovação no certame de nenhum dos 03 examinadores da banca já que suas notas foram 5,20, 5,00 e 5,50 respectivamente. Uma ou outra diferença decorre da definição individual de cada examinador.

De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão.

Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8

–

(...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida

2. O recurso interposto pela candidata não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria a candidata em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um segundo turno de avaliações das provas.

O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3. A avaliação da candidata, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora

“(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição.”

E isso foi regamente feito.

4. Portanto, não cabe o recurso da candidata que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor.

A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5. E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo da candidata.

Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos. 6.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial).



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição

7.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas.

Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

Como a candidata não suscita a nulidade de nenhuma das questões, nada há para ser alterado.

Conclusão.

DO EXPOSTO,

CONHEÇO do recurso interposto pela candidata autora da prova nº “622” da primeira prova escrita da segunda fase do LX Concurso para provimento do cargo de Juiz Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região e, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO** para manter as notas que lhe foram atribuídas quando da correção de sua prova pela Banca Examinadora.

Geraldo Baraldi Junior

- Relator -

Nº do Recurso
RECURSO Nº 06

Identificação do Candidato
Marcelo da Silva Mello

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins

VOTO (RELATOR)

Vistos, examinados, etc.

Trata-se de recurso interposto em face do resultado obtido na 1ª prova escrita discursiva – 2ª etapa do XXXIX Concurso para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, identificado com o número 6. Impugna as questões de 2 a 5, 7 a 10.

É o relatório.

Decide-se:

1. Conheço do recurso, eis que regular e tempestivo, conforme certificado pela Secretaria da Comissão do Concurso a fls. 02.

2. No mérito, verifica-se que o candidato, apesar da vista de prova a que teve direito e do tempo transcorrido para melhor reflexão sobre as questões, não foi capaz de promover uma autocrítica e identificar as próprias falhas, pretendendo estabelecer um diálogo com a Comissão Examinadora.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

O candidato pede a revisão das notas das questões, mas não constam anotações na sua prova a respeito de qual nota foi dada a cada uma das questões. Não sabe o candidato qual nota foi dada a cada questão para se falar em aumentar sua nota.

3. A letra a da questão 2 foi considerada certa.

A letra b foi considerada errada, pois tinha de ser respondida com base no parágrafo único do artigo 130 do CTN.

Na letra c, não há resposta à questão.

A questão não era para ser respondida com base no CPC ou no artigo 186 do CTN.

4. Na questão 3, o candidato não respondeu qual é a diferença entre greve ilegal e abusiva.

Abordar significa chegar à beira ou borda de; abalroar uma embarcação para tomá-la de assalto. É originária do francês *aborder*. Constitui galicismo desnecessário o emprego da palavra no sentido de tratar de um assunto.³¹ O candidato não tratou devidamente do foi objeto de questionamento. Não se trata de abordar, mas de tratar.

O candidato não obteve a nota máxima, pois não acertou integralmente a questão.

5. Não questão 4, não foi falado sobre o Ministério Público do Trabalho e o Presidente do TRT suscitarem o dissídio coletivo.

O empregador não é titular do direito, pois não tem nenhum interesse em conceder direitos ao empregado.

Não foi falado sobre o Ministério Público do Trabalho e o Presidente do TRT poderem suscitar o dissídio coletivo.

6. Na questão 5, não foi falado sobre o crime de flagrante delito em caso de crime de trabalho escravo no domicílio do empregador.

O candidato não fez referência às alterações decorrentes da Lei Complementar n.º 150/15. Não foi dito que a fiscalização deverá ter função orientadora, observar dupla visita.

Foi dada a pontuação que o candidato mereceu.

7. Na questão 7, as afirmações constantes da prova não são suficientes para mudar a nota.

O candidato desconhece a alteração dos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91.

A concessão definitiva da aposentadoria por invalidez pode levar muito tempo para ser decidida pelo órgão previdenciário. Enquanto isso, o empregador não sabe o que fazer. Já afirmou Raimundo Cerqueira Ally, sobre prolongamento do afastamento do empregado por doença e a ocupação de imóvel do empregador, que “o problema é crítico e não encontra na lei, na doutrina e na jurisprudência solução plausível”.³²

Leciona Mozart Victor Russomano que “aposentadoria por invalidez é o benefício decorrente da incapacidade do segurado para o trabalho, sem perspectiva de reabilitação para o exercício de atividade capaz de lhe assegurar a subsistência”.³³

Dispõe o artigo 475 da CLT, que tem a redação original de 1943, que o empregado aposentado por invalidez tem seu contrato de trabalho suspenso durante o prazo fixado pelas leis de previdência para a efetivação do benefício (art. 475 da CLT). Reza o

³¹ ROMITA, Arion Sayão. Direito do trabalho. Temas em aberto. São Paulo: LTr, 1998, p. 144.

³² ALLY, Raimundo Cerqueira. Normas previdenciárias no direito do trabalho. 3ª ed. São Paulo: IOB, 1989, p. 111.

³³ RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 135.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

parágrafo 1.º do artigo 475 da CLT, com a redação determinada pela Lei n.º 4.824, de 5 de novembro de 1965, que recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria.

Prevvia o parágrafo 3.º do artigo 4.º da Lei n.º 3.332, de 26 de janeiro de 1957, que a aposentadoria por invalidez era definitiva, quando completava cinco anos de vigência.

Determinava o parágrafo 6.º do artigo 27 da Lei n.º 3.807/60 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional. Entendia-se com base nesse dispositivo que, após os 55 anos, a aposentadoria por invalidez era definitiva e o segurado não tinha mais condições de se recuperar, tanto que não mais se exigiam exames médicos.

A Súmula 217 do STF foi editada em 11 de julho de 1963, quando foi publicada no Diário de Justiça da União. Seu fundamento é o artigo 475 da CLT. Esclarece que tem direito de retornar ao emprego, ou ser indenizado em caso de recusa do empregador, o aposentado que recupera a capacidade de trabalho dentro de cinco anos a contar da aposentadoria, que se torna definitiva após esse prazo.

O antigo Prejulgado n.º 37 do TST, de 21 de setembro de 1971, estabeleceu que “cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei”.

Estabelecia o parágrafo 7.º do artigo 6.º da Lei n.º 5.890/73 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional.

Prescrevia o artigo 7.º da Lei n.º 5.890/73 que a aposentadoria por invalidez seria mantida enquanto a incapacidade do segurado persistisse, ficando ele obrigado a submeter-se aos exames que, a qualquer tempo, fossem julgados necessários para verificação da manutenção, ou não, dessas condições. Verificada a recuperação da capacidade de trabalho do segurado aposentado, procedia-se da seguinte forma: I- se, dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria, ou de três anos, contados da data em que terminou o auxílio-doença em cujo gozo se encontrava, for o aposentado declarado apto para o trabalho, o benefício ficará extinto: a- imediatamente, para o segurado empregado, a quem assistirão os direitos resultantes do disposto no artigo 475 e respectivos parágrafos da CLT, valendo como título hábil, para esse fim, o certificado de capacidade fornecido pela previdência social; ... II- se a recuperação da capacidade de trabalho ocorrer após os prazos estabelecidos no item anterior, bem assim quando, a qualquer tempo, essa recuperação não for total, ou for o segurado declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo do trabalho, sendo reduzida em 18 meses até sua extinção.

Estabeleceu o Decreto n.º 83.080/79 (Regulamento de Benefícios da Previdência Social) que “se o segurado é declarado apto para o trabalho após o prazo do item I, se, a qualquer tempo a recuperação não é total ou se o segurado é declarado pela previdência social apto para o trabalho diverso do que anteriormente exercia, a aposentadoria é mantida, sem prejuízo da volta ao trabalho” (art. 119, II). Trabalho é o esforço da pessoa para um determinado fim econômico.

A Resolução Administrativa 102/82 do TST, publicada no Diário de Justiça da União de 11 de outubro de 1982, transformou o Prejulgado 37 na Súmula 160.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

A redação do Decreto n.º 89.312/84 é um pouco diferente do regulamento anterior: “Quando a recuperação ocorre após o período do item I, ou não é total, ou o segurado é declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a aposentadoria é mantida, sem prejuízo da volta à atividade” (art. 31, II). Atividade é a atribuição ou serviço desempenhado pela pessoa.

Mostra o artigo 42 da Lei n.º 8.213/91 que o benefício de aposentadoria por invalidez é devido enquanto permanecer nesta condição (for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência).

O inciso I do artigo 47 da Lei n.º 8.213/91 dispõe que quando a recuperação do aposentado por invalidez ocorrer dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a antecedeu sem interrupção, o benefício cessará. Mostra o inciso II do mesmo artigo que se a recuperação for parcial, ou ocorrer após o prazo de cinco anos, ou ainda quando o segurado for declarado apto para o exercício de trabalho diverso do qual habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo da volta à atividade, sendo o benefício extinto no prazo de 18 meses a contar da recuperação da capacidade.

Disponha o artigo 101 da Lei n.º 8.213, na sua redação original, que o segurado em gozo de aposentadoria por invalidez ou de auxílio-doença e o pensionista inválido, enquanto não completassem 55 anos, estavam obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado. Esse artigo teve a redação alterada pela Lei n.º 9.032/95, que não mais fez referência à idade de 55 anos. Assim, não existia mais idade limite de 55 anos para o segurado fazer exames médicos em caso de invalidez para ser considerada definitiva a aposentadoria.

Posteriormente, passou-se a entender que a aposentadoria por invalidez é provisória, pois o segurado pode, em certos casos, recuperar-se.³⁴

O STJ já entendeu que a aposentadoria por invalidez não é definitiva, mesmo depois de cinco anos, se o aposentado recupera a capacidade de trabalho (REsp 460.331, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 20.11.2006, DJ 11.12.1006, p. 405).

A Instrução Normativa INSS/ PRES 77, de 21 de janeiro de 2015, afirmava que a perícia médica deveria rever o benefício de aposentadoria por invalidez a cada dois anos (art. 222).

A Súmula 440 do TST afirma que o contrato de trabalho está suspenso na aposentadoria por invalidez, mas o empregado tem de ser mantido no Plano de Saúde.

Outra solução poderia ser que a aposentadoria é compulsória para o empregado que completa 70 anos de idade e para a empregada com 65 anos (art. 51 da Lei n.º 8.213/91). Atingidas as referidas idades, a aposentadoria por invalidez também seria definitiva e não provisória.

Prescreve o artigo 475 da CLT:

“Art. 475 - O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

§ 1º - Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização

³⁴ MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 348.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região
deverá ser paga na forma do art. 497. ([Redação dada pela Lei nº 4.824, de 5.11.1965](#))

§ 2º - Se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da interinidade ao ser celebrado o contrato”.

Sob o ângulo trabalhista, a aposentadoria por invalidez é hipótese de suspensão dos efeitos do contrato de trabalho.

Determina o artigo 475 da CLT que o empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

Não há na lei previdenciária prazo de duração para a efetivação da aposentadoria por invalidez.³⁵

Em Portugal, por exemplo, a reforma do trabalhador por velhice ou invalidez importa a caducidade do contrato de trabalho (art. 343, c, do Código de Trabalho), com a cessação automática do pacto laboral. Ensina Antonio Lemos de Monteiro Fernandes que a preocupação do legislador foi “de libertar efetivamente postos de trabalho a partir de certo momento - o da obtenção da reforma - preocupação surgida no contexto de uma grave crise de desemprego”.³⁶

O Código de Trabalho português mostra que a suspensão do contrato de trabalho pode fundamentar-se na impossibilidade temporária (art. 330º, 1). Logo, não pode ser definitiva nem durar longo tempo.

A suspensão dos efeitos do contrato de trabalho não poderia ser indefinida, pois causa insegurança jurídica ao empregador, que não sabe quando ou se poderá contar com o empregado que foi aposentado por invalidez.

A aposentadoria por invalidez não é permanente. Ela é provisória até que o médico diga que o trabalhador não tem mais capacidade de recuperação, quando será considerada definitiva.³⁷

A Lei n.º 13.063, de 30 de dezembro de 2014, acrescentou os parágrafos 1.º e 2.º ao artigo 101 da Lei n.º 8.213/91:

“Art. 101. O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

§ 1.º O aposentado por invalidez e o pensionista inválido estarão isentos do exame de que trata o caput após completarem 60 (sessenta) anos de idade.

§ 2.º A isenção de que trata o § 1.º não se aplica quando o exame tem as seguintes finalidades:

I - verificar a necessidade de assistência permanente de outra pessoa para a concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício, conforme dispõe o art. 45;

II - verificar a recuperação da capacidade de trabalho, mediante solicitação do aposentado ou pensionista que se julgar apto;

³⁵ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários às Súmulas do TST. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.103.

³⁶ FERNANDES, Antonio Lemos de Monteiro. Direito do Trabalho. 8ª edição. Coimbra: Almedina, 1992, p. 438.

³⁷ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários á CLT. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 508.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

III - subsidiar autoridade judiciária na concessão de curatela, conforme dispõe o art. 110”.

Na verdade, não se trata de isenção, pois esta diz respeito a dispensa legal do pagamento de tributo. Trata-se da dispensa de se fazer o exame médico.

A norma jurídica regulamentou situação da prática, em que em alguns casos já se deixava de fazer perícia depois do segurado atingir a idade de 60 anos.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia afirma que “há possibilidade de se entender que, após essa idade (60 anos), a situação passa a ter contornos mais definitivos, permitindo a extinção do contrato de trabalho pelo empregador”.³⁸

A conclusão que se extrai da alteração feita no parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 é que a partir de 60 anos o INSS não fará mais exame médico pericial o aposentado por invalidez e pensionista inválido não mais está obrigado a fazer exame médico periódico bienal quando completarem 60 anos (§1.º do art. 101 da Lei n.º 8.213), que está de acordo com a idade do idoso (art. 1.º da Lei n.º 10.741/03). Assim, a aposentadoria por invalidez será definitiva. Há presunção legal de que aos 60 anos não precisa ser feita perícia. Logo, os efeitos do contrato de trabalho do empregado com o empregador não estarão mais suspensos, pois estará efetivado o benefício (art. 475 da CLT) e poderá ser rescindido o contrato de trabalho do aposentado por invalidez.

A redação da lei não faz distinção quanto a sexo. Logo, tanto homem como mulher não mais precisam fazer perícia por invalidez depois dos 60 anos.

Com a determinação da Lei n.º 13.063/14 fica derogado o artigo 71 da Lei n.º 8.212/91 não ponto em que exige que o INSS faça revisão periódica do benefício de aposentadoria por invalidez.

Foram estabelecidas três exceções no parágrafo 2.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91 para efeito de continuar a ser feito o exame médico:

- a- se há necessidade de assistência permanente de outra pessoa, referente ao acréscimo de 25%;
- b- se o próprio aposentado solicita retorno ao trabalho;
- c- se a autoridade judiciária solicita a perícia para fins de curatela.

O candidato não fez referência aos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91

A conclusão que se chega hoje é de que a aposentadoria por invalidez, de um modo geral, é provisória. Ela só será definitiva quando o médico assim entender, pois o segurado não é mais susceptível de recuperação. Passados cinco anos da concessão da aposentadoria por invalidez, não importa que ela venha a ser definitiva, pois o trabalhador pode se recuperar.

Leciona Lilian Gonçalves que “não restam dúvidas de que, sob o prisma previdenciário, a aposentadoria por invalidez não pode ser tida como definitiva, irreversível, total, plena e incondicional. Ao contrário, diante dos inquestionáveis e crescentes avanços da medicina, inovações terapêuticas e tecnológicas, bem como do sucesso das técnicas de reabilitação profissional, o trabalhador pode recuperar sua aptidão para o trabalho. Desse modo, o benefício deve ser mantido somente enquanto perdurar a condição de incapacidade, nada justificando onerar o sistema público, quando inexistente verdadeiro fato desencadeador e mantenedor da benesse”.³⁹

O empregador, porém, não pode ficar aguardando indefinidamente o empregado, pois necessita de trabalhador para fazer o serviço daquele. Na prática, muitas vezes a empresa contrata substituto interinamente.

³⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito da seguridade social. São Paulo: Gen/Forense, 2015, p. 399.

³⁹ GONÇALVES, Lilian, Aposentadoria por invalidez: Análise crítica de seus efeitos no contrato de trabalho. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2012, p. 55.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Com a nova redação do parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 pode ser dito que a partir de 60 anos o INSS a aposentadoria por invalidez será definitiva, pois não haverá mais necessidade de se fazer exame médico pericial no aposentado por invalidez e pensionista inválido.

O candidato somente fez referência à suspensão dos efeitos do contrato de trabalho e ao prazo de cinco anos. As demais hipóteses acima não foram mencionadas. A resposta do candidato é insuficiente para ser mudada sua nota.

O candidato somente respondeu sobre a suspensão dos efeitos do contrato de trabalho e sobre os cinco anos. O restante do que foi acima exposto não foi respondido.

Não é possível aumentar sua nota, pois a resposta está incompleta.

8. Na questão 8, o candidato não respondeu o que é o convênio.

A questão 8 está totalmente errada, pois convênio não é hipótese de terceirização e não implica responsabilidade subsidiária.

Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro que convênio é uma “forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”.⁴⁰

O convênio compreende um objetivo comum, parceria, cooperação. No convênio não existe exatamente tomador dos serviços.

Convênio é “o ajuste entre órgão ou entidades do poder público ou entre estes e entidades privadas, visando à realização de projetos ou atividades de interesse comum, em regime de mútua cooperação”.⁴¹

Convênios administrativos “são convenções, mas não contratos, pois nestes as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultante e não soma), ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns”.⁴²

Convênios “administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”.⁴³

Alexandre Mazza assevera que “convênio é o acordo administrativo multilateral firmado entre entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, visando a cooperação recíproca para alcançar objetivos de interesse comum a todos os conveniados”.⁴⁴

Afirma Irene Nohara que “os convênios abarcam interesses recíprocos com metas institucionais comuns e objetivam, portanto, um resultado comum alcançado mediante mútua colaboração”.⁴⁵

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

⁴¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 244.

⁴² ARAÚJO, Edmir Netto de. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 676.

⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 358.

⁴⁴ MAZZA, Alexandre. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 456.

⁴⁵ NOHARA, Irene Patrícia. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 461.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

O convênio não é um contrato,⁴⁶ mas um ajuste administrativo.⁴⁷ O objetivo é um resultado comum, mediante mútua colaboração. Nos contratos as vontades são antagônicas; os interesses são opostos e diversos.

Os convênios são atos complexos. São acordos de vontades não contratuais celebrados pelo ente público e outra pessoa. São acordos de cooperação.

No convênio e na parceria há colaboração mútua e não prestação de serviços ao ente público.

Nos convênios, os interesses são recíprocos e os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns, reunindo-se para alcançá-los. Objetiva um resultado comum, com mútua colaboração.

Nos convênios e em outros ajustes similares não existe a “estipulação de obrigações recíprocas”.

Assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o convênio:

“O convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas.

O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei nº 8.666/93, quando, no art. 116, *caput*, determina que suas normas se aplicam aos convênios “no que couber”. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos artigos 1º e 2º”.⁴⁸

Leciona José dos Santos Carvalho Filho:

“No contrato, os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Nesse tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a cooperação, e não o lucro procurado por celebrar contratos.

(...) Nos convênios, ao revés, podem ser vários os polos, havendo um inter-relacionamento múltiplo, de modo que cada participante tem, na verdade, relação jurídica com cada um dos integrantes dos demais pólos”.⁴⁹

Para legislar sobre a matéria de licitação e contratos, observa a Administração Pública o disposto no XXVII do artigo 22 da Constituição.

Dispõe o artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 que: “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

Pode ocorrer de o convênio exigir licitação e em outros casos não. O artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 usa a expressão “no que couber”. Logo, pode não ser exigida a licitação no convênio, se não couber.

Ensina José dos Santos Carvalho Filho:

“A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra. É verdade que a Lei 8.666/93 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação ocorre no que couber. Como é lógico, raramente será possível a competitividade que

⁴⁶ No mesmo sentido MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 21ª ed. São Paulo: Malheiros. 1990, p. 358. Há também julgamento nesse sentido no STF (RTJ 141/619).

⁴⁷ GASPARINI, Diógenes. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 303.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28ª edição, São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

⁴⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28ª edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 228.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. Por outro lado, no verdadeiro convênio inexistente perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação”.⁵⁰

A celebração de convênio depende de prévia aprovação pela organização interessada, como se extrai do parágrafo 1º do artigo 116 da citada lei:

“A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações...”.

No convênio administrativo, quando do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da entidade conveniada, não existe intervenção por parte do ente público, não podendo lhe ser imposto o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo conveniado.

Quando a Administração Pública se utiliza de licitação e nos casos de celebração de convênio, não se pode falar em responsabilidade subsidiária.

O parágrafo 6.º do artigo 37 da Constituição se aplica quando a Administração Pública é prestadora de serviço público ou por delegação a particular. Na terceirização, a Administração Pública é tomadora do serviço.

A Administração Pública age de acordo com o princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição). Observa o procedimento de licitação (art. 37, XXI, da Constituição) na contratação de prestadores de serviços.

A utilização de licitação, regra geral, é a forma pela qual são praticados os atos da Administração Pública. As instituições são contratadas mediante concorrência pública.

Não existe culpa in eligendo em razão da necessidade de ser feita licitação para a contratação do prestador de serviço.

Na relação de convênio não existe terceirização de mão de obra. O caso, portanto, não é de aplicação do inciso IV da Súmula 331 do TST. O TST inclusive mudou a redação do referido inciso, não mais constando a exclusão da aplicação do parágrafo 1.º do artigo 71 da Lei n.º 8.666/93.

No mesmo sentido os seguintes julgados do TST:

RECURSO DE REVISTA - MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO-CONVÊNIO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - NÃO CONFIGURAÇÃO.

O convênio firmado entre o Município do Rio de Janeiro e a Associação de Moradores e Amigos da Serra Morena não configura contrato administrativo, mas acordo de vontades estabelecido entre o poder público e entidade privada com o intuito de fomentar iniciativas privadas de utilidade pública, não atraindo, por esse motivo, a incidência da responsabilização subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331, IV, desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido (1ª Turma, RR-1.241/2003-031-01-00.0, j. 7.11.2007, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DJ de 14/12/07).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Federação Metropolitana de Centros Comunitários e Associações de Moradores emecam, visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família, não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a

⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 229. O STF já entendeu não precisar de licitação (Inq. 1.957-PR, Rel. Min. Carlos Velloso, em 11.5.2005, Informativo STF n.º 387, maio de 2005).



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil objetivando mútua cooperação. Precedentes desta Corte superior (RR-114/2006-014-08-00.2, Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ de 11/10/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Comissão de Bairros de Belém visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil objetivando mútua cooperação. Precedentes desta Corte superior (RR-1.074/2005-003-08-00.1, Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ de 11/10/2007).

RECURSO DE REVISTA - CONVÊNIO CELEBRADO COM ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - INAPLICABILIDADE. Do fato do convênio não se confundir com contrato administrativo, não se há de falar em terceirização de serviços, tampouco em responsabilização subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331 do TST, tendo em vista que houve a celebração de acordo de vontades entre o Município e a entidade privada, com escopo no fomento de atividades de utilidade pública. Ressalte-se que as responsabilidades do ente público, descritas no art. 18 da Lei nº 8.080/90, referem-se à sua competência para avaliar, fiscalizar e controlar a execução dos serviços de utilidade da comunidade prestados pela entidade privada, não se confundindo com a culpa in vigilando, motivo da responsabilização subsidiária, já que não está adstrito ao exame do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa conveniada (RR-553/2006-014-08-40.0, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, DJ 24/8/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Federação Metropolitana de Centros Comunitários e Associações de Moradores FEMECAM visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil, visando à mútua cooperação (RR-1.255/2005-002-08-00.1, j. 5/9/2007, Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. EMPREGADO CONTRATADO POR ENTIDADE PARTICULAR QUE FIRMOU CONVÊNIO COM MUNICÍPIO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. I - Convênio é o acordo de vontades estabelecido entre o Estado e entidades privadas com o escopo de fomentar iniciativas privadas de utilidade pública. II - Não se confunde com terceirização, já que não se trata de contrato, não se aplicando ao caso os termos da Súmula 331 do TST, pois, como o Município não está firmando nenhum tipo de contrato, muito menos de prestação de serviços, não pode ser responsabilizado subsidiariamente. III - As responsabilidades do ente público a que aludem os incisos X e XI do art. 18 da Lei nº 8.080/90 dizem respeito à avaliação, controle e fiscalização da execução dos serviços de saúde por entidades privadas, e não à obrigação do ente público em fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo conveniado, de forma que não há falar em culpa in eligendo e in vigilando. V - Recurso conhecido e provido. VI - Prejudicado o exame dos outros



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

tópicos do recurso de revista (4ª T., RR 161800-84.2005.5.08.0011, j. 20/6/2007, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DJ 10/8/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATAÇÃO DE EMPREGADO POR ENTIDADE PARTICULAR. CONVÊNIO FIRMADO COM O ESTADO DO PARANÁ. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DO TEOR DO ITEM IV DA SÚMULA Nº 331 DESTA CORTE.

1. Ao fomentar a educação ou a saúde - direitos constitucionais sociais insculpidos no artigo 6º da Constituição de 1988, o Estado atua de maneira a efetivar os direitos fundamentais, por todos os meios permitidos em nosso ordenamento jurídico, de forma centralizada ou descentralizada. Nesse contexto, o mero repasse de verbas, por meio de convênio, para a Associação Mantenedora Saint Germain de Curitiba, com vistas à contratação de trabalhadores objetivando a promoção de ensino especial de pessoas carentes, não configura intervenção ou atuação econômica do Estado, mas implementação dos direitos fundamentais sociais, que se erigem em escopos precípuos da nação, motivo pelo qual não se pode reconhecer responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado do Paraná. 2. Recurso de revista conhecido e provido (5ª T., RR v 28.289/2000-005-09-00.2, , j. 27.6.2007, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DJ 10.8.2007).

A Orientação Jurisprudencial nº 185 da SDI-I do TST pode ser aplicada por analogia em casos de convênios:

“Contrato de trabalho com a Associação de Pais e Mestres - APM. Inexistência de responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado.

O Estado-Membro não é responsável subsidiária ou solidariamente com a Associação de Pais e Mestres pelos encargos trabalhistas dos empregados contratados por esta última, que deverão ser suportados integral e exclusivamente pelo real empregador”.

Não existe responsabilidade subsidiária do ente público quando celebra convênio com outras instituições, seja por falta de previsão legal ou pelo fato de que o convênio não é exatamente uma prestação de serviço. A Súmula 331 do TST não se aplica à questão, pois não se trata de terceirização. Não é, portanto, possível mudar a nota do candidato na questão.

9. A questão 9 foi considerada correta. O candidato não sabe o que está impugnando.

10. Na questão 10 não há exatamente um conceito, como foi pedido na questão, mas indicação de hipóteses de dano existencial.

Flaviana Rampazzo Soares afirma que dano existencial é “a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social”.⁵¹

Leciona Hidemberg Alves da Frota que o “dano existencial se subdivide no dano ao projeto de vida e no dano à vida de relações”.⁵²

Dano existencial é a conduta praticada por alguém que causa à vítima prejuízo à sua vida pessoal, familiar ou social. Não se trata de um dano patrimonial, mas de uma privação que a pessoa sofre. A vítima tem um prejuízo no seu projeto de vida, no seu projeto familiar.

O dano existencial, segundo a Seção Única Suprema Corte de Cassação da Itália, “consiste em cada prejuízo (de natureza não meramente emotiva e interior, mas objetivamente avaliável) provocada por uma ação de fazer do sujeito, que altera o seu costume e

⁵¹ SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 44.

⁵² FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial, Revista do Tribunal Regional da 13ª Região, João Pessoa: v. 17, n.º 1, 2010, p. 204.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

a sua relação própria, induzindo-o a escolha de via diversa quanto à expressão e realização da sua personalidade no mundo externo” (Sentença n.º 6.572/2006).

O candidato não fez a distinção de forma clara entre dano existencial e o moral.

Wilson de Melo da Silva afirma que “danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”.⁵³

Silvio de Salvo Venosa menciona que dano moral é “o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, abrangendo também os direitos da personalidade, direito à imagem, ao nome, à privacidade, etc.”.⁵⁴

Consiste o dano moral na lesão sofrida pela pessoa no tocante à sua personalidade. Compreende, portanto, o dano moral um aspecto não econômico, não patrimonial, mas que atinge a pessoa no seu âmago.⁵⁵

Atinge o dano moral a honra, a intimidade, a imagem da pessoa, a personalidade, o íntimo do ser humano. Implica dor, angústia da pessoa com o ato praticado por alguém.

O dano moral envolve um aborrecimento extremo, um desgosto profundo, uma contrariedade. É uma perturbação da psique do indivíduo.⁵⁶ É o que a pessoa sente.

O dano existencial é algo que causa prejuízo ao empregado em razão da continuidade do ato que deixou de proporcionar ao trabalhador o contato com sua família, com os amigos, de praticar um esporte, etc. Compreende um aspecto de não mais poder fazer aquilo que queria. Pode decorrer da frustração que o trabalhador tem por não ter feito um curso ou ter terminado a faculdade em razão do excesso de trabalho exigido pelo empregador. A pessoa não vai mais poder fazer aquilo que pretendia.⁵⁷

Se o dano é denominado existencial, não é, portanto, moral.

O prejuízo em valor que a pessoa teve é dano material e não dano existencial.

Tem-se dito que o dano moral independe de prova, ou seja, prova-se por si mesmo, presume-se sua existência (*in re ipsa*). Exemplo pode ser da mãe que perdeu o filho. Presume-se que ela tem uma dor moral. Não há necessidade de prova, segundo essa teoria. Ao contrário, no dano existencial, há necessidade de que o autor prove suas alegações para fazer jus a indenização. Não é possível presumir o dano existencial.

A meu ver, a resposta sobre a fixação não é completa. Não foi bem explicada pelo candidato.

Costuma-se dizer que a dor não tem preço, daí porque se fixar um valor para compensá-la e não indenizá-la. No dano existencial, também haverá esse mesmo problema.

O objetivo do valor da indenização é a reparação integral, o *restitutio in integrum*.

⁵³ SILVA, Wilson Melo da. Dano moral e sua reparação. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 1.

⁵⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. Responsabilidade civil. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 35.

⁵⁵ MARTINS, Sergio Pinto. Dano moral decorrente do contrato de trabalho. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23.

⁵⁶ ALMEIDA NETO, Amaro Alves. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista de Direito Privado, n.º 24, outubro-dezembro de 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 34.

⁵⁷ Pontes de Miranda já entendia que havia impropriedade técnica na equiparação de danos extrapatrimoniais ao dano moral (Tratado de direito privado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. XXVI, p. 30-31).



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

O juiz deve levar em conta os seguintes elementos para fixar o valor da

indenização:

- a- situação financeira dos litigantes;
- b- discernimento do ofensor sobre a gravidade do fato;
- c- gravidade do ato;
- d- grau de cultura e posição social do ofensor;
- e- estabelecer punição pedagógica, visando evitar a reincidência no ato;
- f- intensidade do dolo ou da culpa;
- g- a repercussão da ofensa, como na sociedade e no ambiente de trabalho;
- h- posição social do ofendido, verificando a moral do homem médio. Empregados mais conhecidos na empresa devem ter indenização maior se a divulgação é do conhecimento geral.

Dispôs a Lei n.º 12.846/13 sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. O artigo 7.º da Lei n.º 12.846/13 estabeleceu que “serão levados em consideração na aplicação das sanções:

- I - a gravidade da infração;
- II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- III - a consumação ou não da infração;
- IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;
- V - o efeito negativo produzido pela infração;
- VI - a situação econômica do infrator;
- VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;
- VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;
- IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados”.

A Seção Única da Suprema Corte de Cassação de Itália asseverou que a reparabilidade do dano existencial exige, unicamente, a presença da: a- injustiça do dano; b- lesão a uma posição constitucionalmente garantida (Sentença n.º 500/1999).

Deve o magistrado sopesar os itens acima para fixar a justa indenização para cada caso em concreto. Não poderá fixar, porém, a indenização de forma arbitrária. O juiz deverá fixar a indenização de forma prudente e moderada. Não poderá, portanto, fixar indenização de forma exagerada ou desproporcional.

O juiz deve, por conseguinte, ter bom senso na fixação da indenização. Não pode ser fixada indenização exagerada.

Na fixação da indenização por dano deve atentar o juiz para o antigo artigo 400 do Código Civil de 1916, que indica o binômio necessidade/possibilidade na fixação de alimentos: “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”. O artigo 1.695 do Código Civil de 2002 tem uma redação um pouco diferente, mas dá a entender o mesmo: “são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”.

Assim, deve-se usar da razoabilidade na fixação da indenização, da lógica do razoável de que nos fala Recaséns Siches.⁵⁸ Razoável é o comedido, moderado, sensato. O valor é fixado de forma proporcional ao dano cometido.

A indenização deve ser fixada de forma razoável.

⁵⁸ RECASÉNS SICHES, Luis. Nueva filosofía de la interpretación del derecho, México, Fondo de Cultura Económica, 1956.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

A indenização tem objetivos pedagógicos, de evitar que o réu incorra no mesmo ato novamente. Visa desestimular ou inibir situações semelhantes, pois é sabido que o bolso é a parte mais sensível do corpo humano, como se diz no âmbito popular. Tendo o ofensor um dispêndio financeiro com o ato que praticou, vai evitar a prática novamente do mesmo ato.

Como afirma Valdir Florindo: o montante da indenização deve traduzir-se em advertência ao lesante e à sociedade, de que comportamentos dessa ordem não se tolerará.⁵⁹

Leciona Carlos Alberto Bittar que “a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante”.⁶⁰ “Coaduna-se essa postura, ademais, com a própria índole da teoria em debate, possibilitando que se realize com maior ênfase, a sua função inibidora, ou indutora de comportamentos. Com efeito, o peso do ônus financeiro é, em um mundo em que cintilam interesses econômicos, a resposta pecuniária mais adequada a lesionamentos de ordem moral”.⁶¹

A indenização por dano moral não pode, porém, ser fundamento para o enriquecimento do lesado, mas apenas compensar ou reparar o dano causado. Não pode também ser fundamento para arruinar financeiramente o réu, que deixará de pagar a indenização. Não pode constituir um prêmio de loteria. Como afirma Caio Mário da Silva Pereira, a indenização não pode ser “tão grande que converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva”.⁶²

A jurisprudência adotou a mesma orientação:

“... A indenização a ser arbitrada deverá ser, nem tão grande que se converta em enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva, como se extrai da lição escoreita de Caio Mário Pereira da Silva” (TRT 3ª R., 2ª T., RO 21719/99, Rel. Juiz Wanderson A da Silva, DJ MG 21.6.2000, p. 17, RDT 07/00, p. 53).

Dispõe o artigo 953 do Código Civil que a indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. O parágrafo único do artigo 953 do Código Civil determina que se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. Isso foi regamente feito.

Não cabe, portanto, o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem liberdade para essa valoração.

⁵⁹ FLORINDO, Valdir. Dano moral e o Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, p. 206.

⁶⁰ BITTAR, Carlos Alberto. A reparação civil por danos morais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 220.

⁶¹ BITTAR, Carlos Alberto. A reparação civil por danos morais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 222.

⁶² PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro. Forense, 1990, p. 176.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se faça. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

A finalidade do recurso não é rever praticamente toda a prova, como pretende o recorrente.

O examinador não tem de ficar explicando o que o candidato acertou ou errou na questão para justificar a nota dada. Não se está na Faculdade de Direito para justificar a correção da questão ao candidato.

Em síntese, a pretensão do candidato não merece acolhimento, cumprindo assinalar que todas as respostas foram cuidadosamente analisadas pelos membros da comissão examinadora, não havendo registro de atribuição de nota no caderno de prova para assegurar a independência de cada integrante, ao avaliar a compreensão da questão pelo candidato, fundamentação adequada, conhecimento da língua pátria e da existência de relevante controvérsia em nível doutrinário e jurisprudencial.

Pelo exposto, conheço do recurso e, no mérito, **nego-lhe provimento**, mantendo as notas que foram atribuídas ao candidato recorrente.

São Paulo, 12 de novembro de 2015.

Sergio Pinto Martins

Relator

Nº do Recurso

RECURSO Nº 07

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro.

VOTO (RELATOR)

Natureza: **RECURSO Nº 07 – XL Concurso para Ingresso na Magistratura**

Recorrente: Candidato 593

Identificação do Candidato

Cláudio Felippio



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Relator: Desembargador Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro

Notas do Candidato: Examinadores:

Dr. Sergio Pinto Martins: 5,0

Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro: 5,25

Dr. Geraldo Baraldi Júnior: 5,5

Vistos, etc.

1. O candidato pede a majoração da sua nota na 1ª prova discursiva. Para tanto, o candidato tenta justificar as ideias defendidas nas respostas de 10 questões. De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 – (...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2. O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um “segundo turno” de avaliações das provas. O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3. A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. E isso foi rigidamente feito.

4. Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5. E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6. Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

7. Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

8. Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, NEGOU PROVIMENTO do recurso.

São Paulo, 29 de outubro de 2015.

DR. RAFAEL E. PUGLIESE RIBEIRO

Desembargador Federal do Trabalho

Relator

DR. SÉRGIO PINTO MARTINS

Desembargador Federal

RECURSO Nº 08

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Ilmo. Sr. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

DR. GERALDO BARALDI JÚNIOR

Rep. Ordem dos Advogados do Brasil

Guilherme Köpfer Carlos de Souza

VOTO (RELATOR)

Recurso interposto quanto às notas apresentadas pela Banca Examinadora da primeira prova escrita da segunda fase do concurso.

Recurso 08

Prova: 485

Vistos, etc.

Trata-se de recurso interposto por candidato que realizou prova escrita acima destacada na segunda fase do Concurso para o cargo de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região.

Em resumo, sustenta que as notas finais atribuídas pelos Examinadores devem ser majoradas pelas razões constantes do apelo.

É o relatório

VOTO

Inicialmente, enfatiza-se que o candidato não obteve aprovação no certame de nenhum dos 03 examinadores da banca já que suas notas foram 5,50, 5,50 e 5,50 respectivamente.

De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

E no Edital:

7.2.8 –

(...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2.

O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um segundo turno de avaliações das provas.

O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”

E isso foi regidamente feito.

4.

Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor.

A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5.

E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato.

Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial).

Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, nada há para ser alterado.

DO EXPOSTO,

CONHEÇO do recurso interposto pelo candidato autor da prova nº “485” da primeira prova escrita da segunda fase do LX Concurso para provimento do cargo de Juiz Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região e, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO** para manter as notas que lhe foram atribuídas quando da correção de sua prova pela Banca Examinadora.

Geraldo Baraldi Junior
- Relator -

Nº do Recurso

RECURSO Nº 09

Identificação do Candidato

Augusto Alves Castelo Branco de Souza

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins.

VOTO (RELATOR)

Vistos, examinados, etc.

Trata-se de recurso interposto em face do resultado obtido na 1ª prova escrita discursiva – 2ª etapa do XXXIX Concurso para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, identificado com o número 9. Impugna a correção das questões de 1 a 10. Pede a revisão das notas da questão.

É o relatório.

Decide-se:

1. Conheço do recurso, eis que regular e tempestivo, conforme certificado pela Secretaria da Comissão do Concurso a fls. 02.

2. No mérito, verifica-se que o candidato, apesar da vista de prova a que teve direito e do tempo transcorrido para melhor reflexão sobre as questões, não foi capaz de promover uma autocrítica e identificar as próprias falhas, pretendendo estabelecer um diálogo com a Comissão Examinadora.

O candidato pede a revisão das notas das questões, mas não constam anotações na sua prova a respeito de qual nota foi dada a cada uma das questões. Não sabe o candidato qual nota foi dada a cada questão para se falar em aumentar sua nota.

3. Na questão 1, o candidato fala sobre risco de mercado, equilíbrio econômico.

A resposta está absolutamente errada, pois o lay off é a suspensão dos efeitos do contrato de trabalho para qualificação profissional. Tem fundamento no artigo 476-A da CLT.

Não foi perguntado na questão se é tipo de flexibilização, pois o conjunto da resposta, contida na prova, mostra que o candidato não sabe o que é lay off.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

O candidato colocou no recurso o artigo 476 da CLT, que não consta da prova.

O candidato pretende que a sua resposta seja considerada correta, porém a questão é avaliada pela banca, que considerou a resposta errada.

Não é possível dar nenhuma nota na questão.

4. Na letra a, da questão 2, a resposta é não há relação jurídica. A questão não tinha de ser respondida com base nos artigos 688 e 746 do CPC.

Na letra b, a resposta é a previsão do parágrafo único do artigo 130 do CTN. O tópico não era para ser respondido com base no artigo 186 do CTN.

A letra c, foi considerada em parte a resposta.

5. Na questão 3, não existe resposta a conceito, que é estabelecer gênero próximo e diferença específica. Não é o que se verifica na prova.

Não foi estabelecida diferença específica entre greve ilegal e abusiva.

O candidato não merece nota 1.

6. Na questão 4, não foi falado sobre o titular do direito e se o Presidente do TRT poderia instaurar o dissídio coletivo.

O Presidente do TRT não é titular do direito de ação. Titulares do direito são os trabalhadores.

O Ministério Público do Trabalho só pode instaurar o dissídio em caso de greve em atividades essenciais e desde que haja prejuízo ao interesse público (§3.º do artigo 114 da Constituição).

Não é possível dar 1,0 na resposta à questão.

7. Na questão 5, a resposta não tinha de ser dada com base no artigo 21, XXIV, da Constituição, mas com base no inciso XI do artigo 5.º da Constituição.

Não foi falado sobre crime de trabalho escravo no domicílio.

Não é possível dar nota integral à questão.

8. Na questão 6, não foi feita a correta distinção entre fundação pública e privada.

Determina o inciso IV do artigo 5.º do artigo do Decreto-lei n.º 200/67 que fundação pública é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

Dispõe o inciso XIX do artigo 37 da Constituição que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”. Essa lei complementar não existe até o momento.

Distingue-se a fundação pública da fundação privada.

As fundações privadas são pessoas jurídicas de direito privado (art. 44, III, do Código Civil). A fundação privada será criada por escritura pública ou testamento, com dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. (art. 62 do Código Civil). A fundação privada somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência. A fundação pública será criada por lei ou a lei autorizará a sua criação. Não será criada a fundação pública por escritura pública ou por testamento.

Afirma Adilson de Abreu Dallari que “quando a lei cria diretamente uma fundação tem-se uma fundação pública, dotada de personalidade de direito público, até porque a



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

lei não pode criar pessoa privada”.⁶³ É o que ocorre quando a fundação é instituída por lei federal, estadual ou municipal. A Administração Pública direta ou indireta está sujeita ao princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição), a só fazer aquilo que a lei determina.

Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona que a fundação tem natureza pública quando “é instituída pelo poder público com patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e, destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de auto administração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei”.⁶⁴ Destaca as suas características: a- dotação patrimonial ou inicial do ente governamental; b- personalidade jurídica; c- desempenho de atividade atribuída ao Estado no âmbito social; d- capacidade auto-administrativa; e- sujeição ao controle administrativo ou tutela por parte da Administração direta.⁶⁵

Celso Antonio Bandeira de Mello leciona que “é absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as fundações públicas são pessoas de Direito Privado. Na verdade, são pessoas de Direito Público,...; Saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda, que se lhe atribua outra qualificação. Entretanto, foram batizadas de pessoas de Direito Privado apenas para se evadirem destes controles moralizadores ou, então, para permitir que seus agentes acumulassem cargos e empregos, o que lhes seria vedado se fossem reconhecidas como pessoas de Direito Público”.⁶⁶

A fundação pública não tem fins lucrativos. É formada por meio de dotação do Estado. São recursos da Fundação as dotações, subvenções, contribuições que o Estado anualmente consignar em seus orçamentos. No caso de extinção da fundação, seus bens e direitos são incorporados ao patrimônio do ente público que a criou.

Tem direito a fundação pública a isenção de tributos em relação ao ente da Administração Pública que pertencer.

A fundação pública não pode aplicar em despesas administrativas, inclusive de pessoal, mais que determinado percentual do seu orçamento. Isso também mostra que se trata de determinação de Direito Administrativo.

Atendidos tais requisitos a fundação é considerada pública e não privada.

O STF já afirmou que “nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o §2.º do art. 99 da Constituição Federal” (RE 101.126/84, Rel. Min. Moreira Alves).

A jurisprudência do TST indica quando a fundação é considerada pública:

FUNDAÇÃO PÚBLICA. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. ESTABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. 1 - Reconhecidamente criada por lei, com fins

⁶³ DALLARI, Adilson de Abreu. Regime constitucional dos servidores públicos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 44.

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 320.

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, p. 320.

⁶⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 15ª ed, São Paulo: Malheiros, 2003, 169.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

assistenciais de indiscutível escopo público e alcance social, a FURP, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, reveste-se de natureza eminentemente pública, devendo reger-se pelas normas e princípios de Direito Público.

2 - Consoante o disposto no artigo 19 do ADCT, a estabilidade especial no serviço público abarca os servidores das fundações públicas que já estavam em exercício há, pelo menos, cinco anos continuados na data da promulgação da Constituição Federal e que não tenham sido admitidos por meio concurso público.

3 - Na hipótese, o reclamante foi admitido em 2/4/1982, vindo a ser dispensado em 9/8/1994, quando contava com mais de 13 (treze) anos de serviço continuado para a Fundação. Atendidos todos os requisitos constantes do artigo 19 do ADCT, necessários para assegurar a estabilidade no emprego, dá-se provimento ao recurso de revista para determinar a reintegração do reclamante no emprego. (1ª Turma, RR - 689676-57.2000.5.02.0314, j. 2/4/2008, Relator Ministro: Lélío Bentes Corrêa, DJ 2/5/2008).

FUNDAÇÃO PÚBLICA. ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL. ARTIGO 19 DO ADCT/CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. FURP. A fundação pública, cuja noção está definida pelo artigo 5º, inciso IV e § 3º, do Decreto-Lei nº 200/67, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, ostenta natureza pública, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988, em face do que consta especialmente da redação dos seus artigos 37, XIX, 39 e 40, caput. Seus empregados, assim, são abarcados pela estabilidade especial no serviço público regulada pelo artigo 19 do ADCT, que também alude expressamente aos servidores das fundações públicas, desde que observados os requisitos delineados no seu caput e parágrafos, sendo, portanto, nula a dispensa do servidor nessas circunstâncias, porquanto implementados todos os pressupostos de natureza constitucional para a referida estabilização, daí por que se lhe assegura a reintegração no serviço público do qual fora ilícitamente afastado. Incidência dos arts. 37, XIX, e 39 da Constituição Federal e 19 do ADCT. Recurso do reclamante conhecido e provido (1ª Turma, RR - 678030-43.2000.5.02.5555, j. 24/9/2003, Relator Ministro: Lélío Bentes Corrêa, DJ 5/3/2004).

Sendo Fundação Pública, o processamento da execução é por precatório (art. 100 da Constituição). O TST já decidiu no mesmo sentido em relação a reclamada, por considerá-la Fundação Pública (TST, 5ª T., AIRR 1.576/1995-311-02-40.6, j. 25.6.2008, Rel. Min. Brito Pereira, DJ 01/08/2008; 1ª T., ED-RR 788.028/01.8, j. 25.5.2005, Rel. Guilherme Augusto Caputo Bastos).

Têm direito à isenção das custas as fundações públicas federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica (art. 790-A da CLT).

As fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que não explorem atividade econômica têm direito a dispensa do depósito recursal, prazo em quádruplo para ser marcada audiência (art. 841 da CLT) e em dobro para recorrer, remessa de ofício das decisões que lhe sejam total ou parcialmente contrárias. Está dispensada de fazer assistência no sindicato na rescisão do contrato de trabalho (art. 1º do Decreto-lei n.º 779/69). Não estão sujeitas as fundações ao procedimento sumaríssimo (§ único do art. 852-A da CLT).

Os empregados da fundação pública são admitidos por concurso público (art. 37, II, da Constituição, S. 331, II, do TST).

A Justiça do Trabalho tem competência para examinar as ações propostas por trabalhadores contra as fundações públicas, se forem empregados públicos (art. 114, I, da Constituição). Será incompetente a Justiça do Trabalho para tratar de ações de funcionários públicos, que têm regime estatutário, propostas contra fundações públicas, segundo o entendimento do STF (ADIn 3.395-6/DF, j. 5.4.06, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU 10.11.2006).



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Se o empregado tiver cinco anos de trabalho antes da vigência da Constituição de 1988, tem direito a estabilidade (art. 19 do ADCT).

O artigo 173 da Constituição e seu parágrafo 1.º não tratam de fundação pública.

O candidato falou apenas sobre isenção de despesas judiciais, mas não especificou quais são; regime de precatório e artigo 467 da CLT e não quanto aos outros aspectos. Sua resposta à questão 6 é incompleta e insuficiente para obter nota maior.

Foi atribuída nota mínima à questão, mas foi atribuída.

9. Na questão 7, embora o candidato tenha feito referência a suspensão do contrato de trabalho, que, na verdade, deveria dos efeitos do contrato de trabalho; e da alteração da Lei n.º 13.063/14, faltou falar melhor do fato de que a aposentadoria depende do exame médico, ou seja, o médico é que tem de avaliar e dos cinco anos, previstos na lei trabalhista.

Não é possível dar nota integral à questão.

10. Na questão 8, não foi dito o que é o convênio e, no entender da banca, não existe responsabilidade subsidiária.

Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro que convênio é uma “forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”.⁶⁷

O convênio compreende um objetivo comum, parceria, cooperação. No convênio não existe exatamente tomador dos serviços.

Convênio é “o ajuste entre órgão ou entidades do poder público ou entre estes e entidades privadas, visando à realização de projetos ou atividades de interesse comum, em regime de mútua cooperação”.⁶⁸

Convênios administrativos “são convenções, mas não contratos, pois nestes as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultante e não soma), ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns”.⁶⁹

Convênios “administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”.⁷⁰

Alexandre Mazza assevera que “convênio é o acordo administrativo multilateral firmado entre entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, visando a cooperação recíproca para alcançar objetivos de interesse comum a todos os conveniados”.⁷¹

Afirma Irene Nohara que “os convênios abarcam interesses recíprocos com metas institucionais comuns e objetivam, portanto, um resultado comum alcançado mediante mútua colaboração”.⁷²

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

⁶⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 244.

⁶⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 676.

⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 358.

⁷¹ MAZZA, Alexandre. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 456.

⁷² NOHARA, Irene Patrícia. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 461.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

O convênio não é um contrato,⁷³ mas um ajuste administrativo.⁷⁴ O objetivo é um resultado comum, mediante mútua colaboração. Nos contratos as vontades são antagônicas; os interesses são opostos e diversos.

Os convênios são atos complexos. São acordos de vontades não contratuais celebrados pelo ente público e outra pessoa. São acordos de cooperação.

No convênio e na parceria há colaboração mútua e não prestação de serviços ao ente público.

Nos convênios, os interesses são recíprocos e os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns, reunindo-se para alcançá-los. Objetiva um resultado comum, com mútua colaboração.

Nos convênios e em outros ajustes similares não existe a “estipulação de obrigações recíprocas”.

Assevera Maria Sylvania Zanella Di Pietro sobre o convênio:

“O convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas.

O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei nº 8.666/93, quando, no art. 116, *caput*, determina que suas normas se aplicam aos convênios “no que couber”. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos artigos 1º e 2º”.⁷⁵

Leciona José dos Santos Carvalho Filho:

“No contrato, os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Nesse tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a cooperação, e não o lucro procurado por celebrar contratos.

(...) Nos convênios, ao revés, podem ser vários os polos, havendo um inter-relacionamento múltiplo, de modo que cada participante tem, na verdade, relação jurídica com cada um dos integrantes dos demais pólos”.⁷⁶

Para legislar sobre a matéria de licitação e contratos, observa a Administração Pública o disposto no XXVII do artigo 22 da Constituição.

Dispõe o artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 que: “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

Pode ocorrer de o convênio exigir licitação e em outros casos não. O artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 usa a expressão “no que couber”. Logo, pode não ser exigida a licitação no convênio, se não couber.

Ensina José dos Santos Carvalho Filho:

“A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra. É verdade que a Lei 8.666/93 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação ocorre no que couber. Como é lógico, raramente será possível a competitividade que

⁷³ No mesmo sentido MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 21ª ed. São Paulo: Malheiros. 1990, p. 358. Há também julgamento nesse sentido no STF (RTJ 141/619).

⁷⁴ GASPARINI, Diógenes. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 303.

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 28ª edição, São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

⁷⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28ª edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 228.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. Por outro lado, no verdadeiro convênio inexistente perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação”.⁷⁷

A celebração de convênio depende de prévia aprovação pela organização interessada, como se extrai do parágrafo 1º do artigo 116 da citada lei:

“A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações...”.

No convênio administrativo, quando do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da entidade conveniada, não existe intervenção por parte do ente público, não podendo lhe ser imposto o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo conveniado.

Quando a Administração Pública se utiliza de licitação e nos casos de celebração de convênio, não se pode falar em responsabilidade subsidiária.

O parágrafo 6.º do artigo 37 da Constituição se aplica quando a Administração Pública é prestadora de serviço público ou por delegação a particular. Na terceirização, a Administração Pública é tomadora do serviço.

A Administração Pública age de acordo com o princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição). Observa o procedimento de licitação (art. 37, XXI, da Constituição) na contratação de prestadores de serviços.

A utilização de licitação, regra geral, é a forma pela qual são praticados os atos da Administração Pública. As instituições são contratadas mediante concorrência pública.

Não existe culpa in eligendo em razão da necessidade de ser feita licitação para a contratação do prestador de serviço.

Na relação de convênio não existe terceirização de mão de obra. O caso, portanto, não é de aplicação do inciso IV da Súmula 331 do TST. O TST inclusive mudou a redação do referido inciso, não mais constando a exclusão da aplicação do parágrafo 1.º do artigo 71 da Lei n.º 8.666/93.

No mesmo sentido os seguintes julgados do TST:

RECURSO DE REVISTA - MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO-CONVÊNIO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - NÃO CONFIGURAÇÃO.

O convênio firmado entre o Município do Rio de Janeiro e a Associação de Moradores e Amigos da Serra Morena não configura contrato administrativo, mas acordo de vontades estabelecido entre o poder público e entidade privada com o intuito de fomentar iniciativas privadas de utilidade pública, não atraindo, por esse motivo, a incidência da responsabilização subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331, IV, desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido (1ª Turma, RR-1.241/2003-031-01-00.0, j. 7.11.2007, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DJ de 14/12/07).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Federação Metropolitana de Centros Comunitários e Associações de Moradores Femecam, visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família, não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a

⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 229. O STF já entendeu não precisar de licitação (Inq. 1.957-PR, Rel. Min. Carlos Velloso, em 11.5.2005, Informativo STF n.º 387, maio de 2005).



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil objetivando mútua cooperação. Precedentes desta Corte superior (RR-114/2006-014-08-00.2, Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ de 11/10/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Comissão de Bairros de Belém visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil objetivando mútua cooperação. Precedentes desta Corte superior (RR-1.074/2005-003-08-00.1, Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ de 11/10/2007).

RECURSO DE REVISTA - CONVÊNIO CELEBRADO COM ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - INAPLICABILIDADE. Do fato do convênio não se confundir com contrato administrativo, não se há de falar em terceirização de serviços, tampouco em responsabilização subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331 do TST, tendo em vista que houve a celebração de acordo de vontades entre o Município e a entidade privada, com escopo no fomento de atividades de utilidade pública. Ressalte-se que as responsabilidades do ente público, descritas no art. 18 da Lei nº 8.080/90, referem-se à sua competência para avaliar, fiscalizar e controlar a execução dos serviços de utilidade da comunidade prestados pela entidade privada, não se confundindo com a culpa in vigilando, motivo da responsabilização subsidiária, já que não está adstrito ao exame do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa conveniada (RR-553/2006-014-08-40.0, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, DJ 24/8/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Federação Metropolitana de Centros Comunitários e Associações de Moradores FEMECAM visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil, visando à mútua cooperação (RR-1.255/2005-002-08-00.1, j. 5/9/2007, Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. EMPREGADO CONTRATADO POR ENTIDADE PARTICULAR QUE FIRMOU CONVÊNIO COM MUNICÍPIO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. I - Convênio é o acordo de vontades estabelecido entre o Estado e entidades privadas com o escopo de fomentar iniciativas privadas de utilidade pública. II - Não se confunde com terceirização, já que não se trata de contrato, não se aplicando ao caso os termos da Súmula 331 do TST, pois, como o Município não está firmando nenhum tipo de contrato, muito menos de prestação de serviços, não pode ser responsabilizado subsidiariamente. III - As responsabilidades do ente público a que aludem os incisos X e XI do art. 18 da Lei nº 8.080/90 dizem respeito à avaliação, controle e fiscalização da execução dos serviços de saúde por entidades privadas, e não à obrigação do ente público em fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo conveniado, de forma que não há falar em culpa in eligendo e in vigilando. V - Recurso conhecido e provido. VI - Prejudicado o exame dos outros



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

tópicos do recurso de revista (4ª T., RR 161800-84.2005.5.08.0011, j. 20/6/2007, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DJ 10/8/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATAÇÃO DE EMPREGADO POR ENTIDADE PARTICULAR. CONVÊNIO FIRMADO COM O ESTADO DO PARANÁ. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DO TEOR DO ITEM IV DA SÚMULA Nº 331 DESTA CORTE.

1. Ao fomentar a educação ou a saúde - direitos constitucionais sociais insculpidos no artigo 6º da Constituição de 1988, o Estado atua de maneira a efetivar os direitos fundamentais, por todos os meios permitidos em nosso ordenamento jurídico, de forma centralizada ou descentralizada. Nesse contexto, o mero repasse de verbas, por meio de convênio, para a Associação Mantenedora Saint Germain de Curitiba, com vistas à contratação de trabalhadores objetivando a promoção de ensino especial de pessoas carentes, não configura intervenção ou atuação econômica do Estado, mas implementação dos direitos fundamentais sociais, que se erigem em escopos precípuos da nação, motivo pelo qual não se pode reconhecer responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado do Paraná. 2. Recurso de revista conhecido e provido (5ª T., RR v 28.289/2000-005-09-00.2, , j. 27.6.2007, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DJ 10.8.2007).

A Orientação Jurisprudencial nº 185 da SDI-I do TST pode ser aplicada por analogia em casos de convênios:

“Contrato de trabalho com a Associação de Pais e Mestres - APM. Inexistência de responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado.

O Estado-Membro não é responsável subsidiária ou solidariamente com a Associação de Pais e Mestres pelos encargos trabalhistas dos empregados contratados por esta última, que deverão ser suportados integral e exclusivamente pelo real empregador”.

Não existe responsabilidade subsidiária do ente público quando celebra convênio com outras instituições, seja por falta de previsão legal ou pelo fato de que o convênio não é exatamente uma prestação de serviço. A Súmula 331 do TST não se aplica à questão, pois não se trata de terceirização. Não é, portanto, possível mudar a nota do candidato na questão.

A jurisprudência citada no recurso não consta da prova.

11. Na questão 9, foi feita resposta genérica citando o artigo 600 do CPC, o artigo 50 do Código Civil e o artigo 28 do CDC.

Não foi explicado o que é a despersonalização inversa.

Não há resposta à questão.

12. Na questão 10, não foi estabelecida distinção entre o dano existencial e o moral, falando apenas em gênero e espécie.

Também não está bem explicada a cumulação.

O dano existencial, segundo a Seção Única Suprema Corte de Cassação da Itália, “consiste em cada prejuízo (de natureza não meramente emotiva e interior, mas objetivamente avaliável) provocada por uma ação de fazer do sujeito, que altera o seu costume e a sua relação própria, induzindo-o a escolha de via diversa quanto à expressão e realização da sua personalidade no mundo externo” (Sentença n.º 6.572/2006).

O candidato não fez a distinção de forma clara entre dano existencial e o moral.

Wilson de Melo da Silva afirma que “danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”.⁷⁸

Silvio de Salvo Venosa menciona que dano moral é “o prejuízo que afeta o

⁷⁸ SILVA, Wilson Melo da. Dano moral e sua reparação. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 1.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, abrangendo também os direitos da personalidade, direito à imagem, ao nome, à privacidade, etc.”.⁷⁹

Consiste o dano moral na lesão sofrida pela pessoa no tocante à sua personalidade. Compreende, portanto, o dano moral um aspecto não econômico, não patrimonial, mas que atinge a pessoa no seu âmago.⁸⁰

Atinge o dano moral a honra, a intimidade, a imagem da pessoa, a personalidade, o íntimo do ser humano. Implica dor, angústia da pessoa com o ato praticado por alguém.

O dano moral envolve um aborrecimento extremo, um desgosto profundo, uma contrariedade. É uma perturbação da psique do indivíduo.⁸¹ É o que a pessoa sente.

O dano existencial é algo que causa prejuízo ao empregado em razão da continuidade do ato que deixou de proporcionar ao trabalhador o contato com sua família, com os amigos, de praticar um esporte, etc. Compreende um aspecto de não mais poder fazer aquilo que queria. Pode decorrer da frustração que o trabalhador tem por não ter feito um curso ou ter terminado a faculdade em razão do excesso de trabalho exigido pelo empregador. A pessoa não vai mais poder fazer aquilo que pretendia.⁸²

Se o dano é denominado existencial, não é, portanto, moral.

O prejuízo em valor que a pessoa teve é dano material e não dano existencial.

Tem-se dito que o dano moral independe de prova, ou seja, prova-se por si mesmo, presume-se sua existência (*in re ipsa*). Exemplo pode ser da mãe que perdeu o filho. Presume-se que ela tem uma dor moral. Não há necessidade de prova, segundo essa teoria. Ao contrário, no dano existencial, há necessidade de que o autor prove suas alegações para fazer jus a indenização. Não é possível presumir o dano existencial.

Se o dano é decorrente de situações distintas ou se é possível separar cada uma delas, será possível também a cumulação da indenização por danos morais e existenciais. Não há proibição na legislação a respeito da cumulação de danos.

Um fato pode dar origem a um dano moral e ao dano estético. A pessoa se sente violada na sua intimidade e teve um dano estético. As indenizações são cumuláveis.

Mostra a Súmula 37 do STJ que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. A Súmula 387 do STJ afirma que é lícita a cumulação “das indenizações de dano estético e dano moral”. **Não há resposta nesse sentido na prova.**

Se, porém, o dano é decorrente do mesmo fato, a parte não vai ter direito a uma indenização por dano moral e a outra indenização por dano existencial. Aparentemente, uma indenização vai compreender a outra.

Costuma-se dizer que a dor não tem preço, daí porque se fixar um valor para compensá-la e não indenizá-la. No dano existencial, também haverá esse mesmo problema.

O objetivo do valor da indenização é a reparação integral, o *restitutio in integrum*.

⁷⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. Responsabilidade civil. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 35.

⁸⁰ MARTINS, Sergio Pinto. Dano moral decorrente do contrato de trabalho. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23.

⁸¹ ALMEIDA NETO, Amaro Alves. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista de Direito Privado, n.º 24, outubro-dezembro de 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 34.

⁸² Pontes de Miranda já entendia que havia impropriedade técnica na equiparação de danos extrapatrimoniais ao dano moral (Tratado de direito privado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. XXVI, p. 30-31).



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

O conceito foi considerado, assim como a fixação. Logo, não é possível alterar sua nota.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. Isso foi regidamente feito.

Não cabe, portanto, o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem liberdade para essa valoração.

Há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se faça. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

A finalidade do recurso não é rever toda a prova, como pretende o recorrente.

O examinador não tem de ficar explicando o que o candidato acertou ou errou na questão para justificar a nota dada. Não se está na Faculdade de Direito para justificar a correção da questão ao candidato.

Em síntese, a pretensão do candidato não merece acolhimento, cumprindo assinalar que todas as respostas foram cuidadosamente analisadas pelos membros da comissão examinadora, não havendo registro de atribuição de nota no caderno de prova para assegurar a independência de cada integrante, ao avaliar a compreensão da questão pelo candidato, fundamentação adequada, conhecimento da língua pátria e da existência de relevante controvérsia em nível doutrinário e jurisprudencial.

Pelo exposto, conheço do recurso e, no mérito, **nego-lhe provimento**, mantendo as notas que foram atribuídas ao candidato recorrente.

São Paulo, 12 de novembro de 2015.

Sergio Pinto Martins

Relator

Nº do Recurso
RECURSO Nº 10

Identificação do Candidato
Leonardo Volpe Pinhabel



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro.

VOTO (RELATOR)

Natureza: **RECURSO Nº 10 – XL Concurso para Ingresso na Magistratura**
Recorrente: Candidato 306
Relator: Desembargador Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro
Notas do Candidato: Examinadores:
Dr. Sergio Pinto Martins: 5,4
Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro: 5,5
Dr. Geraldo Baraldi Júnior: 5,0

Vistos, etc.

1. O candidato pede a majoração da sua nota na 1ª prova discursiva. Para tanto, o candidato tenta justificar as ideias defendidas nas respostas de 10 questões. De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 – (...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2. O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um “segundo turno” de avaliações das provas. O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3. A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. E isso foi regiadamente feito.

4. Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

5. E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6. Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7. Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

8. Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, NEGOU PROVIMENTO do recurso.

São Paulo, 29 de outubro de 2015.

DR. RAFAEL E. PUGLIESE RIBEIRO

Desembargador Federal do Trabalho

Relator

DR. SÉRGIO PINTO MARTINS

Desembargador Federal

Nº do Recurso

RECURSO Nº 11

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Ilmo. Sr. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

VOTO (RELATOR)

Recurso interposto quanto às notas apresentadas pela Banca Examinadora da primeira prova escrita da segunda fase do concurso.

Recurso 11

Prova: 80

Vistos, etc.

Trata-se de recurso interposto por candidato que realizou prova escrita acima destacada na segunda fase do Concurso para o cargo de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região.

Em resumo, sustenta que as notas finais atribuídas pelos Examinadores devem ser majoradas pelas razões constante do apelo.

É o relatório



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

VOTO

Inicialmente, enfatiza-se que o candidato não obteve aprovação no certame de nenhum dos 03 examinadores da banca já que suas notas foram 5,0, 4,5 e 5,0 respectivamente. Uma ou outra diferença decorre da definição individual de cada examinador.

De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 –

(...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2.

O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um segundo turno de avaliações das provas.

O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”

E isso foi regamente feito.

4.

Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor.

A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5.

E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato.

Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial).

Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas.

Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, nada há para ser alterado.

DO EXPOSTO,

CONHEÇO do recurso interposto pelo candidato autor da prova nº “80” da primeira prova escrita da segunda fase do LX Concurso para provimento do cargo de Juiz Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região e, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO** para manter as notas que lhe foram atribuídas quando da correção de sua prova pela Banca Examinadora.

Geraldo Baraldi Junior

- Relator -

Nº do Recurso

RECURSO Nº 12

Identificação do Candidato

Marcello Popa Di Bernardi

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins.

VOTO (RELATOR)

Vistos, examinados, etc.

Trata-se de recurso interposto em face do resultado obtido na 1ª prova escrita discursiva – 2ª etapa do XXXIX Concurso para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, identificado com o número 12. Afirma que as decisões devem ser fundamentadas. Entende que tem direito a nota 6 e alternativamente pede a divulgação de gabarito..

É o relatório.

Decide-se:

1. Conheço do recurso, eis que regular e tempestivo, conforme certificado pela Secretaria da Comissão do Concurso a fls. 02.

2. No mérito, verifica-se que o candidato, apesar da vista de prova a que teve direito e do tempo transcorrido para melhor reflexão sobre as questões, não foi capaz de



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

promover uma autocrítica e identificar as próprias falhas, pretendendo estabelecer um diálogo com a Comissão Examinadora.

De fato, não constam anotações na sua prova a respeito de qual nota foi dada a cada uma das questões.

Não se está diante de processo judicial ou administrativo para se falar em ampla defesa e contraditório, pois o candidato não está sendo acusado de nada.

O caso não é de processo administrativo para se aplicar a Lei n.º 9.784/99.

Do edital consta que haverá a publicação das notas do resultado. O resultado é em relação aos que passaram na segunda prova.

Mesmo assim, o candidato teve acesso à sua prova e sabe quanto cada examinador lhe atribuiu de nota: 5,0, 4,5 e 5,5.

Não existe previsão no edital de se divulgar gabarito da prova escrita.

Não é possível dar nota 6,0 ao candidato, pois sua prova não merece essa nota. A nota que tinha de ser dada já foi atribuída ao candidato.

Não é o caso de se reabrir prazo recursal.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. Isso foi regimentalmente feito.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, que não foram indicados no recurso.

O examinador não tem de ficar explicando o que o candidato acertou ou errou na questão para justificar a nota dada. Não se está na Faculdade de Direito para justificar a correção de cada questão ao candidato.

Em síntese, a pretensão do candidato não merece acolhimento, cumprindo assinalar que todas as respostas foram cuidadosamente analisadas pelos membros da comissão examinadora, não havendo registro de atribuição de nota no caderno de prova para assegurar a independência de cada integrante, ao avaliar a compreensão da questão pelo candidato, fundamentação adequada, conhecimento da língua pátria e da existência de relevante controvérsia em nível doutrinário e jurisprudencial.

Pelo exposto, conheço do recurso e, no mérito, **nego-lhe provimento**, mantendo as notas que foram atribuídas ao candidato recorrente.

São Paulo, 12 de novembro de 2015.

Sergio Pinto Martins

Relator

Nº do Recurso

RECURSO Nº 13

Identificação do Candidato

Amanda Fanini Gomes

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro.

VOTO (RELATOR)

Natureza: **RECURSO Nº 13 – XL Concurso para Ingresso na Magistratura**



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Recorrente: Candidato 96
Relator: Desembargador Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro
Notas do Candidato: Examinadores:
Dr. Sergio Pinto Martins: 5,0
Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro: 4,5
Dr. Geraldo Baraldi Júnior: 5,0

Vistos, etc.

1. O candidato pede a majoração da sua nota na 1ª prova discursiva. Para tanto, o candidato tenta justificar as ideias defendidas nas respostas de 09 questões, e postula a anulação da questão nº 2, sustentando que versa matéria estranha ao edital.

2. De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 – (...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

3. O recurso interposto pelo candidato impugna uma única questão da prova (questão nº 2). Em relação às outras questões, as razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um “segundo turno” de avaliações das provas. O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

4. A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. E isso foi regiadamente feito.

5. Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

6. E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

7. Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

8. Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

9. DA IMPUGNAÇÃO À QUESTÃO Nº 2. O candidato sustenta que a questão nº 2 versava matéria tributária e esta não se encontrava prevista no edital de concurso. O equívoco do candidato é notório.

9.1. A questão versa sobre uma das realidades do cotidiano do Juiz do Trabalho, alusiva à possibilidade jurídica e utilidade prática de uma alienação de bem imóvel em hasta pública que conte com crédito tributário. A pendência de crédito tributário sobre o bem imóvel adquirido em hasta pública abre questão para numerosas situações jurídicas, que vão desde a inviabilidade de venda do bem, até à solução de incidentes póstumos à alienação, como a possível desistência do arrematante pelo bem, caso não tenha constado do edital os ônus pretéritos. Era muito importante que o candidato soubesse solucionar as duas situações práticas apresentadas, e dentre elas, em especial, a hipótese de o crédito tributário se revelar SUPERIOR ao produto da alienação. Isso estava a exigir do candidato conhecimento sobre a ordem de preferência do crédito trabalhista frente ao crédito tributário, e como solucionar o problema apresentado. A questão não exigiu do candidato NENHUM conceito de direito tributário, nenhuma definição tributária, senão conhecimentos específicos de direito processual, ou seja, conhecimento de arrematação, validade da arrematação, destinação de parte do produto arrecadado para pagamento do crédito tributário e preferência do crédito trabalhista. Não se pediu para definir "fato gerador", não se pediu para definir "crédito tributário". A cultura jurídica do candidato que almeja o cargo de Juiz do Trabalho deve ser apta a solucionar a situação proposta, com a qual ele irá se deparar no exercício da função.

10. Pelo exposto, o recurso não subsiste para a reavaliação de questões, nem para a anulação da questão nº 2, e por isso, **NEGO-LHE PROVIMENTO**.

São Paulo, 29 de outubro de 2015.

DR. RAFAEL E. PUGLIESE RIBEIRO

Desembargador Federal do Trabalho

Relator

DR. SÉRGIO PINTO MARTINS

Desembargador Federal

RECURSO Nº 14

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Ilmo. Sr. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

VOTO (RELATOR)



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Recurso interposto quanto às notas apresentadas pela Banca Examinadora da primeira prova escrita da segunda fase do concurso.

Recurso 14

Prova: 305

Vistos, etc.

Trata-se de recurso interposto por candidato que realizou prova escrita acima destacada na segunda fase do Concurso para o cargo de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região.

Em resumo, sustenta que as notas finais atribuídas pelos Examinadores devem ser majoradas pelas razões constante do apelo.

É o relatório

V O T O

Inicialmente, enfatiza-se que o candidato não obteve aprovação no certame de nenhum dos 03 examinadores da banca já que suas notas foram 5,50, 5,50 e 5,50 respectivamente. Uma ou outra diferença decorria, se fosse o caso, da definição individual de cada examinador.

De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 –

(...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2.

O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um segundo turno de avaliações das provas.

O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”

E isso foi regidamente feito.

4.

Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5.

E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato.

Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial).

Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas.

Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, nada há para ser alterado.

DO EXPOSTO,

CONHEÇO do recurso interposto pelo candidato autor da prova nº “305” da primeira prova escrita da segunda fase do LX Concurso para provimento do cargo de Juiz Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região e, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO** para manter as notas que lhe foram atribuídas quando da correção de sua prova pela Banca Examinadora.

Geraldo Baraldi Junior

-Relator-

Nº do Recurso

RECURSO Nº 15

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins.

VOTO (RELATOR)

Identificação do Candidato

Augusto César Pires Souza Júnior



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Vistos, examinados, etc.

Trata-se de recurso interposto em face do resultado obtido na 1ª prova escrita discursiva – 2ª etapa do XXXIX Concurso para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, identificado com o número 15. Em síntese, afirma que atendeu os requisitos para obter a nota 6. Pretende o candidato a reavaliação dos pontos atribuídos às questões 1, 3, 4, 5, 6, 8, 2, 7, 9 e 10. Pretende a revisão das notas das questões citadas.

É o relatório.

Decide-se:

1. Conheço do recurso, eis que regular e tempestivo, conforme certificado pela Secretaria da Comissão do Concurso a fls. 02.

2. No mérito, verifica-se que o candidato, apesar da vista de prova a que teve direito e do tempo transcorrido para melhor reflexão sobre as questões, não foi capaz de promover uma autocrítica e identificar as próprias falhas, pretendendo estabelecer um diálogo com a Comissão Examinadora.

O candidato pede a revisão das notas das questões, mas não constam anotações na sua prova a respeito de qual nota foi dada a cada uma das questões.

Abordar significa chegar à beira ou borda de; abalroar uma embarcação para tomá-la de assalto. É originária do francês *aborder*. Constitui galicismo desnecessário o emprego da palavra no sentido de tratar de um assunto.⁸³ O candidato não tratou devidamente do foi objeto de questionamento. Não se trata de abordar, mas de tratar.

3. A questão n. 1 foi atribuída nota integral de 1,0 por este relator. Não há, portanto, o que rever. O candidato impugna, portanto, algo que está certo. Não sabe, por conseguinte, o que está impugnando.

4. Na questão 2, eu atribui nota integral ao candidato. Mais uma vez o candidato não sabe o que está impugnando.

5. Na questão 3, não foi perguntado sobre o direito fundamental de greve. Foi perguntado o conceito. O conceito foi mencionado, copiando o artigo 3.º da Lei n.º 7.783/89. Não foi pedido o ponto de vista do TST sobre greve política e de solidariedade, que não é objeto da questão. Não foi pedido para o candidato analisar verbetes do TST sobre o tema. Não faz parte da questão. A distinção entre greve ilegal e abusiva está errada. Por isso, não foi dada integralmente a nota.

6. Na questão 4, não foi falado sobre a possibilidade do Presidente do TRT apresentar o dissídio. Empregador não é titular de direito, pois nada reivindica. Logo, está absolutamente errada essa afirmação. O objeto do dissídio não tem resposta na questão. Não é possível dar nota integral na questão.

7. Na questão 5, o candidato reconhece no recurso que não enfrentou a questão da inviolabilidade do domicílio. Não tratou do crime de trabalho escravo que poderia ocorrer no domicílio. Logo, não pode obter a nota máxima. Não há nada que se falar em entendimentos divergentes, pois isso não foi perguntado na questão e não foi analisado pela banca para efeito da nota da questão.

8. Na questão 6 faltou muita coisa, pois o candidato não estabeleceu a distinção entre a Fundação Pública e Privada. Fez afirmações pontuais, mas não fez a distinção. Esperava-se resposta no seguinte sentido:

Determina o inciso IV do artigo 5.º do artigo do Decreto-lei n.º 200/67 que fundação pública é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia

⁸³ ROMITA, Arion Sayão. Direito do trabalho. Temas em aberto. São Paulo: LTr, 1998, p. 144.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

Dispõe o inciso XIX do artigo 37 da Constituição que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”. Essa lei complementar não existe até o momento.

Distingue-se a fundação pública da fundação privada.

As fundações privadas são pessoas jurídicas de direito privado (art. 44, III, do Código Civil). A fundação privada será criada por escritura pública ou testamento, com dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. (art. 62 do Código Civil). A fundação privada somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência. A fundação pública será criada por lei ou a lei autorizará a sua criação. Não será criada a fundação pública por escritura pública ou por testamento.

Afirma Adilson de Abreu Dallari que “quando a lei cria diretamente uma fundação tem-se uma fundação pública, dotada de personalidade de direito público, até porque a lei não pode criar pessoa privada”.⁸⁴ É o que ocorre quando a fundação é instituída por lei federal, estadual ou municipal. A Administração Pública direta ou indireta está sujeita ao princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição), a só fazer aquilo que a lei determina.

Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona que a fundação tem natureza pública quando “é instituída pelo poder público com patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e, destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de auto administração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei”.⁸⁵ Destaca as suas características: a- dotação patrimonial ou inicial do ente governamental; b- personalidade jurídica; c- desempenho de atividade atribuída ao Estado no âmbito social; d- capacidade auto-administrativa; e- sujeição ao controle administrativo ou tutela por parte da Administração direta.⁸⁶

Celso Antonio Bandeira de Mello leciona que “é absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as fundações públicas são pessoas de Direito Privado. Na verdade, são pessoas de Direito Público,...; Saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda, que se lhe atribua outra qualificação. Entretanto, foram batizadas de pessoas de Direito Privado apenas para se evadirem destes controles moralizadores ou, então, para permitir que seus agentes acumulassem cargos e empregos, o que lhes seria vedado se fossem reconhecidas como pessoas de Direito Público”.⁸⁷

A fundação pública não tem fins lucrativos. É formada por meio de dotação do Estado. São recursos da Fundação as dotações, subvenções, contribuições que o

⁸⁴ DALLARI, Adilson de Abreu. Regime constitucional dos servidores públicos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 44.

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 320.

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, p. 320.

⁸⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 15ª ed, São Paulo: Malheiros, 2003, 169.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Estado anualmente consignar em seus orçamentos. No caso de extinção da fundação, seus bens e direitos são incorporados ao patrimônio do ente público que a criou.

Tem direito a fundação pública a isenção de tributos em relação ao ente da Administração Pública que pertencer.

A fundação pública não pode aplicar em despesas administrativas, inclusive de pessoal, mais que determinado percentual do seu orçamento. Isso também mostra que se trata de determinação de Direito Administrativo.

Atendidos tais requisitos a fundação é considerada pública e não privada.

O STF já afirmou que “nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o §2.º do art. 99 da Constituição Federal” (RE 101.126/84, Rel. Min. Moreira Alves).

A jurisprudência do TST indica quando a fundação é considerada pública:

FUNDAÇÃO PÚBLICA. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. ESTABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. 1 - Reconhecidamente criada por lei, com fins assistenciais de indiscutível escopo público e alcance social, a FURP, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, reveste-se de natureza eminentemente pública, devendo reger-se pelas normas e princípios de Direito Público.

2 - Consoante o disposto no artigo 19 do ADCT, a estabilidade especial no serviço público abarca os servidores das fundações públicas que já estavam em exercício há, pelo menos, cinco anos continuados na data da promulgação da Constituição Federal e que não tenham sido admitidos por meio concurso público.

3 - Na hipótese, o reclamante foi admitido em 2/4/1982, vindo a ser dispensado em 9/8/1994, quando contava com mais de 13 (treze) anos de serviço continuado para a Fundação. Attendidos todos os requisitos constantes do artigo 19 do ADCT, necessários para assegurar a estabilidade no emprego, dá-se provimento ao recurso de revista para determinar a reintegração do reclamante no emprego. (1ª Turma, RR - 689676-57.2000.5.02.0314, j. 2/4/2008, Relator Ministro: Lélío Bentes Corrêa, DJ 2/5/2008).

FUNDAÇÃO PÚBLICA. ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL. ARTIGO 19 DO ADCT/CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. FURP. A fundação pública, cuja noção está definida pelo artigo 5º, inciso IV e § 3º, do Decreto-Lei nº 200/67, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, ostenta natureza pública, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988, em face do que consta especialmente da redação dos seus artigos 37, XIX, 39 e 40, caput. Seus empregados, assim, são abarcados pela estabilidade especial no serviço público regulada pelo artigo 19 do ADCT, que também alude expressamente aos servidores das fundações públicas, desde que observados os requisitos delineados no seu caput e parágrafos, sendo, portanto, nula a dispensa do servidor nessas circunstâncias, porquanto implementados todos os pressupostos de natureza constitucional para a referida estabilização, daí por que se lhe assegura a reintegração no serviço público do qual fora ilícitamente afastado. Incidência dos arts. 37, XIX, e 39 da Constituição Federal e 19 do ADCT. Recurso do reclamante conhecido e provido (1ª Turma, RR - 678030-43.2000.5.02.5555, j. 24/9/2003, Relator Ministro: Lélío Bentes Corrêa, DJ 5/3/2004).

Sendo Fundação Pública, o processamento da execução é por precatório (art. 100 da Constituição). O TST já decidiu no mesmo sentido em relação a reclamada, por considerá-la Fundação Pública (TST, 5ª T., AIRR 1.576/1995-311-02-40.6, j. 25.6.2008,



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Rel. Min. Brito Pereira, DJ 01/08/2008; 1ª T., ED-RR 788.028/01.8, j. 25.5.2005, Rel. Guilherme Augusto Caputo Bastos).

Logo de início o recorrente fala na questão 6 sobre capital de fundação, o que não existe.

Têm direito à isenção das custas as fundações públicas federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica (art. 790-A da CLT).

O candidato não fez referência a prazo em quádruplo para ser marcada audiência (art. 841 da CLT) e em dobro para recorrer, remessa de ofício das decisões que lhe sejam total ou parcialmente contrárias. Está dispensada de fazer assistência no sindicato na rescisão do contrato de trabalho (art. 1º do Decreto-lei n.º 779/69). Não estão sujeitas as fundações ao procedimento sumaríssimo (§ único do art. 852-A da CLT).

Os empregados da fundação pública são admitidos por concurso público (art. 37, II, da Constituição, S. 331, II, do TST), mas podem ser regidos pela CLT (§1.º do art. 2.º da CLT). Não são funcionários públicos, mas se enquadram no gênero servidor público.

A Justiça do Trabalho tem competência para examinar as ações propostas por trabalhadores contra as fundações públicas, se forem empregados públicos (art. 114, I, da Constituição). Será incompetente a Justiça do Trabalho para tratar de ações de funcionários públicos, que têm regime estatutário, propostas contra fundações públicas, segundo o entendimento do STF (ADIn 3.395-6/DF, j. 5.4.06, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU 10.11.2006).

Se o empregado tiver cinco anos de trabalho antes da vigência da Constituição de 1988, tem direito a estabilidade (art. 19 do ADCT).

O candidato falou apenas do regime da CLT e da isenção das custas. Sua resposta à questão 6 é incompleta e insuficiente, mas foram consideradas as demais afirmações feitas na prova. Não é possível alterar a nota.

Na questão 7, as afirmações constantes da prova não são suficientes para mudar a nota.

Não foi pedido para o candidato falar sobre a Súmula 440 e plano de saúde.

O candidato desconhece a alteração dos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91.

A concessão definitiva da aposentadoria por invalidez pode levar muito tempo para ser decidida pelo órgão previdenciário. Enquanto isso, o empregador não sabe o que fazer. Já afirmou Raimundo Cerqueira Ally, sobre prolongamento do afastamento do empregado por doença e a ocupação de imóvel do empregador, que “o problema é crítico e não encontra na lei, na doutrina e na jurisprudência solução plausível”.⁸⁸

Leciona Mozart Victor Russomano que “aposentadoria por invalidez é o benefício decorrente da incapacidade do segurado para o trabalho, sem perspectiva de reabilitação para o exercício de atividade capaz de lhe assegurar a subsistência”.⁸⁹

Dispõe o artigo 475 da CLT, que tem a redação original de 1943, que o empregado aposentado por invalidez tem seu contrato de trabalho suspenso durante o prazo fixado pelas leis de previdência para a efetivação do benefício (art. 475 da CLT). Reza o parágrafo 1.º do artigo 475 da CLT, com a redação determinada pela Lei n.º 4.824, de 5 de novembro de 1965, que recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria.

⁸⁸ ALLY, Raimundo Cerqueira. Normas previdenciárias no direito do trabalho. 3ª ed. São Paulo: IOB, 1989, p. 111.

⁸⁹ RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 135.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Prevvia o parágrafo 3.º do artigo 4.º da Lei n.º 3.332, de 26 de janeiro de 1957, que a aposentadoria por invalidez era definitiva, quando completava cinco anos de vigência.

Determinava o parágrafo 6.º do artigo 27 da Lei n.º 3.807/60 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional. Entendia-se com base nesse dispositivo que, após os 55 anos, a aposentadoria por invalidez era definitiva e o segurado não tinha mais condições de se recuperar, tanto que não mais se exigiam exames médicos.

A Súmula 217 do STF foi editada em 11 de julho de 1963, quando foi publicada no Diário de Justiça da União. Seu fundamento é o artigo 475 da CLT. Esclarece que tem direito de retornar ao emprego, ou ser indenizado em caso de recusa do empregador, o aposentado que recupera a capacidade de trabalho dentro de cinco anos a contar da aposentadoria, que se torna definitiva após esse prazo.

O antigo Prejulgado n.º 37 do TST, de 21 de setembro de 1971, estabeleceu que “cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei”.

Estabelecia o parágrafo 7.º do artigo 6.º da Lei n.º 5.890/73 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional.

Prescrevia o artigo 7.º da Lei n.º 5.890/73 que a aposentadoria por invalidez seria mantida enquanto a incapacidade do segurado persistisse, ficando ele obrigado a submeter-se aos exames que, a qualquer tempo, fossem julgados necessários para verificação da manutenção, ou não, dessas condições. Verificada a recuperação da capacidade de trabalho do segurado aposentado, procedia-se da seguinte forma: I- se, dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria, ou de três anos, contados da data em que terminou o auxílio-doença em cujo gozo se encontrava, for o aposentado declarado apto para o trabalho, o benefício ficará extinto: a- imediatamente, para o segurado empregado, a quem assistirão os direitos resultantes do disposto no artigo 475 e respectivos parágrafos da CLT, valendo como título hábil, para esse fim, o certificado de capacidade fornecido pela previdência social; ... II- se a recuperação da capacidade de trabalho ocorrer após os prazos estabelecidos no item anterior, bem assim quando, a qualquer tempo, essa recuperação não for total, ou for o segurado declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo do trabalho, sendo reduzida em 18 meses até sua extinção.

Estabeleceu o Decreto n.º 83.080/79 (Regulamento de Benefícios da Previdência Social) que “se o segurado é declarado apto para o trabalho após o prazo do item I, se, a qualquer tempo a recuperação não é total ou se o segurado é declarado pela previdência social apto para o trabalho diverso do que anteriormente exercia, a aposentadoria é mantida, sem prejuízo da volta ao trabalho” (art. 119, II). Trabalho é o esforço da pessoa para um determinado fim econômico.

A Resolução Administrativa 102/82 do TST, publicada no Diário de Justiça da União de 11 de outubro de 1982, transformou o Prejulgado 37 na Súmula 160.

A redação do Decreto n.º 89.312/84 é um pouco diferente do regulamento anterior: “Quando a recuperação ocorre após o período do item I, ou não é total, ou o segurado é declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

aposentadoria é mantida, sem prejuízo da volta à atividade” (art. 31, II). Atividade é a atribuição ou serviço desempenhado pela pessoa.

Mostra o artigo 42 da Lei n.º 8.213/91 que o benefício de aposentadoria por invalidez é devido enquanto permanecer nesta condição (for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência).

O inciso I do artigo 47 da Lei n.º 8.213/91 dispõe que quando a recuperação do aposentado por invalidez ocorrer dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a antecedeu sem interrupção, o benefício cessará. Mostra o inciso II do mesmo artigo que se a recuperação for parcial, ou ocorrer após o prazo de cinco anos, ou ainda quando o segurado for declarado apto para o exercício de trabalho diverso do qual habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo da volta à atividade, sendo o benefício extinto no prazo de 18 meses a contar da recuperação da capacidade.

Disponha o artigo 101 da Lei n.º 8.213, na sua redação original, que o segurado em gozo de aposentadoria por invalidez ou de auxílio-doença e o pensionista inválido, enquanto não completassem 55 anos, estavam obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado. Esse artigo teve a redação alterada pela Lei n.º 9.032/95, que não mais fez referência à idade de 55 anos. Assim, não existia mais idade limite de 55 anos para o segurado fazer exames médicos em caso de invalidez para ser considerada definitiva a aposentadoria.

Posteriormente, passou-se a entender que a aposentadoria por invalidez é provisória, pois o segurado pode, em certos casos, recuperar-se.⁹⁰

O STJ já entendeu que a aposentadoria por invalidez não é definitiva, mesmo depois de cinco anos, se o aposentado recupera a capacidade de trabalho (REsp 460.331, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 20.11.2006, DJ 11.12.1006, p. 405).

A Instrução Normativa INSS/ PRES 77, de 21 de janeiro de 2015, afirmava que a perícia médica deveria rever o benefício de aposentadoria por invalidez a cada dois anos (art. 222).

A Súmula 440 do TST afirma que o contrato de trabalho está suspenso na aposentadoria por invalidez, mas o empregado tem de ser mantido no Plano de Saúde.

Outra solução poderia ser que a aposentadoria é compulsória para o empregado que completa 70 anos de idade e para a empregada com 65 anos (art. 51 da Lei n.º 8.213/91). Atingidas as referidas idades, a aposentadoria por invalidez também seria definitiva e não provisória.

Prescreve o artigo 475 da CLT:

“Art. 475 - O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

§ 1º - Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização deverá ser paga na forma do art. 497. ([Redação dada pela Lei nº 4.824, de 5.11.1965](#))

⁹⁰ MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 348.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

§ 2º - Se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da interinidade ao ser celebrado o contrato”.

Sob o ângulo trabalhista, a aposentadoria por invalidez é hipótese de suspensão dos efeitos do contrato de trabalho.

Determina o artigo 475 da CLT que o empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

Não há na lei previdenciária prazo de duração para a efetivação da aposentadoria por invalidez.⁹¹

Em Portugal, por exemplo, a reforma do trabalhador por velhice ou invalidez importa a caducidade do contrato de trabalho (art. 343, c, do Código de Trabalho), com a cessação automática do pacto laboral. Ensina Antonio Lemos de Monteiro Fernandes que a preocupação do legislador foi “de libertar efetivamente postos de trabalho a partir de certo momento - o da obtenção da reforma - preocupação surgida no contexto de uma grave crise de desemprego”.⁹²

O Código de Trabalho português mostra que a suspensão do contrato de trabalho pode fundamentar-se na impossibilidade temporária (art. 330º, 1). Logo, não pode ser definitiva nem durar longo tempo.

A suspensão dos efeitos do contrato de trabalho não poderia ser indefinida, pois causa insegurança jurídica ao empregador, que não sabe quando ou se poderá contar com o empregado que foi aposentado por invalidez.

A aposentadoria por invalidez não é permanente. Ela é provisória até que o médico diga que o trabalhador não tem mais capacidade de recuperação, quando será considerada definitiva.⁹³

A Lei n.º 13.063, de 30 de dezembro de 2014, acrescentou os parágrafos 1.º e 2.º ao artigo 101 da Lei n.º 8.213/91:

“Art. 101. O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

§ 1.º O aposentado por invalidez e o pensionista inválido estarão isentos do exame de que trata o caput após completarem 60 (sessenta) anos de idade.

§ 2.º A isenção de que trata o § 1.º não se aplica quando o exame tem as seguintes finalidades:

I - verificar a necessidade de assistência permanente de outra pessoa para a concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício, conforme dispõe o art. 45;

II - verificar a recuperação da capacidade de trabalho, mediante solicitação do aposentado ou pensionista que se julgar apto;

III - subsidiar autoridade judiciária na concessão de curatela, conforme dispõe o art. 110”.

Na verdade, não se trata de isenção, pois esta diz respeito a dispensa legal do pagamento de tributo. Trata-se da dispensa de se fazer o exame médico.

⁹¹ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários às Súmulas do TST. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.103.

⁹² FERNANDES, Antonio Lemos de Monteiro. Direito do Trabalho. 8ª edição. Coimbra: Almedina, 1992, p. 438.

⁹³ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários á CLT. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 508.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

A norma jurídica regulamentou situação da prática, em que em alguns casos já se deixava de fazer perícia depois do segurado atingir a idade de 60 anos.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia afirma que “há possibilidade de se entender que, após essa idade (60 anos), a situação passa a ter contornos mais definitivos, permitindo a extinção do contrato de trabalho pelo empregador”.⁹⁴

A conclusão que se extrai da alteração feita no parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 é que a partir de 60 anos o INSS não fará mais exame médico pericial o aposentado por invalidez e pensionista inválido não mais está obrigado a fazer exame médico periódico bienal quando completarem 60 anos (§1.º do art. 101 da Lei n.º 8.213), que está de acordo com a idade do idoso (art. 1.º da Lei n.º 10.741/03). Assim, a aposentadoria por invalidez será definitiva. Há presunção legal de que aos 60 anos não precisa ser feita perícia. Logo, os efeitos do contrato de trabalho do empregado com o empregador não estarão mais suspensos, pois estará efetivado o benefício (art. 475 da CLT) e poderá ser rescindido o contrato de trabalho do aposentado por invalidez.

A redação da lei não faz distinção quanto a sexo. Logo, tanto homem como mulher não mais precisam fazer perícia por invalidez depois dos 60 anos.

Com a determinação da Lei n.º 13.063/14 fica derogado o artigo 71 da Lei n.º 8.212/91 não ponto em que exige que o INSS faça revisão periódica do benefício de aposentadoria por invalidez.

Foram estabelecidas três exceções no parágrafo 2.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91 para efeito de continuar a ser feito o exame médico:

- a- se há necessidade de assistência permanente de outra pessoa, referente ao acréscimo de 25%;
- b- se o próprio aposentado solicita retorno ao trabalho;
- c- se a autoridade judiciária solicita a perícia para fins de curatela.

O candidato não fez referência aos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91

A conclusão que se chega hoje é de que a aposentadoria por invalidez, de um modo geral, é provisória. Ela só será definitiva quando o médico assim entender, pois o segurado não é mais susceptível de recuperação. Passados cinco anos da concessão da aposentadoria por invalidez, não importa que ela venha a ser definitiva, pois o trabalhador pode se recuperar.

Leciona Lilian Gonçalves que “não restam dúvidas de que, sob o prisma previdenciário, a aposentadoria por invalidez não pode ser tida como definitiva, irreversível, total, plena e incondicional. Ao contrário, diante dos inquestionáveis e crescentes avanços da medicina, inovações terapêuticas e tecnológicas, bem como do sucesso das técnicas de reabilitação profissional, o trabalhador pode recuperar sua aptidão para o trabalho. Desse modo, o benefício deve ser mantido somente enquanto perdurar a condição de incapacidade, nada justificando onerar o sistema público, quando inexistente verdadeiro fato desencadeador e mantenedor da benesse”.⁹⁵

O empregador, porém, não pode ficar aguardando indefinidamente o empregado, pois necessita de trabalhador para fazer o serviço daquele. Na prática, muitas vezes a empresa contrata substituto interinamente.

Com a nova redação do parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 pode ser dito que a partir de 60 anos o INSS a aposentadoria por invalidez será definitiva, pois não

⁹⁴ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito da seguridade social. São Paulo: Gen/Forense, 2015, p. 399.

⁹⁵ GONÇALVES, Lilian, Aposentadoria por invalidez: Análise crítica de seus efeitos no contrato de trabalho. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2012, p. 55.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

haverá mais necessidade de se fazer exame médico pericial no aposentado por invalidez e pensionista inválido.

Na questão 7 o candidato não tem que falar sobre a decisão do STF, que tem por base os parágrafos do artigo 453 da CLT e é anterior à alteração dos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213.

Na questão 8, o candidato faz referência a terceirização. Convênio não é espécie de terceirização.

Prevê o artigo 241 da Constituição que “a União, os Estados, do Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”. A Lei n.º 13.019, de 31 de julho de 2024, estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias.

Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro que convênio é uma “forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”.⁹⁶

O convênio compreende um objetivo comum, parceria, cooperação. No convênio não existe exatamente tomador dos serviços.

Convênio é “o ajuste entre órgão ou entidades do poder público ou entre estes e entidades privadas, visando à realização de projetos ou atividades de interesse comum, em regime de mútua cooperação”.⁹⁷

Convênios administrativos “são convenções, mas não contratos, pois nestes as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultante e não soma), ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns”.⁹⁸

Convênios “administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”.⁹⁹

Alexandre Mazza assevera que “convênio é o acordo administrativo multilateral firmado entre entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, visando a cooperação recíproca para alcançar objetivos de interesse comum a todos os conveniados”.¹⁰⁰

Afirma Irene Nohara que “os convênios abarcam interesses recíprocos com metas institucionais comuns e objetivam, portanto, um resultado comum alcançado mediante mútua colaboração”.¹⁰¹

O convênio não é um contrato,¹⁰² mas um ajuste administrativo.¹⁰³ O objetivo é um resultado comum, mediante mútua colaboração. Nos contratos as vontades são antagônicas; os interesses são opostos e diversos.

⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

⁹⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 244.

⁹⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 676.

⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 358.

¹⁰⁰ MAZZA, Alexandre. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 456.

¹⁰¹ NOHARA, Irene Patrícia. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 461.

¹⁰² No mesmo sentido MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros. 1990, p. 358. Há também julgamento nesse sentido no STF (RTJ 141/619).

¹⁰³ GASPARINI, Diógenes. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 303.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Os convênios são atos complexos. São acordos de vontades não contratuais celebrados pelo ente público e outra pessoa. São acordos de cooperação.

No convênio e na parceria há colaboração mútua e não prestação de serviços ao ente público.

Nos convênios, os interesses são recíprocos e os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns, reunindo-se para alcançá-los. Objetiva um resultado comum, com mútua colaboração.

Nos convênios e em outros ajustes similares não existe a “estipulação de obrigações recíprocas”.

Assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o convênio:

“O convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas.

.....

O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei nº 8.666/93, quando, no art. 116, *caput*, determina que suas normas se aplicam aos convênios “no que couber”. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos artigos 1º e 2º”.¹⁰⁴

Leciona José dos Santos Carvalho Filho:

“No contrato, os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Nesse tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a cooperação, e não o lucro procurado por celebrar contratos.

(...) Nos convênios, ao revés, podem ser vários os polos, havendo um inter-relacionamento múltiplo, de modo que cada participante tem, na verdade, relação jurídica com cada um dos integrantes dos demais pólos”.¹⁰⁵

Para legislar sobre a matéria de licitação e contratos, observa a Administração Pública o disposto no XXVII do artigo 22 da Constituição.

Dispõe o artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 que: “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

Pode ocorrer de o convênio exigir licitação e em outros casos não. O artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 usa a expressão “no que couber”. Logo, pode não ser exigida a licitação no convênio, se não couber.

Ensina José dos Santos Carvalho Filho:

“A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra. É verdade que a Lei 8.666/93 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação ocorre no que couber. Como é lógico, raramente será possível a competitividade que marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. Por outro lado, no verdadeiro convênio inexistente perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para cobertura dos

¹⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28ª edição, São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

¹⁰⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28ª edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 228.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

custos necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação”.¹⁰⁶

A celebração de convênio depende de prévia aprovação pela organização interessada, como se extrai do parágrafo 1º do artigo 116 da citada lei:

“A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações...”.

No convênio administrativo, quando do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da entidade conveniada, não existe intervenção por parte do ente público, não podendo lhe ser imposto o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo conveniado.

Quando a Administração Pública se utiliza de licitação e nos casos de celebração de convênio, não se pode falar em responsabilidade subsidiária.

O parágrafo 6.º do artigo 37 da Constituição se aplica quando a Administração Pública é prestadora de serviço público ou por delegação a particular. Na terceirização, a Administração Pública é tomadora do serviço.

A Administração Pública age de acordo com o princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição). Observa o procedimento de licitação (art. 37, XXI, da Constituição) na contratação de prestadores de serviços.

A utilização de licitação, regra geral, é a forma pela qual são praticados os atos da Administração Pública. As instituições são contratadas mediante concorrência pública.

Não existe culpa *in eligendo* em razão da necessidade de ser feita licitação para a contratação do prestador de serviço.

Na relação de convênio não existe terceirização de mão de obra. O caso, portanto, não é de aplicação do inciso IV da Súmula 331 do TST. O TST inclusive mudou a redação do referido inciso, não mais constando a exclusão da aplicação do parágrafo 1.º do artigo 71 da Lei n.º 8.666/93.

No mesmo sentido os seguintes julgados do TST:

RECURSO DE REVISTA - MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO-CONVÊNIO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - NÃO CONFIGURAÇÃO.

O convênio firmado entre o Município do Rio de Janeiro e a Associação de Moradores e Amigos da Serra Morena não configura contrato administrativo, mas acordo de vontades estabelecido entre o poder público e entidade privada com o intuito de fomentar iniciativas privadas de utilidade pública, não atraindo, por esse motivo, a incidência da responsabilização subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331, IV, desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido (1ª Turma, RR-1.241/2003-031-01-00.0, j. 7.11.2007, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DJ de 14/12/07).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Federação Metropolitana de Centros Comunitários e Associações de Moradores emecam, visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família, não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil objetivando mútua

¹⁰⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 229. O STF já entendeu não precisar de licitação (Inq. 1.957-PR, Rel. Min. Carlos Velloso, em 11.5.2005, Informativo STF n.º 387, maio de 2005).



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

cooperação. Precedentes desta Corte superior (RR-114/2006-014-08-00.2, Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ de 11/10/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Comissão de Bairros de Belém visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil objetivando mútua cooperação. Precedentes desta Corte superior (RR-1.074/2005-003-08-00.1, Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ de 11/10/2007).

RECURSO DE REVISTA - CONVÊNIO CELEBRADO COM ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - INAPLICABILIDADE. Do fato do convênio não se confundir com contrato administrativo, não se há de falar em terceirização de serviços, tampouco em responsabilização subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331 do TST, tendo em vista que houve a celebração de acordo de vontades entre o Município e a entidade privada, com escopo no fomento de atividades de utilidade pública. Ressalte-se que as responsabilidades do ente público, descritas no art. 18 da Lei nº 8.080/90, referem-se à sua competência para avaliar, fiscalizar e controlar a execução dos serviços de utilidade da comunidade prestados pela entidade privada, não se confundindo com a culpa in vigilando, motivo da responsabilização subsidiária, já que não está adstrito ao exame do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa conveniada (RR-553/2006-014-08-40.0, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, DJ 24/8/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Federação Metropolitana de Centros Comunitários e Associações de Moradores FEMECAM visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil, visando à mútua cooperação (RR-1.255/2005-002-08-00.1, j. 5/9/2007, Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. EMPREGADO CONTRATADO POR ENTIDADE PARTICULAR QUE FIRMOU CONVÊNIO COM MUNICÍPIO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. I - Convênio é o acordo de vontades estabelecido entre o Estado e entidades privadas com o escopo de fomentar iniciativas privadas de utilidade pública. II - Não se confunde com terceirização, já que não se trata de contrato, não se aplicando ao caso os termos da Súmula 331 do TST, pois, como o Município não está firmando nenhum tipo de contrato, muito menos de prestação de serviços, não pode ser responsabilizado subsidiariamente. III - As responsabilidades do ente público a que aludem os incisos X e XI do art. 18 da Lei nº 8.080/90 dizem respeito à avaliação, controle e fiscalização da execução dos serviços de saúde por entidades privadas, e não à obrigação do ente público em fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo conveniado, de forma que não há falar em culpa in eligendo e in vigilando. V - Recurso conhecido e provido. VI - Prejudicado o exame dos outros tópicos do recurso de revista (4ª T., RR 161800-84.2005.5.08.0011, j. 20/6/2007, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DJ 10/8/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATAÇÃO DE EMPREGADO POR ENTIDADE PARTICULAR. CONVÊNIO FIRMADO COM O ESTADO DO PARANÁ.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DO TEOR DO ITEM IV DA SÚMULA Nº 331 DESTA CORTE.

1. Ao fomentar a educação ou a saúde - direitos constitucionais sociais insculpidos no artigo 6º da Constituição de 1988, o Estado atua de maneira a efetivar os direitos fundamentais, por todos os meios permitidos em nosso ordenamento jurídico, de forma centralizada ou descentralizada. Nesse contexto, o mero repasse de verbas, por meio de convênio, para a Associação Mantenedora Saint Germain de Curitiba, com vistas à contratação de trabalhadores objetivando a promoção de ensino especial de pessoas carentes, não configura intervenção ou atuação econômica do Estado, mas implementação dos direitos fundamentais sociais, que se erigem em escopos precípuos da nação, motivo pelo qual não se pode reconhecer responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado do Paraná. 2. Recurso de revista conhecido e provido (5ª T., RR v 28.289/2000-005-09-00.2, , j. 27.6.2007, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DJ 10.8.2007).

A Orientação Jurisprudencial nº 185 da SDI-I do TST pode ser aplicada por analogia em casos de convênios:

“Contrato de trabalho com a Associação de Pais e Mestres - APM. Inexistência de responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado.

O Estado-Membro não é responsável subsidiária ou solidariamente com a Associação de Pais e Mestres pelos encargos trabalhistas dos empregados contratados por esta última, que deverão ser suportados integral e exclusivamente pelo real empregador”.

Não existe responsabilidade subsidiária do ente público quando celebra convênio com outras instituições, seja por falta de previsão legal ou pelo fato de que o convênio não é exatamente uma prestação de serviço. A Súmula 331 do TST não se aplica à questão, pois não se trata de terceirização. Não é, portanto, possível mudar a nota do candidato na questão.

A questão 9 foi considerada integralmente certa. Não se sabe o que o candidato está impugnando, pois na prova não consta anotação de notas para cada uma das questões.

Na questão 10, o candidato não sabe distinguir dano existencial e confunde com assédio moral. No conceito faz referência a dumping social, que nada tem a ver com a questão. Suas respostas não são suficientes para aumentar o valor dado na questão.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. Isso foi regimentalmente feito.

Não cabe, portanto, o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem liberdade para essa valoração.

Há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se faça. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas,



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

A exposição fática e jurídica do candidato não é suficiente para obter 6,0. O conhecimento demonstrado não possibilita o aumento da nota.

Baixo número de aprovados e notória necessidade de provimento de cargos de Juiz do Trabalho substituto não são motivos para rever a nota do candidato.

A finalidade do recurso não é rever praticamente toda a prova, como pretende o recorrente.

Na verdade, o candidato está trazendo trabalho à banca em ter de reexaminar sua prova, onde nada há para mudar.

O examinador não tem de ficar explicando o que o candidato acertou ou errou na questão para justificar a nota dada. Não se está na Faculdade de Direito para justificar a correção da questão ao candidato.

Em síntese, a pretensão do candidato não merece acolhimento, cumprindo assinalar que todas as respostas foram cuidadosamente analisadas pelos membros da comissão examinadora, não havendo registro de atribuição de nota no caderno de prova para assegurar a independência de cada integrante, ao avaliar a compreensão da questão pelo candidato, fundamentação adequada, conhecimento da língua pátria e da existência de relevante controvérsia em nível doutrinário e jurisprudencial.

Pelo exposto, conheço do recurso e, no mérito, **nego-lhe provimento**, mantendo as notas que foram atribuídas ao candidato recorrente.

São Paulo, 12 de novembro de 2015.

Sergio Pinto Martins
Relator

Nº do Recurso

RECURSO Nº 16

Identificação do Candidato

Rubens Danilo Soares da Cunha

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro.

VOTO (RELATOR)

Natureza: **RECURSO Nº 16 – XL Concurso para Ingresso na Magistratura**

Recorrente: Candidato 441

Relator: Desembargador Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro

Notas do Candidato: Examinadores:

Dr. Sergio Pinto Martins: 4,5

Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro: 5,0



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Dr. Geraldo Baraldi Júnior: 4,5

Vistos, etc.

1. O candidato pede a majoração da sua nota na 1ª prova discursiva. Para tanto, o candidato tenta justificar as ideias defendidas nas respostas de 9 questões. De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 – (...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2. O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um “segundo turno” de avaliações das provas. O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3. A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. E isso foi regidamente feito.

4. Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5. E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6. Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7. Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

8. Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, NEGOU PROVIMENTO do recurso.

São Paulo, 29 de outubro de 2015.

DR. RAFAEL E. PUGLIESE RIBEIRO

Desembargador Federal do Trabalho

Relator

DR. SÉRGIO PINTO MARTINS

Desembargador Federal

DR. GERALDO BARALDI JÚNIOR

Rep. Ordem dos Advogados do Brasil

RECURSO Nº 17

Isabela Justiniano Simão

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Ilmo. Sr. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

VOTO (RELATOR)

Recurso interposto quanto às notas apresentadas pela Banca Examinadora da primeira prova escrita da segunda fase do concurso.

Recurso 17

Prova: 544

Vistos, etc.

Trata-se de recurso interposto por candidato que realizou prova escrita acima destacada na segunda fase do Concurso para o cargo de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região.

Em resumo, sustenta que as notas finais atribuídas pelos Examinadores devem ser majoradas pelas razões constante do apelo.

É o relatório

V O T O

Inicialmente, enfatiza-se que o candidato não obteve aprovação no certame de nenhum dos 03 examinadores da banca já que suas notas foram 5,50, 5,50 e 5,50 respectivamente. Uma ou outra diferença decorria, se fosse o caso, da definição individual de cada examinador.

De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 –

(..) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova,



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2.

O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um segundo turno de avaliações das provas.

O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”

E isso foi regiadamente feito.

4.

Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor.

A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5.

E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato.

Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial).

Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas.

Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, nada há para ser alterado.

DO EXPOSTO,

CONHEÇO do recurso interposto pelo candidato autor da prova nº “544” da primeira prova escrita da segunda fase do LX Concurso para provimento do cargo de Juiz Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região e, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO** para manter as notas que lhe foram atribuídas quando da correção de sua prova pela Banca Examinadora.

Geraldo Baraldi Junior

- Relator -

Nº do Recurso

RECURSO Nº 18

Identificação do Candidato

Giuliano Motta

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins.

VOTO (RELATOR)

Vistos, examinados, etc.

Trata-se de recurso interposto em face do resultado obtido na 1ª prova escrita discursiva – 2ª etapa do XXXIX Concurso para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, identificado com o número 18. Alega que há nulidade da avaliação, por ausência de fundamentação. Em síntese, afirma que atendeu os requisitos para obter a de aprovação. Entende que respondeu todas as questões 1, 2, 3, 5, 9 e 10 para receber a pontuação máxima. Pretende a revisão das notas das questões citadas.

É o relatório.

Decide-se:

1. Conheço do recurso, eis que regular e tempestivo, conforme certificado pela Secretaria da Comissão do Concurso a fls. 02.

2. No mérito, verifica-se que o candidato, apesar da vista de prova a que teve direito e do tempo transcorrido para melhor reflexão sobre as questões, não foi capaz de promover uma autocrítica e identificar as próprias falhas, pretendendo estabelecer um diálogo com a Comissão Examinadora.

O candidato pede a revisão das notas das questões, mas não constam anotações na sua prova a respeito de qual nota foi dada a cada uma das questões.

3. O caso dos autos não é de decisão judicial para ter de ser fundamentada (art. 93, IX, da Constituição).

A correção da prova do concurso não é uma decisão judicial.

O recorrente não está sendo acusado de nada para se falar em contraditório e ampla defesa (art. 5.º, LV da Constituição).

Não está escrito no edital que a correção de cada prova tem de ser fundamentada e dada a nota do candidato na folha de prova.

4. O candidato agora no recurso tem ciência de que *lay off* significa suspensão contratual para qualificação profissional.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Na prova o recorrente afirmou que *lay off* significa dispensa coletiva. Sua resposta está absolutamente errada, pois não tinha a menor noção do que era *lay off*. Não é possível alterar a sua nota.

5. A questão n. 2 está contida do edital, no tema processo do trabalho, item 16, arrematação, adjudicação. A questão compreende aspectos da validade e eficiência da alienação, verificando os privilégios em relação ao crédito trabalhista. Trata-se de incidente na execução da sentença trabalhista, que está na competência da Justiça do Trabalho. Não é o caso de anulação da questão.

A cultura jurídica do candidato que almeja o cargo de Juiz do Trabalho deve ser apta a solucionar a situação proposta, com a qual ele irá se deparar no exercício da função.

Não há referência na prova ao parágrafo único do artigo 130 do CTN, que era a resposta da questão b. Mesmo, assim, sua nota foi 0,65.

6. Na questão 3, o candidato nada falou sobre a finalidade da greve. A distinção que fez sobre greve ilegal está errada. Logo, não poderia obter nota integral na questão.

7. Na questão 5, a resposta não é de choque entre princípios constitucionais. O candidato tinha de discorrer sobre a inviolabilidade de domicílio, a possibilidade de fiscalização entrar no domicílio em razão de crime de trabalho escravo, mas não o fez. Por isso, teve 0,6 na questão.

8. A questão 9 foi considerada integralmente correta. O recorrente, portanto, não sabe o que está impugnando.

9. Na questão 10, o candidato não fez a distinção necessária e sua resposta sobre cumulação não é completa.

Wilson de Melo da Silva afirma que “danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”.¹⁰⁷

Silvio de Salvo Venosa menciona que dano moral é “o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, abrangendo também os direitos da personalidade, direito à imagem, ao nome, à privacidade, etc.”.¹⁰⁸

Consiste o dano moral na lesão sofrida pela pessoa no tocante à sua personalidade. Compreende, portanto, o dano moral um aspecto não econômico, não patrimonial, mas que atinge a pessoa no seu âmago.¹⁰⁹

Atinge o dano moral a honra, a intimidade, a imagem da pessoa, a personalidade, o íntimo do ser humano. Implica dor, angústia da pessoa com o ato praticado por alguém.

O dano moral envolve um aborrecimento extremo, um desgosto profundo, uma contrariedade. É uma perturbação da psique do indivíduo.¹¹⁰ É o que a pessoa sente.

O dano existencial é algo que causa prejuízo ao empregado em razão da continuidade do ato que deixou de proporcionar ao trabalhador o contato com sua família, com os amigos, de praticar um esporte, etc. Compreende um aspecto de não mais poder fazer aquilo

¹⁰⁷ SILVA, Wilson Melo da. Dano moral e sua reparação. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 1.

¹⁰⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. Responsabilidade civil. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 35.

¹⁰⁹ MARTINS, Sergio Pinto. Dano moral decorrente do contrato de trabalho. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23.

¹¹⁰ ALMEIDA NETO, Amaro Alves. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista de Direito Privado, n.º 24, outubro-dezembro de 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 34.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

que queria. Pode decorrer da frustração que o trabalhador tem por não ter feito um curso ou ter terminado a faculdade em razão do excesso de trabalho exigido pelo empregador. A pessoa não vai mais poder fazer aquilo que pretendia.¹¹¹

Se o dano é denominado existencial, não é, portanto, moral.

O prejuízo em valor que a pessoa teve é dano material e não dano existencial.

Tem-se dito que o dano moral independe de prova, ou seja, prova-se por si mesmo, presume-se sua existência (*in re ipsa*). Exemplo pode ser da mãe que perdeu o filho. Presume-se que ela tem uma dor moral. Não há necessidade de prova, segundo essa teoria. Ao contrário, no dano existencial, há necessidade de que o autor prove suas alegações para fazer jus a indenização. Não é possível presumir o dano existencial.

Se o dano é decorrente de situações distintas ou se é possível separar cada uma delas, será possível também a cumulação da indenização por danos morais e existenciais. Não há proibição na legislação a respeito da cumulação de danos.

Um fato pode dar origem a um dano moral e ao dano estético. A pessoa se sente violada na sua intimidade e teve um dano estético. As indenizações são cumuláveis.

Mostra a Súmula 37 do STJ que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. A Súmula 387 do STJ afirma que é lícita a cumulação “das indenizações de dano estético e dano moral”.

Se, porém, o dano é decorrente do mesmo fato, a parte não vai ter direito a uma indenização por dano moral e a outra indenização por dano existencial. Aparentemente, uma indenização vai compreender a outra.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. Isso foi regidamente feito.

Não cabe, portanto, o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem liberdade para essa valoração.

Há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se faça. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca

¹¹¹ Pontes de Miranda já entendia que havia impropriedade técnica na equiparação de danos extrapatrimoniais ao dano moral (Tratado de direito privado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. XXVI, p. 30-31).



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

A exposição fática e jurídica do candidato não é suficiente para obter 6,0. O conhecimento demonstrado não possibilita o aumento da nota.

A finalidade do recurso não é rever praticamente toda a prova, como pretende o recorrente.

O examinador não tem de ficar explicando o que o candidato acertou ou errou na questão para justificar a nota dada. Não se está na Faculdade de Direito para justificar a correção da questão ao candidato.

Em síntese, a pretensão do candidato não merece acolhimento, cumprindo assinalar que todas as respostas foram cuidadosamente analisadas pelos membros da comissão examinadora, não havendo registro de atribuição de nota no caderno de prova para assegurar a independência de cada integrante, ao avaliar a compreensão da questão pelo candidato, fundamentação adequada, conhecimento da língua pátria e da existência de relevante controvérsia em nível doutrinário e jurisprudencial.

Pelo exposto, conheço do recurso e, no mérito, **nego-lhe provimento**, mantendo as notas que foram atribuídas ao candidato recorrente.

São Paulo, 12 de novembro de 2015.

Sergio Pinto Martins

Relator

Nº do Recurso

RECURSO Nº 19

Identificação do Candidato

Thais Martins Ferreira De Marco

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro.

VOTO (RELATOR)

Natureza: **RECURSO Nº 19 – XL Concurso para Ingresso na Magistratura**

Recorrente: Candidato 419

Relator: Desembargador Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro

Notas do Candidato: Examinadores:

Dr. Sergio Pinto Martins: 4,5

Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro: 5,25

Dr. Geraldo Baraldi Júnior: 5,0

Vistos, etc.

1. O candidato pede a majoração da sua nota na 1ª prova discursiva. Para tanto, o candidato tenta justificar as ideias defendidas nas respostas de 10 questões. De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 – (...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2. O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um “segundo turno” de avaliações das provas. O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3. A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. E isso foi regiadamente feito.

4. Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5. E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6. Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7. Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

8. Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, NEGOU PROVIMENTO do recurso.

São Paulo, 29 de outubro de 2015.

DR. RAFAEL E. PUGLIESE RIBEIRO
Desembargador Federal do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Relator

DR. SÉRGIO PINTO MARTINS
Desembargador Federal

DR. GERALDO BARALDI JÚNIOR
Rep. Ordem dos Advogados do Brasil

RECURSO Nº 20

Tulio Martinez Minto

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Ilmo. Sr. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

VOTO (RELATOR)

Recurso interposto quanto às notas apresentadas pela Banca Examinadora da primeira prova escrita da segunda fase do concurso.

Recurso 20

Prova: 582

Vistos, etc.

Trata-se de recurso interposto por candidato que realizou prova escrita acima destacada na segunda fase do Concurso para o cargo de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região.

Em resumo, sustenta que todas as notas finais atribuídas pelos Examinadores devem ser majoradas pelas razões expostas no respectivo apelo. Pede, ainda, a nulidade parcial na pergunta 02 do certame, em especial, letra “b” e “c” em vista da matéria contida nas alíneas não fazerem parte do Edital do Concurso.

É o relatório

V O T O

I. NULIDADE DA PERGUNTA 02 DA PRIMEIRA PROVA DISCURSIVA

O candidato sustenta que a questão nº 2 versava matéria tributária e esta não se encontrava prevista no edital de concurso. O equívoco do candidato é notório. 9.1. A questão versa sobre uma das realidades do cotidiano do Juiz do Trabalho, alusiva à possibilidade jurídica e utilidade prática de uma alienação de bem imóvel em hasta pública que conte com crédito tributário. A pendência de crédito tributário sobre o bem imóvel adquirido em hasta pública abre questão para numerosas situações jurídicas, que vão desde a inviabilidade de venda do bem, até à solução de incidentes póstumos à alienação, como a possível desistência do arrematante pelo bem, caso não tenha constado do edital os ônus pretéritos. Era muito importante que o candidato soubesse solucionar as duas situações práticas apresentadas, e dentre elas, em especial, a hipótese de o crédito tributário se revelar SUPERIOR ao produto da alienação. Isso estava a exigir do candidato conhecimento sobre a ordem de preferência do crédito trabalhista frente ao crédito tributário, e como solucionar o problema apresentado. A questão não exigiu do candidato NENHUM conceito de direito tributário, nenhuma definição tributária, senão conhecimentos específicos de direito processual, ou seja, conhecimento de arrematação, validade da arrematação, destinação de parte do produto arrecadado para pagamento do crédito tributário e preferência do crédito trabalhista. Não se pediu para definir “fato gerador”, não se pediu para definir “crédito tributário”. A cultura jurídica do candidato que almeja o cargo de Juiz do Trabalho deve ser apta a solucionar a situação proposta, com a qual ele irá se deparar no exercício da função.

Assim, não há nulidade a ser declarada.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

II. MÉRITO

Inicialmente, enfatiza-se que o candidato não obteve aprovação no certame de nenhum dos 03 examinadores da banca já que suas notas foram 5,50, 5,50 e 5,50 respectivamente. Uma ou outra diferença decorria, se fosse o caso, da definição individual de cada examinador.

De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 –

(...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2.

O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um segundo turno de avaliações das provas.

O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”

E isso foi regamente feito.

4.

Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor.

A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5.

E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato.

Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

6.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial).

Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas.

Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, nada há para ser alterado.

DO EXPOSTO,

CONHEÇO do recurso interposto pelo candidato autor da prova nº “582” da primeira prova escrita da segunda fase do LX Concurso para provimento do cargo de Juiz Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região para, afastando-se o pedido de nulidade formulado em relação a Questão 2 do certame, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO** para manter as notas que lhe foram atribuídas quando da correção de sua prova pela Banca Examinadora.

Geraldo Baraldi Junior

- Relator -

Nº do Recurso

RECURSO Nº 21

Identificação do Candidato

Everaldo dos Santos Nascimento Filho

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins.

VOTO (RELATOR)

Vistos, examinados, etc.

Trata-se de recurso interposto em face do resultado obtido na 1ª prova escrita discursiva – 2ª etapa do XXXIX Concurso para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, identificado com o número 21. Em síntese, impugna todas as questões para obter a aprovação com no mínimo nota 6. Pede a revisão da sua nota.

É o relatório.

Decide-se:

1. Conheço do recurso, eis que regular e tempestivo, conforme certificado pela Secretaria da Comissão do Concurso a fls. 02.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

2. No mérito, verifica-se que o candidato, apesar da vista de prova a que teve direito e do tempo transcorrido para melhor reflexão sobre as questões, não foi capaz de promover uma autocrítica e identificar as próprias falhas, pretendendo estabelecer um diálogo com a Comissão Examinadora.

Em primeiro lugar, todas as questões foram consideradas e analisadas pela banca, independentemente do número de páginas usadas pelo candidato. Não houve punição ao candidato.

3. A questão 1 foi considerada integralmente correta. O candidato não sabe o que está impugnando, implicando perda de tempo para a banca.

Na questão 2, a resposta não era para ser dada com base no artigo 447 do Código Civil, que trata de direito material; nos artigos 686, 694 do CPC, o que mostra que o candidato não sabe a resposta.

Não se diz através de hasta pública. Através é atravessar. Emprega-se por meio da hasta pública, por intermédio da hasta pública.

A hasta pública não é uma relação contratual. Na verdade, não existe relação jurídica entre as partes envolvidas na alienação.

As letras b e c não foram respondidas pelo candidato, pois envolviam a apreciação do parágrafo único do artigo 130 do CTN.

Não há o que alterar na nota do candidato.

4. Na questão 3, o candidato acertou o conceito e os requisitos, mas não acertou finalidade e distinção entre greve ilegal e abusiva, que confundiu.

5. Na questão 4, a categoria não é titular do direito. Titular do direito são os trabalhadores. A categoria tem conceito sociológico. O objeto foi considerado correto.

Faltou falar do dissídio coletivo apresentado pelo Ministério Público do Trabalho e se é possível o Presidente do TRT suscitar o dissídio coletivo.

O entendimento do candidato é absolutamente errado a respeito do dissídio coletivo, pois não se trata de hipótese de substituição processual. O Sindicato, no caso, representa a categoria em juízo (art. 513, a, da CLT).

Longo, não é possível aumentar a nota do candidato.

6. Na questão 5, não tinha de ser feita ponderação entre interesses envolvidos entre direitos dos trabalhadores e possibilidade fiscalização, mas responder o que foi perguntado.

O candidato não falou sobre o inciso XI do artigo 5.º da Constituição. Não falou sobre a possibilidade de entrar no domicílio em razão de flagrante delito, como crime de trabalho escravo desenvolvido no domicílio. Não tratou da Lei Complementar n.º 150/15, que parece que o candidato desconhece, pois nada falou também no recurso.

Sua resposta é incompleta e não pode ser modificada a nota.

7. Na questão 6 faltou muita coisa, pois o candidato não estabeleceu a distinção entre a Fundação Pública e Privada. Fez afirmações pontuais, mas não fez a distinção. Esperava-se resposta no seguinte sentido:

Determina o inciso IV do artigo 5.º do artigo do Decreto-lei n.º 200/67 que fundação pública é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

Dispõe o inciso XIX do artigo 37 da Constituição que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”. Essa lei complementar não existe até o momento.

Distingue-se a fundação pública da fundação privada.

As fundações privadas são pessoas jurídicas de direito privado (art. 44, III, do Código Civil). A fundação privada será criada por escritura pública ou testamento, com dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. (art. 62 do Código Civil). A fundação privada somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência. A fundação pública será criada por lei ou a lei autorizará a sua criação. Não será criada a fundação pública por escritura pública ou por testamento.

Afirma Adilson de Abreu Dallari que “quando a lei cria diretamente uma fundação tem-se uma fundação pública, dotada de personalidade de direito público, até porque a lei não pode criar pessoa privada”.¹¹² É o que ocorre quando a fundação é instituída por lei federal, estadual ou municipal. A Administração Pública direta ou indireta está sujeita ao princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição), a só fazer aquilo que a lei determina.

Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona que a fundação tem natureza pública quando “é instituída pelo poder público com patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e, destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de auto administração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei”.¹¹³ Destaca as suas características: a- dotação patrimonial ou inicial do ente governamental; b- personalidade jurídica; c- desempenho de atividade atribuída ao Estado no âmbito social; d- capacidade auto-administrativa; e- sujeição ao controle administrativo ou tutela por parte da Administração direta.¹¹⁴

Celso Antonio Bandeira de Mello leciona que “é absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as fundações públicas são pessoas de Direito Privado. Na verdade, são pessoas de Direito Público,....; Saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda, que se lhe atribua outra qualificação. Entretanto, foram batizadas de pessoas de Direito Privado apenas para se evadirem destes controles moralizadores ou, então, para permitir que seus agentes acumulassem cargos e empregos, o que lhes seria vedado se fossem reconhecidas como pessoas de Direito Público”.¹¹⁵

A fundação pública não tem fins lucrativos. É formada por meio de dotação do Estado. São recursos da Fundação as dotações, subvenções, contribuições que o Estado anualmente consignar em seus orçamentos. No caso de extinção da fundação, seus bens e direitos são incorporados ao patrimônio do ente público que a criou.

Tem direito a fundação pública a isenção de tributos em relação ao ente da Administração Pública que pertencer.

¹¹² DALLARI, Adilson de Abreu. Regime constitucional dos servidores públicos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 44.

¹¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 320.

¹¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, p. 320.

¹¹⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 15ª ed, São Paulo: Malheiros, 2003, 169.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

A fundação pública não pode aplicar em despesas administrativas, inclusive de pessoal, mais que determinado porcentual do seu orçamento. Isso também mostra que se trata de determinação de Direito Administrativo.

Atendidos tais requisitos a fundação é considerada pública e não privada.

O STF já afirmou que “nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o §2.º do art. 99 da Constituição Federal” (RE 101.126/84, Rel. Min. Moreira Alves).

A jurisprudência do TST indica quando a fundação é considerada pública:

FUNDAÇÃO PÚBLICA. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. ESTABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. 1 - Reconhecidamente criada por lei, com fins assistenciais de indiscutível escopo público e alcance social, a FURP, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, reveste-se de natureza eminentemente pública, devendo reger-se pelas normas e princípios de Direito Público.

2 - Consoante o disposto no artigo 19 do ADCT, a estabilidade especial no serviço público abarca os servidores das fundações públicas que já estavam em exercício há, pelo menos, cinco anos continuados na data da promulgação da Constituição Federal e que não tenham sido admitidos por meio concurso público.

3 - Na hipótese, o reclamante foi admitido em 2/4/1982, vindo a ser dispensado em 9/8/1994, quando contava com mais de 13 (treze) anos de serviço continuado para a Fundação. Atendidos todos os requisitos constantes do artigo 19 do ADCT, necessários para assegurar a estabilidade no emprego, dá-se provimento ao recurso de revista para determinar a reintegração do reclamante no emprego. (1ª Turma, RR - 689676-57.2000.5.02.0314, j. 2/4/2008, Relator Ministro: Lélío Bentes Corrêa, DJ 2/5/2008).

FUNDAÇÃO PÚBLICA. ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL. ARTIGO 19 DO ADCT/CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. FURP. A fundação pública, cuja noção está definida pelo artigo 5º, inciso IV e § 3º, do Decreto-Lei nº 200/67, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, ostenta natureza pública, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988, em face do que consta especialmente da redação dos seus artigos 37, XIX, 39 e 40, caput. Seus empregados, assim, são abrangidos pela estabilidade especial no serviço público regulada pelo artigo 19 do ADCT, que também alude expressamente aos servidores das fundações públicas, desde que observados os requisitos delineados no seu caput e parágrafos, sendo, portanto, nula a dispensa do servidor nessas circunstâncias, porquanto implementados todos os pressupostos de natureza constitucional para a referida estabilização, daí por que se lhe assegura a reintegração no serviço público do qual fora ilicitamente afastado. Incidência dos arts. 37, XIX, e 39 da Constituição Federal e 19 do ADCT. Recurso do reclamante conhecido e provido (1ª Turma, RR - 678030-43.2000.5.02.5555, j. 24/9/2003, Relator Ministro: Lélío Bentes Corrêa, DJ 5/3/2004).

Sendo Fundação Pública, o processamento da execução é por precatório (art. 100 da Constituição). O TST já decidiu no mesmo sentido em relação a reclamada, por considerá-la Fundação Pública (TST, 5ª T., AIRR 1.576/1995-311-02-40.6, j. 25.6.2008, Rel. Min. Brito Pereira, DJ 01/08/2008; 1ª T., ED-RR 788.028/01.8, j. 25.5.2005, Rel. Guilherme Augusto Caputo Bastos).

Têm direito à isenção das custas as fundações públicas federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica (art. 790-A da CLT).



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

As fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que não explorem atividade econômica têm direito a dispensa do depósito recursal, remessa de ofício das decisões que lhe sejam total ou parcialmente contrárias. Está dispensada de fazer assistência no sindicato na rescisão do contrato de trabalho (art. 1º do Decreto-lei n.º 779/69). Não estão sujeitas as fundações ao procedimento sumaríssimo (§ único do art. 852-A da CLT).

Os empregados da fundação pública são admitidos por concurso público (art. 37, II, da Constituição, S. 331, II, do TST), mas são regidos pela CLT (§1.º do art. 2.º da CLT). Não são funcionários públicos, mas se enquadram no gênero servidor público.

A Justiça do Trabalho tem competência para examinar as ações propostas por trabalhadores contra as fundações públicas, se forem empregados públicos (art. 114, I, da Constituição). Será incompetente a Justiça do Trabalho para tratar de ações de funcionários públicos, que têm regime estatutário, propostas contra fundações públicas, segundo o entendimento do STF (ADIn 3.395-6/DF, j. 5.4.06, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU 10.11.2006).

Se o empregado tiver cinco anos de trabalho antes da vigência da Constituição de 1988, tem direito a estabilidade (art. 19 do ADCT).

O candidato não falou sobre isenção das custas e depósito recursal.

A resposta à questão 6 está incompleta. É insuficiente para o aumento da nota, mas foram consideradas as demais afirmações feitas na prova.

8. Na questão 7, não foi pedido para o candidato falar sobre a Súmula 440 do TST, que não trata da rescisão do contrato de trabalho.

O candidato acertou que a aposentadoria é hipótese de suspensão dos efeitos do contrato de trabalho e sobre os cinco anos, mas nada falou sobre o resto.

O candidato desconhece a alteração dos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91, o que é um erro gravíssimo.

A concessão definitiva da aposentadoria por invalidez pode levar muito tempo para ser decidida pelo órgão previdenciário. Enquanto isso, o empregador não sabe o que fazer. Já afirmou Raimundo Cerqueira Ally, sobre prolongamento do afastamento do empregado por doença e a ocupação de imóvel do empregador, que “o problema é crítico e não encontra na lei, na doutrina e na jurisprudência solução plausível”.¹¹⁶

Leciona Mozart Victor Russomano que “aposentadoria por invalidez é o benefício decorrente da incapacidade do segurado para o trabalho, sem perspectiva de reabilitação para o exercício de atividade capaz de lhe assegurar a subsistência”.¹¹⁷

Dispõe o artigo 475 da CLT, que tem a redação original de 1943, que o empregado aposentado por invalidez tem seu contrato de trabalho suspenso durante o prazo fixado pelas leis de previdência para a efetivação do benefício (art. 475 da CLT). Reza o parágrafo 1.º do artigo 475 da CLT, com a redação determinada pela Lei n.º 4.824, de 5 de novembro de 1965, que recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria.

Previo o parágrafo 3.º do artigo 4.º da Lei n.º 3.332, de 26 de janeiro de 1957, que a aposentadoria por invalidez era definitiva, quando completava cinco anos de vigência.

Determinava o parágrafo 6.º do artigo 27 da Lei n.º 3.807/60 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de

¹¹⁶ ALLY, Raimundo Cerqueira. Normas previdenciárias no direito do trabalho. 3ª ed. São Paulo: IOB, 1989, p. 111.

¹¹⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 135.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional. Entendia-se com base nesse dispositivo que, após os 55 anos, a aposentadoria por invalidez era definitiva e o segurado não tinha mais condições de se recuperar, tanto que não mais se exigiam exames médicos.

A Súmula 217 do STF foi editada em 11 de julho de 1963, quando foi publicada no Diário de Justiça da União. Seu fundamento é o artigo 475 da CLT. Esclarece que tem direito de retornar ao emprego, ou ser indenizado em caso de recusa do empregador, o aposentado que recupera a capacidade de trabalho dentro de cinco anos a contar da aposentadoria, que se torna definitiva após esse prazo.

O antigo Prejulgado n.º 37 do TST, de 21 de setembro de 1971, estabeleceu que “cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei”.

Estabelecia o parágrafo 7.º do artigo 6.º da Lei n.º 5.890/73 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional.

Prescrevia o artigo 7.º da Lei n.º 5.890/73 que a aposentadoria por invalidez seria mantida enquanto a incapacidade do segurado persistisse, ficando ele obrigado a submeter-se aos exames que, a qualquer tempo, fossem julgados necessários para verificação da manutenção, ou não, dessas condições. Verificada a recuperação da capacidade de trabalho do segurado aposentado, procedia-se da seguinte forma: I- se, dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria, ou de três anos, contados da data em que terminou o auxílio-doença em cujo gozo se encontrava, for o aposentado declarado apto para o trabalho, o benefício ficará extinto: a- imediatamente, para o segurado empregado, a quem assistirão os direitos resultantes do disposto no artigo 475 e respectivos parágrafos da CLT, valendo como título hábil, para esse fim, o certificado de capacidade fornecido pela previdência social; ... II- se a recuperação da capacidade de trabalho ocorrer após os prazos estabelecidos no item anterior, bem assim quando, a qualquer tempo, essa recuperação não for total, ou for o segurado declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo do trabalho, sendo reduzida em 18 meses até sua extinção.

Estabeleceu o Decreto n.º 83.080/79 (Regulamento de Benefícios da Previdência Social) que “se o segurado é declarado apto para o trabalho após o prazo do item I, se, a qualquer tempo a recuperação não é total ou se o segurado é declarado pela previdência social apto para o trabalho diverso do que anteriormente exercia, a aposentadoria é mantida, sem prejuízo da volta ao trabalho” (art. 119, II). Trabalho é o esforço da pessoa para um determinado fim econômico.

A Resolução Administrativa 102/82 do TST, publicada no Diário de Justiça da União de 11 de outubro de 1982, transformou o Prejulgado 37 na Súmula 160.

A redação do Decreto n.º 89.312/84 é um pouco diferente do regulamento anterior: “Quando a recuperação ocorre após o período do item I, ou não é total, ou o segurado é declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a aposentadoria é mantida, sem prejuízo da volta à atividade” (art. 31, II). Atividade é a atribuição ou serviço desempenhado pela pessoa.

Mostra o artigo 42 da Lei n.º 8.213/91 que o benefício de aposentadoria por invalidez é devido enquanto permanecer nesta condição (for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência).

O inciso I do artigo 47 da Lei n.º 8.213/91 dispõe que quando a recuperação do aposentado por invalidez ocorrer dentro de cinco anos, contados da data do



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

início da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a antecedeu sem interrupção, o benefício cessará. Mostra o inciso II do mesmo artigo que se a recuperação for parcial, ou ocorrer após o prazo de cinco anos, ou ainda quando o segurado for declarado apto para o exercício de trabalho diverso do qual habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo da volta à atividade, sendo o benefício extinto no prazo de 18 meses a contar da recuperação da capacidade.

Disponha o artigo 101 da Lei n.º 8.213, na sua redação original, que o segurado em gozo de aposentadoria por invalidez ou de auxílio-doença e o pensionista inválido, enquanto não completassem 55 anos, estavam obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado. Esse artigo teve a redação alterada pela Lei n.º 9.032/95, que não mais fez referência à idade de 55 anos. Assim, não existia mais idade limite de 55 anos para o segurado fazer exames médicos em caso de invalidez para ser considerada definitiva a aposentadoria.

Posteriormente, passou-se a entender que a aposentadoria por invalidez é provisória, pois o segurado pode, em certos casos, recuperar-se.¹¹⁸

O STJ já entendeu que a aposentadoria por invalidez não é definitiva, mesmo depois de cinco anos, se o aposentado recupera a capacidade de trabalho (REsp 460.331, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 20.11.2006, DJ 11.12.1006, p. 405).

A Instrução Normativa INSS/ PRES 77, de 21 de janeiro de 2015, afirmava que a perícia médica deveria rever o benefício de aposentadoria por invalidez a cada dois anos (art. 222).

Outra solução poderia ser que a aposentadoria é compulsória para o empregado que completa 70 anos de idade e para a empregada com 65 anos (art. 51 da Lei n.º 8.213/91). Atingidas as referidas idades, a aposentadoria por invalidez também seria definitiva e não provisória.

Prescreve o artigo 475 da CLT:

“Art. 475 - O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

§ 1º - Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização deverá ser paga na forma do art. 497. ([Redação dada pela Lei nº 4.824, de 5.11.1965](#))

§ 2º - Se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da interinidade ao ser celebrado o contrato”.

Sob o ângulo trabalhista, a aposentadoria por invalidez é hipótese de suspensão dos efeitos do contrato de trabalho.

Determina o artigo 475 da CLT que o empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de

¹¹⁸ MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 348.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

previdência social para a efetivação do benefício.

Não há na lei previdenciária prazo de duração para a efetivação da aposentadoria por invalidez.¹¹⁹

Em Portugal, por exemplo, a reforma do trabalhador por velhice ou invalidez importa a caducidade do contrato de trabalho (art. 343, c, do Código de Trabalho), com a cessação automática do pacto laboral. Ensina Antonio Lemos de Monteiro Fernandes que a preocupação do legislador foi “de libertar efetivamente postos de trabalho a partir de certo momento - o da obtenção da reforma - preocupação surgida no contexto de uma grave crise de desemprego”.¹²⁰

O Código de Trabalho português mostra que a suspensão do contrato de trabalho pode fundamentar-se na impossibilidade temporária (art. 330º, 1). Logo, não pode ser definitiva nem durar longo tempo.

A suspensão dos efeitos do contrato de trabalho não poderia ser indefinida, pois causa insegurança jurídica ao empregador, que não sabe quando ou se poderá contar com o empregado que foi aposentado por invalidez.

A aposentadoria por invalidez não é permanente. Ela é provisória até que o médico diga que o trabalhador não tem mais capacidade de recuperação, quando será considerada definitiva.¹²¹

A Lei n.º 13.063, de 30 de dezembro de 2014, acrescentou os parágrafos 1.º e 2.º ao artigo 101 da Lei n.º 8.213/91:

“Art. 101. O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

§ 1.º O aposentado por invalidez e o pensionista inválido estarão isentos do exame de que trata o caput após completarem 60 (sessenta) anos de idade.

§ 2.º A isenção de que trata o § 1.º não se aplica quando o exame tem as seguintes finalidades:

I - verificar a necessidade de assistência permanente de outra pessoa para a concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício, conforme dispõe o art. 45;

II - verificar a recuperação da capacidade de trabalho, mediante solicitação do aposentado ou pensionista que se julgar apto;

III - subsidiar autoridade judiciária na concessão de curatela, conforme dispõe o art. 110”.

Na verdade, não se trata de isenção, pois esta diz respeito a dispensa legal do pagamento de tributo. Trata-se da dispensa de se fazer o exame médico.

A norma jurídica regulamentou situação da prática, em que em alguns casos já se deixava de fazer perícia depois do segurado atingir a idade de 60 anos.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia afirma que “há possibilidade de se entender que, após essa idade (60 anos), a situação passa a ter contornos mais definitivos, permitindo a extinção do contrato de trabalho pelo empregador”.¹²²

¹¹⁹ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários às Súmulas do TST. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.103.

¹²⁰ FERNANDES, Antonio Lemos de Monteiro. Direito do Trabalho. 8ª edição. Coimbra: Almedina, 1992, p. 438.

¹²¹ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários á CLT. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 508.

¹²² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito da seguridade social. São Paulo: Gen/Forense, 2015, p. 399.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

A conclusão que se extrai da alteração feita no parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 é que a partir de 60 anos o INSS não fará mais exame médico pericial o aposentado por invalidez e pensionista inválido não mais está obrigado a fazer exame médico periódico bienal quando completarem 60 anos (§1.º do art. 101 da Lei n.º 8.213), que está de acordo com a idade do idoso (art. 1.º da Lei n.º 10.741/03). Assim, a aposentadoria por invalidez será definitiva. Há presunção legal de que aos 60 anos não precisa ser feita perícia. Logo, os efeitos do contrato de trabalho do empregado com o empregador não estarão mais suspensos, pois estará efetivado o benefício (art. 475 da CLT) e poderá ser rescindido o contrato de trabalho do aposentado por invalidez.

A redação da lei não faz distinção quanto a sexo. Logo, tanto homem como mulher não mais precisam fazer perícia por invalidez depois dos 60 anos.

Com a determinação da Lei n.º 13.063/14 fica derogado o artigo 71 da Lei n.º 8.212/91 não ponto em que exige que o INSS faça revisão periódica do benefício de aposentadoria por invalidez.

Foram estabelecidas três exceções no parágrafo 2.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91 para efeito de continuar a ser feito o exame médico:

- a- se há necessidade de assistência permanente de outra pessoa, referente ao acréscimo de 25%;
- b- se o próprio aposentado solicita retorno ao trabalho;
- c- se a autoridade judiciária solicita a perícia para fins de curatela.

O candidato não fez referência aos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91

A conclusão que se chega hoje é de que a aposentadoria por invalidez, de um modo geral, é provisória. Ela só será definitiva quando o médico assim entender, pois o segurado não é mais susceptível de recuperação. Passados cinco anos da concessão da aposentadoria por invalidez, não importa que ela venha a ser definitiva, pois o trabalhador pode se recuperar.

Leciona Lilian Gonçalves que “não restam dúvidas de que, sob o prisma previdenciário, a aposentadoria por invalidez não pode ser tida como definitiva, irreversível, total, plena e incondicional. Ao contrário, diante dos inquestionáveis e crescentes avanços da medicina, inovações terapêuticas e tecnológicas, bem como do sucesso das técnicas de reabilitação profissional, o trabalhador pode recuperar sua aptidão para o trabalho. Desse modo, o benefício deve ser mantido somente enquanto perdurar a condição de incapacidade, nada justificando onerar o sistema público, quando inexistente verdadeiro fato desencadeador e mantenedor da benesse”.¹²³

O empregador, porém, não pode ficar aguardando indefinidamente o empregado, pois necessita de trabalhador para fazer o serviço daquele. Na prática, muitas vezes a empresa contrata substituto interinamente.

Com a nova redação do parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 pode ser dito que a partir de 60 anos o INSS a aposentadoria por invalidez será definitiva, pois não haverá mais necessidade de se fazer exame médico pericial no aposentado por invalidez e pensionista inválido.

Nos casos em que o trabalhador se recupera e a aposentadoria é cancelada, o empregador poderá dispensar o trabalhador, pagando as verbas rescisórias pertinentes (§1.º do art. 475 da CLT).

9. Na questão 8, o candidato fala em responsabilidade subsidiária, mas não descreve o que é o convênio.

A resposta à questão 8 está absolutamente errada.

¹²³ GONÇALVES, Lilian, Aposentadoria por invalidez: Análise crítica de seus efeitos no contrato de trabalho. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2012, p. 55.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

O candidato não sabe o que é convênio.

Prevê o artigo 241 da Constituição que “a União, os Estados, do Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”. A Lei n.º 13.019, de 31 de julho de 2024, estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias.

Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro que convênio é uma “forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”.¹²⁴

O convênio compreende um objetivo comum, parceria, cooperação. No convênio não existe exatamente tomador dos serviços.

Convênio é “o ajuste entre órgão ou entidades do poder público ou entre estes e entidades privadas, visando à realização de projetos ou atividades de interesse comum, em regime de mútua cooperação”.¹²⁵

Convênios administrativos “são convenções, mas não contratos, pois nestes as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultante e não soma), ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns”.¹²⁶

Convênios “administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”.¹²⁷

Alexandre Mazza assevera que “convênio é o acordo administrativo multilateral firmado entre entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, visando a cooperação recíproca para alcançar objetivos de interesse comum a todos os conveniados”.¹²⁸

Afirma Irene Nohara que “os convênios abarcam interesses recíprocos com metas institucionais comuns e objetivam, portanto, um resultado comum alcançado mediante mútua colaboração”.¹²⁹

O convênio não é um contrato,¹³⁰ mas um ajuste administrativo.¹³¹ O objetivo é um resultado comum, mediante mútua colaboração. Nos contratos as vontades são antagônicas; os interesses são opostos e diversos.

Os convênios são atos complexos. São acordos de vontades não contratuais celebrados pelo ente público e outra pessoa. São acordos de cooperação.

No convênio e na parceria há colaboração mútua e não prestação de serviços ao ente público.

¹²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

¹²⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 244.

¹²⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 676.

¹²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 358.

¹²⁸ MAZZA, Alexandre. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 456.

¹²⁹ NOHARA, Irene Patrícia. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 461.

¹³⁰ No mesmo sentido MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros. 1990, p. 358. Há também julgamento nesse sentido no STF (RTJ 141/619).

¹³¹ GASPARINI, Diógenes. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 303.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Nos convênios, os interesses são recíprocos e os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns, reunindo-se para alcançá-los. Objetiva um resultado comum, com mútua colaboração.

Nos convênios e em outros ajustes similares não existe a “estipulação de obrigações recíprocas”.

Assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o convênio:

“O convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas.

.....

O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei nº 8.666/93, quando, no art. 116, *caput*, determina que suas normas se aplicam aos convênios “no que couber”. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos artigos 1º e 2º”.¹³²

Leciona José dos Santos Carvalho Filho:

“No contrato, os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Nesse tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a cooperação, e não o lucro procurado por celebrar contratos.

(...) Nos convênios, ao revés, podem ser vários os polos, havendo um inter-relacionamento múltiplo, de modo que cada participante tem, na verdade, relação jurídica com cada um dos integrantes dos demais pólos”.¹³³

Para legislar sobre a matéria de licitação e contratos, observa a Administração Pública o disposto no XXVII do artigo 22 da Constituição.

Dispõe o artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 que: “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

Pode ocorrer de o convênio exigir licitação e em outros casos não. O artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 usa a expressão “no que couber”. Logo, pode não ser exigida a licitação no convênio, se não couber.

Ensina José dos Santos Carvalho Filho:

“A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra. É verdade que a Lei 8.666/93 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação ocorre no que couber. Como é lógico, raramente será possível a competitividade que marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. Por outro lado, no verdadeiro convênio inexistente perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação”.¹³⁴

¹³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28ª edição, São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

¹³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28ª edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 228.

¹³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 229. O STF já entendeu não precisar de licitação (Inq. 1.957-PR, Rel. Min. Carlos Velloso, em 11.5.2005, Informativo STF n.º 387, maio de 2005).



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

A celebração de convênio depende de prévia aprovação pela organização interessada, como se extrai do parágrafo 1º do artigo 116 da citada lei:

“A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações...”.

No convênio administrativo, quando do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da entidade conveniada, não existe intervenção por parte do ente público, não podendo lhe ser imposto o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo conveniado.

Quando a Administração Pública se utiliza de licitação e nos casos de celebração de convênio, não se pode falar em responsabilidade subsidiária.

O parágrafo 6.º do artigo 37 da Constituição se aplica quando a Administração Pública é prestadora de serviço público ou por delegação a particular. Na terceirização, a Administração Pública é tomadora do serviço.

A Administração Pública age de acordo com o princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição). Observa o procedimento de licitação (art. 37, XXI, da Constituição) na contratação de prestadores de serviços.

A utilização de licitação, regra geral, é a forma pela qual são praticados os atos da Administração Pública. As instituições são contratadas mediante concorrência pública.

Não existe culpa *in eligendo* em razão da necessidade de ser feita licitação para a contratação do prestador de serviço.

Na relação de convênio não existe terceirização de mão de obra. O caso, portanto, não é de aplicação do inciso IV da Súmula 331 do TST. O TST inclusive mudou a redação do referido inciso, não mais constando a exclusão da aplicação do parágrafo 1.º do artigo 71 da Lei n.º 8.666/93.

No mesmo sentido os seguintes julgados do TST:

RECURSO DE REVISTA - MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO-CONVÊNIO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - NÃO CONFIGURAÇÃO.

O convênio firmado entre o Município do Rio de Janeiro e a Associação de Moradores e Amigos da Serra Morena não configura contrato administrativo, mas acordo de vontades estabelecido entre o poder público e entidade privada com o intuito de fomentar iniciativas privadas de utilidade pública, não atraindo, por esse motivo, a incidência da responsabilização subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331, IV, desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido (1ª Turma, RR-1.241/2003-031-01-00.0, j. 7.11.2007, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DJ de 14/12/07).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Federação Metropolitana de Centros Comunitários e Associações de Moradores emecam, visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família, não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil objetivando mútua cooperação. Precedentes desta Corte superior (RR-114/2006-014-08-00.2, Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ de 11/10/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Comissão de Bairros de Belém visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Saúde da Família não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil objetivando mútua cooperação. Precedentes desta Corte superior (RR-1.074/2005-003-08-00.1, Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ de 11/10/2007).

RECURSO DE REVISTA - CONVÊNIO CELEBRADO COM ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - INAPLICABILIDADE. Do fato do convênio não se confundir com contrato administrativo, não se há de falar em terceirização de serviços, tampouco em responsabilização subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331 do TST, tendo em vista que houve a celebração de acordo de vontades entre o Município e a entidade privada, com escopo no fomento de atividades de utilidade pública. Ressalte-se que as responsabilidades do ente público, descritas no art. 18 da Lei nº 8.080/90, referem-se à sua competência para avaliar, fiscalizar e controlar a execução dos serviços de utilidade da comunidade prestados pela entidade privada, não se confundindo com a culpa in vigilando, motivo da responsabilização subsidiária, já que não está adstrito ao exame do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa conveniada (RR-553/2006-014-08-40.0, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, DJ 24/8/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Federação Metropolitana de Centros Comunitários e Associações de Moradores FEMECAM visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil, visando à mútua cooperação (RR-1.255/2005-002-08-00.1, j. 5/9/2007, Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. EMPREGADO CONTRATADO POR ENTIDADE PARTICULAR QUE FIRMOU CONVÊNIO COM MUNICÍPIO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. I - Convênio é o acordo de vontades estabelecido entre o Estado e entidades privadas com o escopo de fomentar iniciativas privadas de utilidade pública. II - Não se confunde com terceirização, já que não se trata de contrato, não se aplicando ao caso os termos da Súmula 331 do TST, pois, como o Município não está firmando nenhum tipo de contrato, muito menos de prestação de serviços, não pode ser responsabilizado subsidiariamente. III - As responsabilidades do ente público a que aludem os incisos X e XI do art. 18 da Lei nº 8.080/90 dizem respeito à avaliação, controle e fiscalização da execução dos serviços de saúde por entidades privadas, e não à obrigação do ente público em fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo conveniado, de forma que não há falar em culpa in eligendo e in vigilando. V - Recurso conhecido e provido. VI - Prejudicado o exame dos outros tópicos do recurso de revista (4ª T., RR 161800-84.2005.5.08.0011, j. 20/6/2007, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DJ 10/8/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATAÇÃO DE EMPREGADO POR ENTIDADE PARTICULAR. CONVÊNIO FIRMADO COM O ESTADO DO PARANÁ. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DO TEOR DO ITEM IV DA SÚMULA Nº 331 DESTA CORTE.

1. Ao fomentar a educação ou a saúde - direitos constitucionais sociais insculpidos no artigo 6º da Constituição de 1988, o Estado atua de maneira a efetivar os direitos fundamentais, por todos os meios permitidos em nosso ordenamento jurídico, de forma



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

centralizada ou descentralizada. Nesse contexto, o mero repasse de verbas, por meio de convênio, para a Associação Mantenedora Saint Germain de Curitiba, com vistas à contratação de trabalhadores objetivando a promoção de ensino especial de pessoas carentes, não configura intervenção ou atuação econômica do Estado, mas implementação dos direitos fundamentais sociais, que se erigem em escopos precípuos da nação, motivo pelo qual não se pode reconhecer responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado do Paraná. 2. Recurso de revista conhecido e provido (5ª T., RR v 28.289/2000-005-09-00.2, , j. 27.6.2007, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DJ 10.8.2007).

A Orientação Jurisprudencial nº 185 da SDI-I do TST pode ser aplicada por analogia em casos de convênios:

“Contrato de trabalho com a Associação de Pais e Mestres - APM. Inexistência de responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado.

O Estado-Membro não é responsável subsidiária ou solidariamente com a Associação de Pais e Mestres pelos encargos trabalhistas dos empregados contratados por esta última, que deverão ser suportados integral e exclusivamente pelo real empregador”.

Não existe responsabilidade subsidiária do ente público quando celebra convênio com outras instituições, seja por falta de previsão legal ou pelo fato de que o convênio não é exatamente uma prestação de serviço. A Súmula 331 do TST não se aplica à questão, pois não se trata de terceirização. Não é, portanto, possível mudar a nota do candidato na questão.

Não há como o candidato obter nota máxima, por estar a sua resposta errada.

10. A questão 9 foi acertada pelo candidato. Não há o que impugnar.

11. Na questão 10, o candidato acertou o conceito.

O candidato não ofereceu a distinção adequada ao dano moral.

Wilson de Melo da Silva afirma que “danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”.¹³⁵

Silvio de Salvo Venosa menciona que dano moral é “o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, abrangendo também os direitos da personalidade, direito à imagem, ao nome, à privacidade, etc.”.¹³⁶

Consiste o dano moral na lesão sofrida pela pessoa no tocante à sua personalidade. Compreende, portanto, o dano moral um aspecto não econômico, não patrimonial, mas que atinge a pessoa no seu âmago.¹³⁷

Atinge o dano moral a honra, a intimidade, a imagem da pessoa, a personalidade, o íntimo do ser humano. Implica dor, angústia da pessoa com o ato praticado por alguém.

O dano moral envolve um aborrecimento extremo, um desgosto profundo, uma contrariedade. É uma perturbação da psique do indivíduo.¹³⁸ É o que a pessoa sente.

O dano existencial é algo que causa prejuízo ao empregado em razão da continuidade do ato que deixou de proporcionar ao trabalhador o contato com sua família, com os amigos, de praticar um esporte, etc. Compreende um aspecto de não mais poder fazer aquilo

¹³⁵ SILVA, Wilson Melo da. Dano moral e sua reparação. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 1.

¹³⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. Responsabilidade civil. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 35.

¹³⁷ MARTINS, Sergio Pinto. Dano moral decorrente do contrato de trabalho. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23.

¹³⁸ ALMEIDA NETO, Amaro Alves. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista de Direito Privado, n.º 24, outubro-dezembro de 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 34.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

que queria. Pode decorrer da frustração que o trabalhador tem por não ter feito um curso ou ter terminado a faculdade em razão do excesso de trabalho exigido pelo empregador. A pessoa não vai mais poder fazer aquilo que pretendia.¹³⁹

Se o dano é denominado existencial, não é, portanto, moral.

O prejuízo em valor que a pessoa teve é dano material e não dano existencial.

No dano existencial, há necessidade de que o autor prove suas alegações para fazer jus a indenização. Não é possível presumir o dano existencial.

A fixação também não foi bem explicada pelo candidato.

Costuma-se dizer que a dor não tem preço, daí porque se fixar um valor para compensá-la e não indenizá-la. No dano existencial, também haverá esse mesmo problema.

O objetivo do valor da indenização é a reparação integral, o *restitutio in integrum*.

O juiz deve levar em conta os seguintes elementos para fixar o valor da indenização:

- a- situação financeira dos litigantes;
- b- discernimento do ofensor sobre a gravidade do fato;
- c- gravidade do ato;
- d- grau de cultura e posição social do ofensor;
- e- estabelecer punição pedagógica, visando evitar a reincidência no ato;
- f- intensidade do dolo ou da culpa;
- g- a repercussão da ofensa, como na sociedade e no ambiente de trabalho;
- h- posição social do ofendido, verificando a moral do homem médio. Empregados mais conhecidos na empresa devem ter indenização maior se a divulgação é do conhecimento geral.

Dispôs a Lei n.º 12.846/13 sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. O artigo 7.º da Lei n.º 12.846/13 estabeleceu que “serão levados em consideração na aplicação das sanções:

- I - a gravidade da infração;
- II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- III - a consumação ou não da infração;
- IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;
- V - o efeito negativo produzido pela infração;
- VI - a situação econômica do infrator;
- VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;
- VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;
- IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados”.

A Seção Única da Suprema Corte de Cassação de Itália asseverou que a reparabilidade do dano existencial exige, unicamente, a presença da: a- injustiça do dano; b- lesão a uma posição constitucionalmente garantida (Sentença n.º 500/1999).

Deve o magistrado sopesar os itens acima para fixar a justa indenização para cada caso em concreto. Não poderá fixar, porém, a indenização de forma arbitrária. O juiz

¹³⁹ Pontes de Miranda já entendia que havia impropriedade técnica na equiparação de danos extrapatrimoniais ao dano moral (Tratado de direito privado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. XXVI, p. 30-31).



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

deverá fixar a indenização de forma prudente e moderada. Não poderá, portanto, fixar indenização de forma exagerada ou desproporcional.

O juiz deve, por conseguinte, ter bom senso na fixação da indenização. Não pode ser fixada indenização exagerada.

Na fixação da indenização por dano deve atentar o juiz para o antigo artigo 400 do Código Civil de 1916, que indica o binômio necessidade/possibilidade na fixação de alimentos: “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”. O artigo 1.695 do Código Civil de 2002 tem uma redação um pouco diferente, mas dá a entender o mesmo: “são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”.

Assim, deve-se usar da razoabilidade na fixação da indenização, da lógica do razoável de que nos fala Recaséns Siches.¹⁴⁰ Razoável é o comedido, moderado, sensato. O valor é fixado de forma proporcional ao dano cometido.

Mostra indiretamente o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil que a indenização deve ser fixada de forma proporcional ao agravo sofrido. Isso indica a utilização do princípio da proporcionalidade, da razoabilidade.

A indenização tem objetivos pedagógicos, de evitar que o réu incorra no mesmo ato novamente. Visa desestimular ou inibir situações semelhantes, pois é sabido que o bolso é a parte mais sensível do corpo humano, como se diz no âmbito popular. Tendo o ofensor um dispêndio financeiro com o ato que praticou, vai evitar a prática novamente do mesmo ato.

Como afirma Valdir Florindo: o montante da indenização deve traduzir-se em advertência ao lesante e à sociedade, de que comportamentos dessa ordem não se tolerará.¹⁴¹

Leciona Carlos Alberto Bittar que “a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante”.¹⁴² “Coaduna-se essa postura, ademais, com a própria índole da teoria em debate, possibilitando que se realize com maior ênfase, a sua função inibidora, ou indutora de comportamentos. Com efeito, o peso do ônus financeiro é, em um mundo em que cintilam interesses econômicos, a resposta pecuniária mais adequada a lesionamentos de ordem moral”.¹⁴³

A indenização por dano moral não pode, porém, ser fundamento para o enriquecimento do lesado, mas apenas compensar ou reparar o dano causado. Não pode também ser fundamento para arruinar financeiramente o réu, que deixará de pagar a indenização. Não pode constituir um prêmio de loteria. Como afirma Caio Mário da Silva Pereira, a indenização não pode ser “tão grande que converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva”.¹⁴⁴

A jurisprudência adotou a mesma orientação:

¹⁴⁰ RECASÉNS SICHES, Luis. Nueva filosofía de la interpretación del derecho, México, Fondo de Cultura Económica, 1956.

¹⁴¹ FLORINDO, Valdir. Dano moral e o Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, p. 206.

¹⁴² BITTAR, Carlos Alberto. A reparação civil por danos morais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 220.

¹⁴³ BITTAR, Carlos Alberto. A reparação civil por danos morais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 222.

¹⁴⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro. Forense, 1990, p. 176.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

“... A indenização a ser arbitrada deverá ser, nem tão grande que se converta em enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva, como se extrai da lição escoreita de Caio Mário Pereira da Silva” (TRT 3ª R., 2ª T., RO 21719/99, Rel. Juiz Wanderson A da Silva, DJ MG 21.6.2000, p. 17, RDT 07/00, p. 53).

Dispõe o artigo 953 do Código Civil que a indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. O parágrafo único do artigo 953 do Código Civil determina que se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. Isso foi regamente feito.

Não cabe, portanto, o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem liberdade para essa valoração.

Há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se faça. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

A exposição fática e jurídica do candidato não é suficiente para obter 6,0. O conhecimento demonstrado não possibilita o aumento da nota.

A finalidade do recurso não é rever toda a prova, como pretende o recorrente.

O examinador não tem de ficar explicando o que o candidato acertou ou errou na questão para justificar a nota dada. Não se está na Faculdade de Direito para justificar a correção da questão ao candidato.

Em síntese, a pretensão do candidato não merece acolhimento, cumprindo assinalar que todas as respostas foram cuidadosamente analisadas pelos membros da comissão examinadora, não havendo registro de atribuição de nota no caderno de prova para assegurar a independência de cada integrante, ao avaliar a compreensão da questão pelo candidato,



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

fundamentação adequada, conhecimento da língua pátria e da existência de relevante controvérsia em nível doutrinário e jurisprudencial.

Pelo exposto, conheço do recurso e, no mérito, **nego-lhe provimento**, mantendo as notas que foram atribuídas ao candidato recorrente.

São Paulo, 12 de novembro de 2015.

Sergio Pinto Martins

Relator

Nº do Recurso

RECURSO Nº 22

Identificação do Candidato

Ana Carolina Cabral de Mello

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro.

VOTO (RELATOR)

Natureza: **RECURSO Nº 22 – XL Concurso para Ingresso na Magistratura**

Recorrente: Candidato 615

Relator: Desembargador Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro

Notas do Candidato: Examinadores:

Dr. Sergio Pinto Martins: 5,5

Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro: 5,5

Dr. Geraldo Baraldi Júnior: 5,5

Vistos, etc.

1. O candidato pede a majoração da sua nota na 1ª prova discursiva. Para tanto, o candidato tenta justificar as ideias defendidas nas respostas de 10 questões. De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 – (...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2. O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um “segundo turno” de avaliações das provas. O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

3. A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. E isso foi regiadamente feito.

4. Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5. E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6. Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7. Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

8. Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, NEGOU PROVIMENTO do recurso.

São Paulo, 29 de outubro de 2015.

DR. RAFAEL E. PUGLIESE RIBEIRO

Desembargador Federal do Trabalho

Relator

DR. SÉRGIO PINTO MARTINS

Desembargador Federal

RECURSO Nº 23

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Ilmo. Sr. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

VOTO (RELATOR)

Recurso interposto quanto às notas apresentadas pela Banca Examinadora da primeira prova escrita da segunda fase do concurso.

Recurso 23



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Prova: 90

Vistos, etc.

Trata-se de recurso interposto por candidato que realizou prova escrita acima destacada na segunda fase do Concurso para o cargo de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região.

Em resumo, sustenta que todas as notas finais atribuídas pelos Examinadores devem ser majoradas pelas razões expostas no respectivo apelo, notadamente a Questão 08. Sustenta, ademais, a nulidade da Questão 02 que, no seu entender, o conteúdo da mesma não fazia parte do Edital do Concurso.

É o relatório

V O T O

III. NULIDADE DA PERGUNTA 02 DA PRIMEIRA PROVA DISCURSIVA

O candidato sustenta que a questão nº 2 versava matéria tributária e esta não se encontrava prevista no edital de concurso. O equívoco do candidato é notório. 9.1. A questão versa sobre uma das realidades do cotidiano do Juiz do Trabalho, alusiva à possibilidade jurídica e utilidade prática de uma alienação de bem imóvel em hasta pública que conte com crédito tributário. A pendência de crédito tributário sobre o bem imóvel adquirido em hasta pública abre questão para numerosas situações jurídicas, que vão desde a inviabilidade de venda do bem, até à solução de incidentes póstumos à alienação, como a possível desistência do arrematante pelo bem, caso não tenha constado do edital os ônus pretéritos. Era muito importante que o candidato soubesse solucionar as duas situações práticas apresentadas, e dentre elas, em especial, a hipótese de o crédito tributário se revelar SUPERIOR ao produto da alienação. Isso estava a exigir do candidato conhecimento sobre a ordem de preferência do crédito trabalhista frente ao crédito tributário, e como solucionar o problema apresentado. A questão não exigiu do candidato NENHUM conceito de direito tributário, nenhuma definição tributária, senão conhecimentos específicos de direito processual, ou seja, conhecimento de arrematação, validade da arrematação, destinação de parte do produto arrecadado para pagamento do crédito tributário e preferência do crédito trabalhista. Não se pediu para definir "fato gerador", não se pediu para definir "crédito tributário". A cultura jurídica do candidato que almeja o cargo de Juiz do Trabalho deve ser apta a solucionar a situação proposta, com a qual ele irá se deparar no exercício da função.

Assim, não há nulidade a ser declarada.

IV. MÉRITO

Inicialmente, enfatiza-se que o candidato não obteve aprovação no certame de nenhum dos 03 examinadores da banca já que suas notas foram 4,50, 4,50 e 4,50 respectivamente. Uma ou outra diferença decorria, se fosse o caso, da definição individual de cada examinador.

De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 –



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

(...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2.

O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um segundo turno de avaliações das provas.

O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”

E isso foi regiadamente feito.

4.

Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor.

A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5.

E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato.

Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial).

Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas.

Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, nada há para ser alterado.

DO EXPOSTO,

CONHEÇO do recurso interposto pelo candidato autor da prova nº “90” da primeira prova escrita da segunda fase do LX Concurso para provimento do cargo de Juiz Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região para, afastando-se a nulidade requerida em relação à Questão 02, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO** para manter as notas que lhe foram atribuídas quando da correção de sua prova pela Banca Examinadora.

Geraldo Baraldi Junior

- Relator –

Nº do Recurso

RECURSO Nº 24

Identificação do Candidato

Camila Tesser Wilhelms

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins.

VOTO (RELATOR)

Vistos, examinados, etc.

Trata-se de recurso interposto em face do resultado obtido na 1ª prova escrita discursiva – 2ª etapa do XXXIX Concurso para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, identificado com o número 24. Afirma que de forma injusta e inusitada a pontuação obtida foi aquém do esperado. Impugna as questões de 1 a 10. Entende que a questão 2 não está prevista no edital. Pede a anulação da questão.

É o relatório.

Decide-se:

1. Conheço do recurso, eis que regular e tempestivo, conforme certificado pela Secretaria da Comissão do Concurso a fls. 02.

2. De fato, a pontuação da candidata foi aquém do esperado, pois suas respostas às questões não foram suficientes para obter nota superior a cinco. Não há, porém, forma injusta, pois a candidata ainda não tem condições de ir para outra fase, pois o conteúdo de sua prova é insuficiente para obter 6,00.

No mérito, verifica-se que a candidata, apesar da vista de prova a que teve direito e do tempo transcorrido para melhor reflexão sobre as questões, não foi capaz de promover uma autocrítica e identificar as próprias falhas, pretendendo estabelecer um diálogo com a Comissão Examinadora.

Todas as questões foram consideradas e analisadas pela banca, independentemente do número de páginas usadas pela candidata.

A candidata pede a revisão das notas das questões, mas não constam anotações na sua prova a respeito de qual nota foi dada a cada uma das questões. Não sabe a candidata qual nota foi dada a cada questão para se falar em aumentar sua nota.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

3. Na questão 1, a banca não considerou correta a afirmação de que lay off é dispensa em massa. Ao contrário, para quem respondeu assim a resposta foi considerada errada.

Sua resposta foi considerada correta. A candidata não sabe o que está impugnando.

4. A questão n. 2 está contida do edital, no tema processo do trabalho, item 16, arrematação, adjudicação. A questão compreende aspectos da validade e eficiência da alienação, verificando os privilégios em relação ao crédito trabalhista. Trata-se de incidente na execução da sentença trabalhista, que está na competência da Justiça do Trabalho. Não é o caso de anulação da questão.

A cultura jurídica da candidata que almeja o cargo de Juiz do Trabalho deve ser apta a solucionar a situação proposta, com a qual ele irá se deparar no exercício da função.

Abordar significa chegar à beira ou borda de; abalroar uma embarcação para tomá-la de assalto. É originária do francês *aborder*. Constitui galicismo desnecessário o emprego da palavra no sentido de tratar de um assunto.¹⁴⁵ A candidata não tratou devidamente do foi objeto de questionamento. Não se trata de abordar, mas de tratar.

Na letra a, a candidata não responde a pergunta, pois a resposta era não há relação jurídica.

A letra b foi considerada correta.

Na letra c, não há resposta à questão.

5. Na questão 3, a candidata respondeu o conceito e os requisitos de forma correta.

Não se pediu na questão para a candidata falar em greve de solidariedade e greve política, que não dizem respeito à finalidade. A finalidade da greve é a obtenção de melhores condições de trabalho para os empregados, que não foi respondido.

A candidata não explicou a diferença entre greve ilegal e abusiva. O penúltimo parágrafo mostra que a candidata confunde uma coisa com outra.

A candidata não obteve a nota máxima, pois não acertou integralmente a questão.

6. Não questão 4, o objeto não foi respondido, que é a criação de melhores condições de trabalho, mas a criação de normas heterônomas.

O empregador não é titular do direito, pois não tem nenhum interesse em conceder direitos ao empregado.

Não foi falado sobre o Ministério Público do Trabalho e o Presidente do TRT poderem suscitar o dissídio coletivo.

A questão não pede para se falar do requisito comum acordo.

7. Na questão 5, não foi falado sobre o crime de flagrante delito em caso de crime de trabalho escravo no domicílio do empregador.

Não foi dito que a fiscalização deverá ter função orientadora.

Foi dada a pontuação que a candidata mereceu.

8. Na questão 6, não consta da resposta da candidata de forma integral a distinção que fiz no artigo citado publicado na Carta Forense.

Parece que a candidata leu o meu artigo somente agora, pois não demonstrou conhecê-lo quando respondeu a questão.

Faltou muita coisa na resposta, pois a candidata não estabeleceu a distinção entre a Fundação Pública e Privada. Fez afirmações pontuais, mas não fez a distinção. Esperava-se resposta no seguinte sentido:

¹⁴⁵ ROMITA, Arion Sayão. Direito do trabalho. Temas em aberto. São Paulo: LTr, 1998, p. 144.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Determina o inciso IV do artigo 5.º do artigo do Decreto-lei n.º 200/67 que fundação pública é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

Dispõe o inciso XIX do artigo 37 da Constituição que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”. Essa lei complementar não existe até o momento.

Distingue-se a fundação pública da fundação privada.

As fundações privadas são pessoas jurídicas de direito privado (art. 44, III, do Código Civil). A fundação privada será criada por escritura pública ou testamento, com dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. (art. 62 do Código Civil). A fundação privada somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência. A fundação pública será criada por lei ou a lei autorizará a sua criação. Não será criada a fundação pública por escritura pública ou por testamento.

Afirma Adilson de Abreu Dallari que “quando a lei cria diretamente uma fundação tem-se uma fundação pública, dotada de personalidade de direito público, até porque a lei não pode criar pessoa privada”.¹⁴⁶ É o que ocorre quando a fundação é instituída por lei federal, estadual ou municipal. A Administração Pública direta ou indireta está sujeita ao princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição), a só fazer aquilo que a lei determina.

Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona que a fundação tem natureza pública quando “é instituída pelo poder público com patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e, destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de auto administração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei”.¹⁴⁷ Destaca as suas características: a- dotação patrimonial ou inicial do ente governamental; b- personalidade jurídica; c- desempenho de atividade atribuída ao Estado no âmbito social; d- capacidade auto-administrativa; e- sujeição ao controle administrativo ou tutela por parte da Administração direta.¹⁴⁸

Celso Antonio Bandeira de Mello leciona que “é absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as fundações públicas são pessoas de Direito Privado. Na verdade, são pessoas de Direito Público,....; Saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda, que se lhe atribua outra qualificação. Entretanto, foram batizadas de pessoas de Direito Privado apenas para se evadirem destes controles moralizadores ou, então, para permitir que seus agentes acumulassem cargos e empregos, o que lhes seria vedado se fossem reconhecidas como pessoas de Direito Público”.¹⁴⁹

¹⁴⁶ DALLARI, Adilson de Abreu. Regime constitucional dos servidores públicos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 44.

¹⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 320.

¹⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, p. 320.

¹⁴⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 15ª ed, São Paulo: Malheiros, 2003, 169.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

A fundação pública não tem fins lucrativos. É formada por meio de dotação do Estado. São recursos da Fundação as dotações, subvenções, contribuições que o Estado anualmente consignar em seus orçamentos. No caso de extinção da fundação, seus bens e direitos são incorporados ao patrimônio do ente público que a criou.

Tem direito a fundação pública a isenção de tributos em relação ao ente da Administração Pública que pertencer.

A fundação pública não pode aplicar em despesas administrativas, inclusive de pessoal, mais que determinado porcentual do seu orçamento. Isso também mostra que se trata de determinação de Direito Administrativo.

Atendidos tais requisitos a fundação é considerada pública e não privada.

O STF já afirmou que “nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o §2.º do art. 99 da Constituição Federal” (RE 101.126/84, Rel. Min. Moreira Alves).

A jurisprudência do TST indica quando a fundação é considerada pública:

FUNDAÇÃO PÚBLICA. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. ESTABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. 1 - Reconhecidamente criada por lei, com fins assistenciais de indiscutível escopo público e alcance social, a FURP, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, reveste-se de natureza eminentemente pública, devendo reger-se pelas normas e princípios de Direito Público.

2 - Consoante o disposto no artigo 19 do ADCT, a estabilidade especial no serviço público abarca os servidores das fundações públicas que já estavam em exercício há, pelo menos, cinco anos continuados na data da promulgação da Constituição Federal e que não tenham sido admitidos por meio concurso público.

3 - Na hipótese, o reclamante foi admitido em 2/4/1982, vindo a ser dispensado em 9/8/1994, quando contava com mais de 13 (treze) anos de serviço continuado para a Fundação. Atendidos todos os requisitos constantes do artigo 19 do ADCT, necessários para assegurar a estabilidade no emprego, dá-se provimento ao recurso de revista para determinar a reintegração do reclamante no emprego. (1ª Turma, RR - 689676-57.2000.5.02.0314, j. 2/4/2008, Relator Ministro: Lélío Bentes Corrêa, DJ 2/5/2008).

FUNDAÇÃO PÚBLICA. ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL. ARTIGO 19 DO ADCT/CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. FURP. A fundação pública, cuja noção está definida pelo artigo 5º, inciso IV e § 3º, do Decreto-Lei nº 200/67, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, ostenta natureza pública, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988, em face do que consta especialmente da redação dos seus artigos 37, XIX, 39 e 40, caput. Seus empregados, assim, são abarcados pela estabilidade especial no serviço público regulada pelo artigo 19 do ADCT, que também alude expressamente aos servidores das fundações públicas, desde que observados os requisitos delineados no seu caput e parágrafos, sendo, portanto, nula a dispensa do servidor nessas circunstâncias, porquanto implementados todos os pressupostos de natureza constitucional para a referida estabilização, daí por que se lhe assegura a reintegração no serviço público do qual fora ilícitamente afastado. Incidência dos arts. 37, XIX, e 39 da Constituição Federal e 19 do ADCT. Recurso do reclamante conhecido e provido (1ª Turma, RR - 678030-43.2000.5.02.5555, j. 24/9/2003, Relator Ministro: Lélío Bentes Corrêa, DJ 5/3/2004).



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Sendo Fundação Pública, o processamento da execução é por precatório (art. 100 da Constituição). O TST já decidiu no mesmo sentido em relação a reclamada, por considerá-la Fundação Pública (TST, 5ª T., AIRR 1.576/1995-311-02-40.6, j. 25.6.2008, Rel. Min. Brito Pereira, DJ 01/08/2008; 1ª T., ED-RR 788.028/01.8, j. 25.5.2005, Rel. Guilherme Augusto Caputo Bastos).

A candidata não fez referência a custas e depósito recursal da fundação.

A candidata não fez referência a prazo em quádruplo para ser marcada audiência (art. 841 da CLT) e em dobro para recorrer, remessa de ofício das decisões que lhe sejam total ou parcialmente contrárias. Está dispensado o ente público de fazer assistência no sindicato na rescisão do contrato de trabalho (art. 1º do Decreto-lei n.º 779/69). Não estão sujeitas as fundações ao procedimento sumaríssimo (§ único do art. 852-A da CLT).

Se o empregado tiver cinco anos de trabalho antes da vigência da Constituição de 1988, tem direito a estabilidade (art. 19 do ADCT).

Logo, mais uma vez, não é possível dar a nota máxima a candidata, pois sua resposta não está adequada.

9. Na questão 7, as afirmações constantes da prova não são suficientes para mudar a nota.

A candidata desconhece a alteração dos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91.

A concessão definitiva da aposentadoria por invalidez pode levar muito tempo para ser decidida pelo órgão previdenciário. Enquanto isso, o empregador não sabe o que fazer. Já afirmou Raimundo Cerqueira Ally, sobre prolongamento do afastamento do empregado por doença e a ocupação de imóvel do empregador, que “o problema é crítico e não encontra na lei, na doutrina e na jurisprudência solução plausível”.¹⁵⁰

Leciona Mozart Victor Russomano que “aposentadoria por invalidez é o benefício decorrente da incapacidade do segurado para o trabalho, sem perspectiva de reabilitação para o exercício de atividade capaz de lhe assegurar a subsistência”.¹⁵¹

Dispõe o artigo 475 da CLT, que tem a redação original de 1943, que o empregado aposentado por invalidez tem seu contrato de trabalho suspenso durante o prazo fixado pelas leis de previdência para a efetivação do benefício (art. 475 da CLT). Reza o parágrafo 1.º do artigo 475 da CLT, com a redação determinada pela Lei n.º 4.824, de 5 de novembro de 1965, que recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria.

Prevvia o parágrafo 3.º do artigo 4.º da Lei n.º 3.332, de 26 de janeiro de 1957, que a aposentadoria por invalidez era definitiva, quando completava cinco anos de vigência.

Determinava o parágrafo 6.º do artigo 27 da Lei n.º 3.807/60 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional. Entendia-se com base nesse dispositivo que, após os 55 anos, a aposentadoria por invalidez era definitiva e o segurado não tinha mais condições de se recuperar, tanto que não mais se exigiam exames médicos.

A Súmula 217 do STF foi editada em 11 de julho de 1963, quando foi publicada no Diário de Justiça da União. Seu fundamento é o artigo 475 da CLT. Esclarece que

¹⁵⁰ ALLY, Raimundo Cerqueira. Normas previdenciárias no direito do trabalho. 3ª ed. São Paulo: IOB, 1989, p. 111.

¹⁵¹ RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 135.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

tem direito de retornar ao emprego, ou ser indenizado em caso de recusa do empregador, o aposentado que recupera a capacidade de trabalho dentro de cinco anos a contar da aposentadoria, que se torna definitiva após esse prazo.

O antigo Prejulgado n.º 37 do TST, de 21 de setembro de 1971, estabeleceu que “cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei”.

Estabelecia o parágrafo 7.º do artigo 6.º da Lei n.º 5.890/73 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional.

Prescrevia o artigo 7.º da Lei n.º 5.890/73 que a aposentadoria por invalidez seria mantida enquanto a incapacidade do segurado persistisse, ficando ele obrigado a submeter-se aos exames que, a qualquer tempo, fossem julgados necessários para verificação da manutenção, ou não, dessas condições. Verificada a recuperação da capacidade de trabalho do segurado aposentado, procedia-se da seguinte forma: I- se, dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria, ou de três anos, contados da data em que terminou o auxílio-doença em cujo gozo se encontrava, for o aposentado declarado apto para o trabalho, o benefício ficará extinto: a- imediatamente, para o segurado empregado, a quem assistirão os direitos resultantes do disposto no artigo 475 e respectivos parágrafos da CLT, valendo como título hábil, para esse fim, o certificado de capacidade fornecido pela previdência social; ... II- se a recuperação da capacidade de trabalho ocorrer após os prazos estabelecidos no item anterior, bem assim quando, a qualquer tempo, essa recuperação não for total, ou for o segurado declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo do trabalho, sendo reduzida em 18 meses até sua extinção.

Estabeleceu o Decreto n.º 83.080/79 (Regulamento de Benefícios da Previdência Social) que “se o segurado é declarado apto para o trabalho após o prazo do item I, se, a qualquer tempo a recuperação não é total ou se o segurado é declarado pela previdência social apto para o trabalho diverso do que anteriormente exercia, a aposentadoria é mantida, sem prejuízo da volta ao trabalho” (art. 119, II). Trabalho é o esforço da pessoa para um determinado fim econômico.

A Resolução Administrativa 102/82 do TST, publicada no Diário de Justiça da União de 11 de outubro de 1982, transformou o Prejulgado 37 na Súmula 160.

A redação do Decreto n.º 89.312/84 é um pouco diferente do regulamento anterior: “Quando a recuperação ocorre após o período do item I, ou não é total, ou o segurado é declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a aposentadoria é mantida, sem prejuízo da volta à atividade” (art. 31, II). Atividade é a atribuição ou serviço desempenhado pela pessoa.

Mostra o artigo 42 da Lei n.º 8.213/91 que o benefício de aposentadoria por invalidez é devido enquanto permanecer nesta condição (for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência).

O inciso I do artigo 47 da Lei n.º 8.213/91 dispõe que quando a recuperação do aposentado por invalidez ocorrer dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a antecedeu sem interrupção, o benefício cessará. Mostra o inciso II do mesmo artigo que se a recuperação for parcial, ou ocorrer após o prazo de cinco anos, ou ainda quando o segurado for declarado apto para o exercício de trabalho diverso do qual habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo da volta à atividade, sendo o benefício extinto no prazo de 18 meses a contar da recuperação da capacidade.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Disponha o artigo 101 da Lei n.º 8.213, na sua redação original, que o segurado em gozo de aposentadoria por invalidez ou de auxílio-doença e o pensionista inválido, enquanto não completassem 55 anos, estavam obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado. Esse artigo teve a redação alterada pela Lei n.º 9.032/95, que não mais fez referência à idade de 55 anos. Assim, não existia mais idade limite de 55 anos para o segurado fazer exames médicos em caso de invalidez para ser considerada definitiva a aposentadoria.

Posteriormente, passou-se a entender que a aposentadoria por invalidez é provisória, pois o segurado pode, em certos casos, recuperar-se.¹⁵²

O STJ já entendeu que a aposentadoria por invalidez não é definitiva, mesmo depois de cinco anos, se o aposentado recupera a capacidade de trabalho (REsp 460.331, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 20.11.2006, DJ 11.12.1006, p. 405).

A Instrução Normativa INSS/ PRES 77, de 21 de janeiro de 2015, afirmava que a perícia médica deveria rever o benefício de aposentadoria por invalidez a cada dois anos (art. 222).

A Súmula 440 do TST afirma que o contrato de trabalho está suspenso na aposentadoria por invalidez, mas o empregado tem de ser mantido no Plano de Saúde.

Outra solução poderia ser que a aposentadoria é compulsória para o empregado que completa 70 anos de idade e para a empregada com 65 anos (art. 51 da Lei n.º 8.213/91). Atingidas as referidas idades, a aposentadoria por invalidez também seria definitiva e não provisória.

Prescreve o artigo 475 da CLT:

“Art. 475 - O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

§ 1º - Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização deverá ser paga na forma do art. 497. ([Redação dada pela Lei nº 4.824, de 5.11.1965](#))

§ 2º - Se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da interinidade ao ser celebrado o contrato”.

Sob o ângulo trabalhista, a aposentadoria por invalidez é hipótese de suspensão dos efeitos do contrato de trabalho.

Determina o artigo 475 da CLT que o empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

Não há na lei previdenciária prazo de duração para a efetivação da aposentadoria por invalidez.¹⁵³

¹⁵² MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 348.

¹⁵³ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários às Súmulas do TST. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.103.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Em Portugal, por exemplo, a reforma do trabalhador por velhice ou invalidez importa a caducidade do contrato de trabalho (art. 343, c, do Código de Trabalho), com a cessação automática do pacto laboral. Ensina Antonio Lemos de Monteiro Fernandes que a preocupação do legislador foi “de libertar efetivamente postos de trabalho a partir de certo momento - o da obtenção da reforma - preocupação surgida no contexto de uma grave crise de desemprego”.¹⁵⁴

O Código de Trabalho português mostra que a suspensão do contrato de trabalho pode fundamentar-se na impossibilidade temporária (art. 330º, 1). Logo, não pode ser definitiva nem durar longo tempo.

A suspensão dos efeitos do contrato de trabalho não poderia ser indefinida, pois causa insegurança jurídica ao empregador, que não sabe quando ou se poderá contar com o empregado que foi aposentado por invalidez.

A aposentadoria por invalidez não é permanente. Ela é provisória até que o médico diga que o trabalhador não tem mais capacidade de recuperação, quando será considerada definitiva.¹⁵⁵

A Lei n.º 13.063, de 30 de dezembro de 2014, acrescentou os parágrafos 1.º e 2.º ao artigo 101 da Lei n.º 8.213/91:

“Art. 101. O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

§ 1.º O aposentado por invalidez e o pensionista inválido estarão isentos do exame de que trata o caput após completarem 60 (sessenta) anos de idade.

§ 2.º A isenção de que trata o § 1.º não se aplica quando o exame tem as seguintes finalidades:

I - verificar a necessidade de assistência permanente de outra pessoa para a concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício, conforme dispõe o art. 45;

II - verificar a recuperação da capacidade de trabalho, mediante solicitação do aposentado ou pensionista que se julgar apto;

III - subsidiar autoridade judiciária na concessão de curatela, conforme dispõe o art. 110”.

Na verdade, não se trata de isenção, pois esta diz respeito a dispensa legal do pagamento de tributo. Trata-se da dispensa de se fazer o exame médico.

A norma jurídica regulamentou situação da prática, em que em alguns casos já se deixava de fazer perícia depois do segurado atingir a idade de 60 anos.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia afirma que “há possibilidade de se entender que, após essa idade (60 anos), a situação passa a ter contornos mais definitivos, permitindo a extinção do contrato de trabalho pelo empregador”.¹⁵⁶

A conclusão que se extrai da alteração feita no parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 é que a partir de 60 anos o INSS não fará mais exame médico pericial o aposentado por invalidez e pensionista inválido não mais está obrigado a fazer exame médico periódico bienal quando completarem 60 anos (§1.º do art. 101 da Lei n.º 8.213), que está de acordo com a idade do idoso (art. 1.º da Lei n.º 10.741/03). Assim, a aposentadoria por invalidez

¹⁵⁴ FERNANDES, Antonio Lemos de Monteiro. Direito do Trabalho. 8ª edição. Coimbra: Almedina, 1992, p. 438.

¹⁵⁵ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários á CLT. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 508.

¹⁵⁶ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito da seguridade social. São Paulo: Gen/Forense, 2015, p. 399.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

será definitiva. Há presunção legal de que aos 60 anos não precisa ser feita perícia. Logo, os efeitos do contrato de trabalho do empregado com o empregador não estarão mais suspensos, pois estará efetivado o benefício (art. 475 da CLT) e poderá ser rescindido o contrato de trabalho do aposentado por invalidez.

A redação da lei não faz distinção quanto a sexo. Logo, tanto homem como mulher não mais precisam fazer perícia por invalidez depois dos 60 anos.

Com a determinação da Lei n.º 13.063/14 fica derogado o artigo 71 da Lei n.º 8.212/91 não ponto em que exige que o INSS faça revisão periódica do benefício de aposentadoria por invalidez.

Foram estabelecidas três exceções no parágrafo 2.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91 para efeito de continuar a ser feito o exame médico:

- a- se há necessidade de assistência permanente de outra pessoa, referente ao acréscimo de 25%;
- b- se o próprio aposentado solicita retorno ao trabalho;
- c- se a autoridade judiciária solicita a perícia para fins de curatela.

A candidata não fez referência aos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91

A conclusão que se chega hoje é de que a aposentadoria por invalidez, de um modo geral, é provisória. Ela só será definitiva quando o médico assim entender, pois o segurado não é mais susceptível de recuperação. Passados cinco anos da concessão da aposentadoria por invalidez, não importa que ela venha a ser definitiva, pois o trabalhador pode se recuperar.

Leciona Lilian Gonçalves que “não restam dúvidas de que, sob o prisma previdenciário, a aposentadoria por invalidez não pode ser tida como definitiva, irreversível, total, plena e incondicional. Ao contrário, diante dos inquestionáveis e crescentes avanços da medicina, inovações terapêuticas e tecnológicas, bem como do sucesso das técnicas de reabilitação profissional, o trabalhador pode recuperar sua aptidão para o trabalho. Desse modo, o benefício deve ser mantido somente enquanto perdurar a condição de incapacidade, nada justificando onerar o sistema público, quando inexistente verdadeiro fato desencadeador e mantenedor da benesse”.¹⁵⁷

O empregador, porém, não pode ficar aguardando indefinidamente o empregado, pois necessita de trabalhador para fazer o serviço daquele. Na prática, muitas vezes a empresa contrata substituto interinamente.

Com a nova redação do parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 pode ser dito que a partir de 60 anos o INSS a aposentadoria por invalidez será definitiva, pois não haverá mais necessidade de se fazer exame médico pericial no aposentado por invalidez e pensionista inválido.

A candidata somente fez referência à suspensão dos efeitos do contrato de trabalho e ao prazo de cinco anos. As demais hipóteses acima não foram mencionadas. A resposta da candidata é insuficiente para ser mudada sua nota.

Na questão 7 a candidata não tem que falar sobre a decisão do STF, que tem por base os parágrafos do artigo 453 da CLT e é anterior à alteração dos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213.

A candidata somente respondeu sobre a suspensão dos efeitos do contrato de trabalho e sobre os cinco anos. O restante do que foi acima exposto não foi respondido.

Não é possível aumentar sua nota, pois a resposta está incompleta.

A exposição fática e jurídica da candidata não é suficiente para obter 6,0. O conhecimento demonstrado não possibilita o aumento da nota.

¹⁵⁷ GONÇALVES, Lilian, Aposentadoria por invalidez: Análise crítica de seus efeitos no contrato de trabalho. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2012, p. 55.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

10. Na questão 8, a candidata não respondeu o que é o convênio para chegar à conclusão de que não há responsabilidade do Município.

Da sua prova não consta a explicação do artigo que fiz para a Carta Forense.

Prevê o artigo 241 da Constituição que “a União, os Estados, do Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”. A Lei n.º 13.019, de 31 de julho de 2024, estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias.

Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro que convênio é uma “forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”.¹⁵⁸

O convênio compreende um objetivo comum, parceria, cooperação. No convênio não existe exatamente tomador dos serviços.

Convênio é “o ajuste entre órgão ou entidades do poder público ou entre estes e entidades privadas, visando à realização de projetos ou atividades de interesse comum, em regime de mútua cooperação”.¹⁵⁹

Convênios administrativos “são convenções, mas não contratos, pois nestes as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultante e não soma), ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns”.¹⁶⁰

Convênios “administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”.¹⁶¹

Alexandre Mazza assevera que “convênio é o acordo administrativo multilateral firmado entre entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, visando a cooperação recíproca para alcançar objetivos de interesse comum a todos os conveniados”.¹⁶²

Afirma Irene Nohara que “os convênios abarcam interesses recíprocos com metas institucionais comuns e objetivam, portanto, um resultado comum alcançado mediante mútua colaboração”.¹⁶³

O convênio não é um contrato,¹⁶⁴ mas um ajuste administrativo.¹⁶⁵ O objetivo é um resultado comum, mediante mútua colaboração. Nos contratos as vontades são antagônicas; os interesses são opostos e diversos.

Os convênios são atos complexos. São acordos de vontades não contratuais celebrados pelo ente público e outra pessoa. São acordos de cooperação.

¹⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

¹⁵⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 244.

¹⁶⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 676.

¹⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 358.

¹⁶² MAZZA, Alexandre. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 456.

¹⁶³ NOHARA, Irene Patrícia. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 461.

¹⁶⁴ No mesmo sentido MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros. 1990, p. 358. Há também julgamento nesse sentido no STF (RTJ 141/619).

¹⁶⁵ GASPARINI, Diógenes. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 303.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

No convênio e na parceria há colaboração mútua e não prestação de serviços ao ente público.

Nos convênios, os interesses são recíprocos e os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns, reunindo-se para alcançá-los. Objetiva um resultado comum, com mútua colaboração.

Nos convênios e em outros ajustes similares não existe a “estipulação de obrigações recíprocas”.

Assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o convênio:

“O convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas.

O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei n.º 8.666/93, quando, no art. 116, *caput*, determina que suas normas se aplicam aos convênios “no que couber”. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos artigos 1º e 2º”.¹⁶⁶

Leciona José dos Santos Carvalho Filho:

“No contrato, os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Nesse tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a cooperação, e não o lucro procurado por celebrar contratos.

(...) Nos convênios, ao revés, podem ser vários os polos, havendo um inter-relacionamento múltiplo, de modo que cada participante tem, na verdade, relação jurídica com cada um dos integrantes dos demais pólos”.¹⁶⁷

Para legislar sobre a matéria de licitação e contratos, observa a Administração Pública o disposto no XXVII do artigo 22 da Constituição.

Dispõe o artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 que: “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

Pode ocorrer de o convênio exigir licitação e em outros casos não. O artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 usa a expressão “no que couber”. Logo, pode não ser exigida a licitação no convênio, se não couber.

Ensina José dos Santos Carvalho Filho:

“A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra. É verdade que a Lei 8.666/93 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação ocorre no que couber. Como é lógico, raramente será possível a competitividade que marca o processo licitatório, porque os pactantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. Por outro lado, no verdadeiro convênio inexistem perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação”.¹⁶⁸

¹⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28ª edição, São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

¹⁶⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28ª edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 228.

¹⁶⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 229. O STF já entendeu não precisar de licitação (Inq. 1.957-PR, Rel. Min. Carlos Velloso, em 11.5.2005, Informativo STF n.º 387, maio de 2005).



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

A celebração de convênio depende de prévia aprovação pela organização interessada, como se extrai do parágrafo 1º do artigo 116 da citada lei:

“A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações...”.

No convênio administrativo, quando do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da entidade conveniada, não existe intervenção por parte do ente público, não podendo lhe ser imposto o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo conveniado.

Quando a Administração Pública se utiliza de licitação e nos casos de celebração de convênio, não se pode falar em responsabilidade subsidiária.

O parágrafo 6.º do artigo 37 da Constituição se aplica quando a Administração Pública é prestadora de serviço público ou por delegação a particular. Na terceirização, a Administração Pública é tomadora do serviço.

A Administração Pública age de acordo com o princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição). Observa o procedimento de licitação (art. 37, XXI, da Constituição) na contratação de prestadores de serviços.

A utilização de licitação, regra geral, é a forma pela qual são praticados os atos da Administração Pública. As instituições são contratadas mediante concorrência pública.

Não existe referência na prova a aplicar por analogia a Orientação Jurisprudencial nº 185 da SDI-I do TST.

11. A questão 9 foi considerada correta. A candidata não sabe o que está impugnando.

12. Na questão 10 não há exatamente um conceito, como foi pedido na questão, mas indicação de hipóteses de dano existencial.

Flaviana Rampazzo Soares afirma que dano existencial é “a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social”.¹⁶⁹

Leciona Hidemberg Alves da Frota que o “dano existencial se subdivide no dano ao projeto de vida e no dano à vida de relações”.¹⁷⁰

Dano existencial é a conduta praticada por alguém que causa à vítima prejuízo à sua vida pessoal, familiar ou social. Não se trata de um dano patrimonial, mas de uma privação que a pessoa sofre. A vítima tem um prejuízo no seu projeto de vida, no seu projeto familiar.

O dano existencial, segundo a Seção Única Suprema Corte de Cassação da Itália, “consiste em cada prejuízo (de natureza não meramente emotiva e interior, mas objetivamente avaliável) provocada por uma ação de fazer do sujeito, que altera o seu costume e a sua relação própria, induzindo-o a escolha de via diversa quanto à expressão e realização da sua personalidade no mundo externo” (Sentença n.º 6.572/2006).

Há um erro crasso na prova ao se falar em à jornadas.

Não se pode condenar alguém por indícios, como afirma a candidata na prova.

A candidata não fez a distinção de forma clara entre dano existencial e o moral.

¹⁶⁹ SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 44.

¹⁷⁰ FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial, Revista do Tribunal Regional da 13ª Região, João Pessoa: v. 17, n.º 1, 2010, p. 204.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Wilson de Melo da Silva afirma que “danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”.¹⁷¹

Silvio de Salvo Venosa menciona que dano moral é “o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, abrangendo também os direitos da personalidade, direito à imagem, ao nome, à privacidade, etc.”.¹⁷²

Consiste o dano moral na lesão sofrida pela pessoa no tocante à sua personalidade. Compreende, portanto, o dano moral um aspecto não econômico, não patrimonial, mas que atinge a pessoa no seu âmago.¹⁷³

Atinge o dano moral a honra, a intimidade, a imagem da pessoa, a personalidade, o íntimo do ser humano. Implica dor, angústia da pessoa com o ato praticado por alguém.

O dano moral envolve um aborrecimento extremo, um desgosto profundo, uma contrariedade. É uma perturbação da psique do indivíduo.¹⁷⁴ É o que a pessoa sente.

O dano existencial é algo que causa prejuízo ao empregado em razão da continuidade do ato que deixou de proporcionar ao trabalhador o contato com sua família, com os amigos, de praticar um esporte, etc. Compreende um aspecto de não mais poder fazer aquilo que queria. Pode decorrer da frustração que o trabalhador tem por não ter feito um curso ou ter terminado a faculdade em razão do excesso de trabalho exigido pelo empregador. A pessoa não vai mais poder fazer aquilo que pretendia.¹⁷⁵

Se o dano é denominado existencial, não é, portanto, moral.

O prejuízo em valor que a pessoa teve é dano material e não dano existencial.

Tem-se dito que o dano moral independe de prova, ou seja, prova-se por si mesmo, presume-se sua existência (*in re ipsa*). Exemplo pode ser da mãe que perdeu o filho. Presume-se que ela tem uma dor moral. Não há necessidade de prova, segundo essa teoria. Ao contrário, no dano existencial, há necessidade de que o autor prove suas alegações para fazer jus a indenização. Não é possível presumir o dano existencial.

A meu ver, a resposta sobre a fixação não é completa.

A fixação também não foi bem explicada pela candidata .

Costuma-se dizer que a dor não tem preço, daí porque se fixar um valor para compensá-la e não indenizá-la. No dano existencial, também haverá esse mesmo problema.

O objetivo do valor da indenização é a reparação integral, o *restitutio in integrum*.

O juiz deve levar em conta os seguintes elementos para fixar o valor da indenização:

a- situação financeira dos litigantes;

¹⁷¹ SILVA, Wilson Melo da. Dano moral e sua reparação. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 1.

¹⁷² VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. Responsabilidade civil. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 35.

¹⁷³ MARTINS, Sergio Pinto. Dano moral decorrente do contrato de trabalho. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23.

¹⁷⁴ ALMEIDA NETO, Amaro Alves. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista de Direito Privado, n.º 24, outubro-dezembro de 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 34.

¹⁷⁵ Pontes de Miranda já entendia que havia impropriedade técnica na equiparação de danos extrapatrimoniais ao dano moral (Tratado de direito privado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. XXVI, p. 30-31.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

- b- discernimento do ofensor sobre a gravidade do fato;
- c- gravidade do ato;
- d- grau de cultura e posição social do ofensor;
- e- estabelecer punição pedagógica, visando evitar a reincidência no ato;
- f- intensidade do dolo ou da culpa;
- g- a repercussão da ofensa, como na sociedade e no ambiente de trabalho;
- h- posição social do ofendido, verificando a moral do homem médio. Empregados mais conhecidos na empresa devem ter indenização maior se a divulgação é do conhecimento geral.

Dispõe a Lei n.º 12.846/13 sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. O artigo 7.º da Lei n.º 12.846/13 estabeleceu que “serão levados em consideração na aplicação das sanções:

- I - a gravidade da infração;
- II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- III - a consumação ou não da infração;
- IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;
- V - o efeito negativo produzido pela infração;
- VI - a situação econômica do infrator;
- VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;
- VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;
- IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados”.

A Seção Única da Suprema Corte de Cassação de Itália asseverou que a reparabilidade do dano existencial exige, unicamente, a presença da: a- injustiça do dano; b- lesão a uma posição constitucionalmente garantida (Sentença n.º 500/1999).

Deve o magistrado sopesar os itens acima para fixar a justa indenização para cada caso em concreto. Não poderá fixar, porém, a indenização de forma arbitrária. O juiz deverá fixar a indenização de forma prudente e moderada. Não poderá, portanto, fixar indenização de forma exagerada ou desproporcional.

O juiz deve, por conseguinte, ter bom senso na fixação da indenização. Não pode ser fixada indenização exagerada.

Na fixação da indenização por dano deve atentar o juiz para o antigo artigo 400 do Código Civil de 1916, que indica o binômio necessidade/possibilidade na fixação de alimentos: “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”. O artigo 1.695 do Código Civil de 2002 tem uma redação um pouco diferente, mas dá a entender o mesmo: “são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”.

Assim, deve-se usar da razoabilidade na fixação da indenização, da lógica do razoável de que nos fala Recaséns Siches.¹⁷⁶ Razoável é o comedido, moderado, sensato. O valor é fixado de forma proporcional ao dano cometido.

Mostra indiretamente o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil que a indenização deve ser fixada de forma proporcional ao agravo sofrido. Isso indica a utilização do princípio da proporcionalidade, da razoabilidade.

¹⁷⁶ RECASÉNS SICHES, Luis. Nueva filosofía de la interpretación del derecho, México, Fondo de Cultura Económica, 1956.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

A indenização tem objetivos pedagógicos, de evitar que o réu incorra no mesmo ato novamente. Visa desestimular ou inibir situações semelhantes, pois é sabido que o bolso é a parte mais sensível do corpo humano, como se diz no âmbito popular. Tendo o ofensor um dispêndio financeiro com o ato que praticou, vai evitar a prática novamente do mesmo ato.

Como afirma Valdir Florindo: o montante da indenização deve traduzir-se em advertência ao lesante e à sociedade, de que comportamentos dessa ordem não se tolerará.¹⁷⁷

Leciona Carlos Alberto Bittar que “a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante”.¹⁷⁸ “Coaduna-se essa postura, ademais, com a própria índole da teoria em debate, possibilitando que se realize com maior ênfase, a sua função inibidora, ou indutora de comportamentos. Com efeito, o peso do ônus financeiro é, em um mundo em que cintilam interesses econômicos, a resposta pecuniária mais adequada a lesionamentos de ordem moral”.¹⁷⁹

A indenização por dano moral não pode, porém, ser fundamento para o enriquecimento do lesado, mas apenas compensar ou reparar o dano causado. Não pode também ser fundamento para arruinar financeiramente o réu, que deixará de pagar a indenização. Não pode constituir um prêmio de loteria. Como afirma Caio Mário da Silva Pereira, a indenização não pode ser “tão grande que converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva”.¹⁸⁰

A jurisprudência adotou a mesma orientação:

“... A indenização a ser arbitrada deverá ser, nem tão grande que se converta em enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva, como se extrai da lição escoreita de Caio Mário Pereira da Silva” (TRT 3ª R., 2ª T., RO 21719/99, Rel. Juiz Wanderson A da Silva, DJ MG 21.6.2000, p. 17, RDT 07/00, p. 53).

Dispõe o artigo 953 do Código Civil que a indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. O parágrafo único do artigo 953 do Código Civil determina que se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

A avaliação da candidata, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. Isso foi regamente feito.

Não cabe, portanto, o recurso da candidata que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem liberdade para essa valoração.

¹⁷⁷ FLORINDO, Valdir. Dano moral e o Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, p. 206.

¹⁷⁸ BITTAR, Carlos Alberto. A reparação civil por danos morais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 220.

¹⁷⁹ BITTAR, Carlos Alberto. A reparação civil por danos morais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 222.

¹⁸⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro. Forense, 1990, p. 176.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se faça. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo da candidata. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

A finalidade do recurso não é rever toda a prova, como pretende o recorrente.

O examinador não tem de ficar explicando o que a candidata acertou ou errou na questão para justificar a nota dada. Não se está na Faculdade de Direito para justificar a correção da questão a candidata.

Em síntese, a pretensão do candidato não merece acolhimento, cumprindo assinalar que todas as respostas foram cuidadosamente analisadas pelos membros da comissão examinadora, não havendo registro de atribuição de nota no caderno de prova para assegurar a independência de cada integrante, ao avaliar a compreensão da questão pelo candidato, fundamentação adequada, conhecimento da língua pátria e da existência de relevante controvérsia em nível doutrinário e jurisprudencial.

Pelo exposto, conheço do recurso e, no mérito, **nego-lhe provimento**, mantendo as notas que foram atribuídas ao candidato recorrente.

São Paulo, 12 de novembro de 2015.

Sergio Pinto Martins

Relator

Nº do Recurso

RECURSO Nº 25

Identificação do Candidato

Onício Barco de Toledo

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro.

VOTO (RELATOR)

Natureza: **RECURSO Nº 25 – XL Concurso para Ingresso na Magistratura**



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Recorrente: Candidato 187
Relator: Desembargador Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro
Notas do Candidato: Examinadores:
Dr. Sergio Pinto Martins: 5,5
Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro: 5,0
Dr. Geraldo Baraldi Júnior: 5,0

Vistos, etc.

1. O candidato pede a majoração da sua nota na 1ª prova discursiva. Para tanto, o candidato tenta justificar as ideias defendidas nas respostas de 8 questões. De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 – (...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2. O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um “segundo turno” de avaliações das provas. O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3. A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. E isso foi regiadamente feito.

4. Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5. E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6. Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas,



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7. Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

8. Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, NEGÓ PROVIMENTO do recurso.

São Paulo, 29 de outubro de 2015.

DR. RAFAEL E. PUGLIESE RIBEIRO

Desembargador Federal do Trabalho

Relator

DR. SÉRGIO PINTO MARTINS

Desembargador Federal

RECURSO Nº 26

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Ilmo. Sr. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

VOTO (RELATOR)

Recurso interposto quanto às notas apresentadas pela Banca Examinadora da primeira prova escrita da segunda fase do concurso.

Recurso 26

Prova: 94

Vistos, etc.

Trata-se de recurso interposto por candidato que realizou prova escrita acima destacada na segunda fase do Concurso para o cargo de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região.

Em resumo, sustenta que todas as notas finais atribuídas pelos Examinadores devem ser majoradas pelas razões expostas no respectivo apelo. Pede, ainda, a nulidade parcial na pergunta 02 do certame.

É o relatório

V O T O

V. NULIDADE DA PERGUNTA 02 DA PRIMEIRA PROVA DISCURSIVA

O candidato sustenta que a questão nº 2 versava matéria tributária e esta não se encontrava prevista no edital de concurso. O equívoco do candidato é notório. 9.1. A questão versa sobre uma das realidades do cotidiano do Juiz do Trabalho, alusiva à possibilidade jurídica e utilidade prática de uma alienação de bem imóvel em hasta pública que conte com crédito tributário. A pendência de crédito tributário sobre o bem imóvel adquirido em hasta pública abre questão para numerosas situações jurídicas, que vão desde a inviabilidade de venda do bem, até à solução de incidentes póstumos à alienação, como a possível desistência do arrematante pelo



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

bem, caso não tenha constado do edital os ônus pretéritos. Era muito importante que o candidato soubesse solucionar as duas situações práticas apresentadas, e dentre elas, em especial, a hipótese de o crédito tributário se revelar SUPERIOR ao produto da alienação. Isso estava a exigir do candidato conhecimento sobre a ordem de preferência do crédito trabalhista frente ao crédito tributário, e como solucionar o problema apresentado. A questão não exigiu do candidato NENHUM conceito de direito tributário, nenhuma definição tributária, senão conhecimentos específicos de direito processual, ou seja, conhecimento de arrematação, validade da arrematação, destinação de parte do produto arrecadado para pagamento do crédito tributário e preferência do crédito trabalhista. Não se pediu para definir "fato gerador", não se pediu para definir "crédito tributário". A cultura jurídica do candidato que almeja o cargo de Juiz do Trabalho deve ser apta a solucionar a situação proposta, com a qual ele irá se deparar no exercício da função.

Assim, não há nulidade a ser declarada.

VI. MÉRITO

Inicialmente, enfatiza-se que o candidato não obteve aprovação no certame de nenhum dos 03 examinadores da banca já que suas notas foram 5,50, 5,0 e 5,0 respectivamente. Uma ou outra diferença decorria, se fosse o caso, da definição individual de cada examinador.

De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 –

(...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2.

O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova.

As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um segundo turno de avaliações das provas.

O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora "(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição"

E isso foi regidamente feito.

4.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor.

A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5.

E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato.

Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial).

Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas.

Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, nada há para ser alterado.

DO EXPOSTO,

CONHEÇO do recurso interposto pelo candidato autor da prova nº “94” da primeira prova escrita da segunda fase do LX Concurso para provimento do cargo de Juiz Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região para, afastando-se o pedido de nulidade existente em relação à Questão 02, **NEGAR-LHE** para manter as notas que lhe foram atribuídas quando da correção de sua prova pela Banca Examinadora.

Geraldo Baraldi Junior

- Relator -

Nº do Recurso
RECURSO Nº 27

Identificação do Candidato
Erick Winer Resende Silva

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins.

VOTO (RELATOR)

Vistos, examinados, etc.

Trata-se de recurso interposto em face do resultado obtido na 1ª prova escrita discursiva – 2ª etapa do XXXIX Concurso para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, identificado com o número 27. Em síntese, impugna o resultado das questões 2, 3, 4, 6, 8, 9 e 10 para obter a aprovação com no mínimo nota 6. Pede a revisão da sua nota.

É o relatório.

Decide-se:

1. Conheço do recurso, eis que regular e tempestivo, conforme certificado pela Secretaria da Comissão do Concurso a fls. 02.

2. No mérito, verifica-se que o candidato, apesar da vista de prova a que teve direito e do tempo transcorrido para melhor reflexão sobre as questões, não foi capaz de promover uma autocrítica e identificar as próprias falhas, pretendendo estabelecer um diálogo com a Comissão Examinadora.

3. A questão 2 está absolutamente errada, pois não existe relação jurídica. Não se trata de compra e venda, como afirmou o candidato na prova.

A questão teria de ser resolvida com base no parágrafo único do artigo 130 do CTN. A letra c seria daí decorrente.

A resposta não era para ser dada com base no Código Civil

4. Na questão 3, não foi feita correta distinção entre greve ilegal e abusiva. A questão não pergunta sobre greve política.

5. A questão 4 foi considerada integralmente correta. O candidato não sabe o que está impugnando.

6. A questão 6 está incompleta.

faltou muita coisa, pois o candidato não estabeleceu a distinção entre a Fundação Pública e Privada. Fez afirmações pontuais, mas não fez a distinção. Esperava-se resposta no seguinte sentido:

Determina o inciso IV do artigo 5.º do artigo do Decreto-lei n.º 200/67 que fundação pública é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

Dispõe o inciso XIX do artigo 37 da Constituição que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”. Essa lei complementar não existe até o momento.

Distingue-se a fundação pública da fundação privada.

As fundações privadas são pessoas jurídicas de direito privado (art. 44, III, do Código Civil). A fundação privada será criada por escritura pública ou testamento, com dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. (art. 62 do Código Civil). A fundação privada somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência. A fundação pública será criada por lei ou a lei autorizará a sua criação. Não será criada a fundação pública por escritura pública ou por testamento.

Afirma Adilson de Abreu Dallari que “quando a lei cria diretamente uma fundação tem-se uma fundação pública, dotada de personalidade de direito público, até porque a



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

lei não pode criar pessoa privada”.¹⁸¹ É o que ocorre quando a fundação é instituída por lei federal, estadual ou municipal. A Administração Pública direta ou indireta está sujeita ao princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição), a só fazer aquilo que a lei determina.

Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona que a fundação tem natureza pública quando “é instituída pelo poder público com patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e, destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de auto administração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei”.¹⁸² Destaca as suas características: a- dotação patrimonial ou inicial do ente governamental; b- personalidade jurídica; c- desempenho de atividade atribuída ao Estado no âmbito social; d- capacidade auto-administrativa; e- sujeição ao controle administrativo ou tutela por parte da Administração direta.¹⁸³

Celso Antonio Bandeira de Mello leciona que “é absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as fundações públicas são pessoas de Direito Privado. Na verdade, são pessoas de Direito Público,....; Saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda, que se lhe atribua outra qualificação. Entretanto, foram batizadas de pessoas de Direito Privado apenas para se evadirem destes controles moralizadores ou, então, para permitir que seus agentes acumulassem cargos e empregos, o que lhes seria vedado se fossem reconhecidas como pessoas de Direito Público”.¹⁸⁴

A fundação pública não tem fins lucrativos. É formada por meio de dotação do Estado. São recursos da Fundação as dotações, subvenções, contribuições que o Estado anualmente consignar em seus orçamentos. No caso de extinção da fundação, seus bens e direitos são incorporados ao patrimônio do ente público que a criou.

Tem direito a fundação pública a isenção de tributos em relação ao ente da Administração Pública que pertencer.

A fundação pública não pode aplicar em despesas administrativas, inclusive de pessoal, mais que determinado percentual do seu orçamento. Isso também mostra que se trata de determinação de Direito Administrativo.

Atendidos tais requisitos a fundação é considerada pública e não privada.

O STF já afirmou que “nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o §2.º do art. 99 da Constituição Federal” (RE 101.126/84, Rel. Min. Moreira Alves).

A jurisprudência do TST indica quando a fundação é considerada pública:

FUNDAÇÃO PÚBLICA. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. ESTABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES

¹⁸¹ DALLARI, Adilson de Abreu. Regime constitucional dos servidores públicos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 44.

¹⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 320.

¹⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, p. 320.

¹⁸⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 15ª ed, São Paulo: Malheiros, 2003, 169.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. 1 - Reconhecidamente criada por lei, com fins assistenciais de indiscutível escopo público e alcance social, a FURP, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, reveste-se de natureza eminentemente pública, devendo reger-se pelas normas e princípios de Direito Público.

2 - Consoante o disposto no artigo 19 do ADCT, a estabilidade especial no serviço público abarca os servidores das fundações públicas que já estavam em exercício há, pelo menos, cinco anos continuados na data da promulgação da Constituição Federal e que não tenham sido admitidos por meio concurso público.

3 - Na hipótese, o reclamante foi admitido em 2/4/1982, vindo a ser dispensado em 9/8/1994, quando contava com mais de 13 (treze) anos de serviço continuado para a Fundação. Atendidos todos os requisitos constantes do artigo 19 do ADCT, necessários para assegurar a estabilidade no emprego, dá-se provimento ao recurso de revista para determinar a reintegração do reclamante no emprego. (1ª Turma, RR - 689676-57.2000.5.02.0314, j. 2/4/2008, Relator Ministro: Lélío Bentes Corrêa, DJ 2/5/2008).

FUNDAÇÃO PÚBLICA. ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL. ARTIGO 19 DO ADCT/CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. FURP. A fundação pública, cuja noção está definida pelo artigo 5º, inciso IV e § 3º, do Decreto-Lei nº 200/67, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, ostenta natureza pública, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988, em face do que consta especialmente da redação dos seus artigos 37, XIX, 39 e 40, caput. Seus empregados, assim, são abarcados pela estabilidade especial no serviço público regulada pelo artigo 19 do ADCT, que também alude expressamente aos servidores das fundações públicas, desde que observados os requisitos delineados no seu caput e parágrafos, sendo, portanto, nula a dispensa do servidor nessas circunstâncias, porquanto implementados todos os pressupostos de natureza constitucional para a referida estabilização, daí por que se lhe assegura a reintegração no serviço público do qual fora ilícitamente afastado. Incidência dos arts. 37, XIX, e 39 da Constituição Federal e 19 do ADCT. Recurso do reclamante conhecido e provido (1ª Turma, RR - 678030-43.2000.5.02.5555, j. 24/9/2003, Relator Ministro: Lélío Bentes Corrêa, DJ 5/3/2004).

Sendo Fundação Pública, o processamento da execução é por precatório (art. 100 da Constituição). O TST já decidiu no mesmo sentido em relação a reclamada, por considerá-la Fundação Pública (TST, 5ª T., AIRR 1.576/1995-311-02-40.6, j. 25.6.2008, Rel. Min. Brito Pereira, DJ 01/08/2008; 1ª T., ED-RR 788.028/01.8, j. 25.5.2005, Rel. Guilherme Augusto Caputo Bastos).

Têm direito à isenção das custas as fundações públicas federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica (art. 790-A da CLT).

As fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que não explorem atividade econômica têm direito a dispensa do depósito recursal, remessa de ofício das decisões que lhe sejam total ou parcialmente contrárias. Está dispensada de fazer assistência no sindicato na rescisão do contrato de trabalho (art. 1º do Decreto-lei n.º 779/69). Não estão sujeitas as fundações ao procedimento sumaríssimo (§ único do art. 852-A da CLT).

Não foi feita referência ao precatório do artigo 100 da Constituição.

A Justiça do Trabalho tem competência para examinar as ações propostas por trabalhadores contra as fundações públicas, se forem empregados públicos (art. 114, I, da Constituição). Será incompetente a Justiça do Trabalho para tratar de ações de funcionários públicos, que têm regime estatutário, propostas contra fundações públicas, segundo o entendimento do STF (ADIn 3.395-6/DF, j. 5.4.06, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU 10.11.2006).



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Se o empregado tiver cinco anos de trabalho antes da vigência da Constituição de 1988, tem direito a estabilidade (art. 19 do ADCT).

O candidato não falou sobre isenção das custas e depósito recursal.

A afirmação imunidade de contribuições sociais não diz respeito à questão.

Dentre outros não é resposta. Aliás, dentre pede verbo de movimento, que não é o que está na prova.

Não foram ditos quais são especificamente os privilégios.

A resposta à questão 6 está incompleta. É insuficiente para o aumento da nota, mas foram consideradas as demais afirmações feitas na prova.

7. A questão 8 não merece resposta integral.

Abordar significa chegar à beira ou borda de; abalroar uma embarcação para tomá-la de assalto. É originária do francês *aborder*. Constitui galicismo desnecessário o emprego da palavra no sentido de tratar de um assunto.¹⁸⁵ O candidato não tratou devidamente do foi objeto de questionamento. Não se trata de abordar, mas de tratar.

Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro que convênio é uma “forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”.¹⁸⁶

O convênio compreende um objetivo comum, parceria, cooperação. No convênio não existe exatamente tomador dos serviços.

Convênio é “o ajuste entre órgão ou entidades do poder público ou entre estes e entidades privadas, visando à realização de projetos ou atividades de interesse comum, em regime de mútua cooperação”.¹⁸⁷

Convênios administrativos “são convenções, mas não contratos, pois nestes as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultante e não soma), ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns”.¹⁸⁸

Convênios “administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”.¹⁸⁹

Alexandre Mazza assevera que “convênio é o acordo administrativo multilateral firmado entre entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, visando a cooperação recíproca para alcançar objetivos de interesse comum a todos os conveniados”.¹⁹⁰

Afirma Irene Nohara que “os convênios abarcam interesses recíprocos com metas institucionais comuns e objetivam, portanto, um resultado comum alcançado mediante mútua colaboração”.¹⁹¹

¹⁸⁵ ROMITA, Arion Sayão. Direito do trabalho. Temas em aberto. São Paulo: LTr, 1998, p. 144.

¹⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

¹⁸⁷ MEDEAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 244.

¹⁸⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 676.

¹⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 358.

¹⁹⁰ MAZZA, Alexandre. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 456.

¹⁹¹ NOHARA, Irene Patrícia. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 461.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

O convênio não é um contrato,¹⁹² mas um ajuste administrativo.¹⁹³ O objetivo é um resultado comum, mediante mútua colaboração. Nos contratos as vontades são antagônicas; os interesses são opostos e diversos.

Os convênios são atos complexos. São acordos de vontades não contratuais celebrados pelo ente público e outra pessoa. São acordos de cooperação.

No convênio e na parceria há colaboração mútua e não prestação de serviços ao ente público.

Nos convênios, os interesses são recíprocos e os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns, reunindo-se para alcançá-los. Objetiva um resultado comum, com mútua colaboração.

Nos convênios e em outros ajustes similares não existe a “estipulação de obrigações recíprocas”.

Assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o convênio:

“O convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas.

O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei nº 8.666/93, quando, no art. 116, *caput*, determina que suas normas se aplicam aos convênios “no que couber”. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos artigos 1º e 2º”.¹⁹⁴

Leciona José dos Santos Carvalho Filho:

“No contrato, os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Nesse tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a cooperação, e não o lucro procurado por celebrar contratos.

(...) Nos convênios, ao revés, podem ser vários os polos, havendo um inter-relacionamento múltiplo, de modo que cada participante tem, na verdade, relação jurídica com cada um dos integrantes dos demais pólos”.¹⁹⁵

Para legislar sobre a matéria de licitação e contratos, observa a Administração Pública o disposto no XXVII do artigo 22 da Constituição.

Dispõe o artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 que: “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

Pode ocorrer de o convênio exigir licitação e em outros casos não. O artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 usa a expressão “no que couber”. Logo, pode não ser exigida a licitação no convênio, se não couber.

Ensina José dos Santos Carvalho Filho:

“A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra. É verdade que a Lei 8.666/93 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação ocorre no que couber. Como é lógico, raramente será possível a competitividade que

¹⁹² No mesmo sentido MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 21ª ed. São Paulo: Malheiros. 1990, p. 358. Há também julgamento nesse sentido no STF (RTJ 141/619).

¹⁹³ GASPARINI, Diógenes. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 303.

¹⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28ª edição, São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

¹⁹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28ª edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 228.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. Por outro lado, no verdadeiro convênio inexistente perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação”.¹⁹⁶

A celebração de convênio depende de prévia aprovação pela organização interessada, como se extrai do parágrafo 1º do artigo 116 da citada lei:

“A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações...”.

No convênio administrativo, quando do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da entidade conveniada, não existe intervenção por parte do ente público, não podendo lhe ser imposto o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo conveniado.

O candidato acertou que não há responsabilidade no convênio, mas não fez correta distinção do que é o convênio.

Não foi pedida a questão da responsabilização em caso de sucessão de Municípios.

A resposta está incompleta para merecer pontuação integral.

8. A questão 9 foi considerada integralmente correta. O candidato não sabe o que está impugnando.

9. Na questão 10 não foi explicado o conceito. Foram feitas referências a correntes.

O candidato diz que é possível a acumulação, mas não explica a razão.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. Isso foi regiadamente feito.

Não cabe, portanto, o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem liberdade para essa valoração.

Há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se faça. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

¹⁹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 229. O STF já entendeu não precisar de licitação (Inq. 1.957-PR, Rel. Min. Carlos Velloso, em 11.5.2005, Informativo STF n.º 387, maio de 2005).



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

A finalidade do recurso não é rever praticamente toda a prova, como pretende o recorrente.

O examinador não tem de ficar explicando o que o candidato acertou ou errou na questão para justificar a nota dada. Não se está na Faculdade de Direito para justificar a correção da questão ao candidato.

Em síntese, a pretensão do candidato não merece acolhimento, cumprindo assinalar que todas as respostas foram cuidadosamente analisadas pelos membros da comissão examinadora, não havendo registro de atribuição de nota no caderno de prova para assegurar a independência de cada integrante, ao avaliar a compreensão da questão pelo candidato, fundamentação adequada, conhecimento da língua pátria e da existência de relevante controvérsia em nível doutrinário e jurisprudencial.

Pelo exposto, conheço do recurso e, no mérito, **nego-lhe provimento**, mantendo as notas que foram atribuídas ao candidato recorrente.

São Paulo, 12 de novembro de 2015.

Sergio Pinto Martins
Relator

Nº do Recurso

RECURSO Nº 28

Identificação do Candidato

Amanda de Almeida Seabra Lo Feudo

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro.

VOTO (RELATOR)

Natureza: **RECURSO Nº 28 – XL Concurso para Ingresso na Magistratura**

Recorrente: Candidato 26

Relator: Desembargador Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro

Notas do Candidato: Examinadores:

Dr. Sergio Pinto Martins: 5,5

Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro: 5,5

Dr. Geraldo Baraldi Júnior: 5,0

Vistos, etc.

1. O candidato pede a majoração da sua nota na 1ª prova discursiva. Para tanto, o candidato tenta justificar as ideias defendidas nas respostas de 6 questões. De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 – (...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2. O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um “segundo turno” de avaliações das provas. O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3. A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. E isso foi regidamente feito.

4. Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5. E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6. Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7. Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

8. Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, NEGOU PROVIMENTO do recurso.

São Paulo, 29 de outubro de 2015.

DR. RAFAEL E. PUGLIESE RIBEIRO
Desembargador Federal do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Relator

DR. SÉRGIO PINTO MARTINS
Desembargador Federal

DR. GERALDO BARALDI JÚNIOR
Rep. Ordem dos Advogados do Brasil

RECURSO Nº 29

Dalila Soares Silveira

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Ilmo. Sr. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

VOTO (RELATOR)

Recurso interposto quanto às notas apresentadas pela Banca Examinadora da primeira prova escrita da segunda fase do concurso.

Recurso 29

Prova: 599

Vistos, etc.

Trata-se de recurso interposto por candidato que realizou prova escrita acima destacada na segunda fase do Concurso para o cargo de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região.

Em resumo, sustenta que todas as notas finais atribuídas pelos Examinadores devem ser majoradas pelas razões expostas no respectivo apelo. Pede, ainda, a nulidade parcial na pergunta 02 do certame.

É o relatório

V O T O

VII. NULIDADE DA PERGUNTA 02 DA PRIMEIRA PROVA DISCURSIVA

O candidato sustenta que a questão nº 2 versava matéria tributária e esta não se encontrava prevista no edital de concurso. O equívoco do candidato é notório. 9.1. A questão versa sobre uma das realidades do cotidiano do Juiz do Trabalho, alusiva à possibilidade jurídica e utilidade prática de uma alienação de bem imóvel em hasta pública que conte com crédito tributário. A pendência de crédito tributário sobre o bem imóvel adquirido em hasta pública abre questão para numerosas situações jurídicas, que vão desde a inviabilidade de venda do bem, até à solução de incidentes póstumos à alienação, como a possível desistência do arrematante pelo bem, caso não tenha constado do edital os ônus pretéritos. Era muito importante que o candidato soubesse solucionar as duas situações práticas apresentadas, e dentre elas, em especial, a hipótese de o crédito tributário se revelar SUPERIOR ao produto da alienação. Isso estava a exigir do candidato conhecimento sobre a ordem de preferência do crédito trabalhista frente ao crédito tributário, e como solucionar o problema apresentado. A questão não exigiu do candidato NENHUM conceito de direito tributário, nenhuma definição tributária, senão conhecimentos específicos de direito processual, ou seja, conhecimento de arrematação, validade da arrematação, destinação de parte do produto arrecadado para pagamento do crédito tributário e preferência do crédito trabalhista. Não se pediu para definir "fato gerador", não se pediu para definir "crédito tributário". A cultura jurídica do candidato que almeja o cargo de Juiz do Trabalho deve ser apta a solucionar a situação proposta, com a qual ele irá se deparar no exercício da função.

Assim, não há nulidade a ser declarada.

VIII. MÉRITO



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Inicialmente, enfatiza-se que o candidato não obteve aprovação no certame de nenhum dos 03 examinadores da banca.

De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 –

(...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2.

O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um segundo turno de avaliações das provas.

O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”

E isso foi regidamente feito.

4.

Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor.

A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5.

E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato.

Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial).

Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas.

Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, nada há para ser alterado.

DO EXPOSTO,

CONHEÇO do recurso interposto pelo candidato autor da prova nº “599” da primeira prova escrita da segunda fase do LX Concurso para provimento do cargo de Juiz Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região para, afastando o pedido de nulidade em relação à Questão 02, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO** para manter as notas que lhe foram atribuídas quando da correção de sua prova pela Banca Examinadora.

Geraldo Baraldi Junior

- Relator -

Nº do Recurso

RECURSO Nº 30

Identificação do Candidato

Manoel Amaro Pereira Júnior

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins.

VOTO (RELATOR)

Vistos, examinados, etc.

Trata-se de recurso interposto em face do resultado obtido na 1ª prova escrita discursiva – 2ª etapa do XXXIX Concurso para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, identificado com o número 30. Afirma que a questão não está prevista no conteúdo do edital. Pede a anulação da questão.

É o relatório.

Decide-se:

1. Conheço do recurso, eis que regular e tempestivo, conforme certificado pela Secretaria da Comissão do Concurso a fls. 02.

2. A questão n. 2 está contida do edital, no tema processo do trabalho, item 16, arrematação, adjudicação. A questão compreende aspectos da validade e eficiência da alienação, verificando os privilégios em relação ao crédito trabalhista. Trata-se de incidente na



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

execução da sentença trabalhista, que está na competência da Justiça do Trabalho. Não é o caso de anulação da questão.

A cultura jurídica do candidato que almeja o cargo de Juiz do Trabalho deve ser apta a solucionar a situação proposta, com a qual ele irá se deparar no exercício da função.

Pelo exposto, conheço do recurso e, no mérito, **nego-lhe provimento**, mantendo as notas que foram atribuídas ao candidato recorrente.

São Paulo, 12 de novembro de 2015.

Sergio Pinto Martins

Relator

Nº do Recurso

RECURSO Nº 31

Identificação do Candidato

José Francisco de Araújo

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro.

VOTO (RELATOR)

Natureza: **RECURSO Nº 31 – XL Concurso para Ingresso na Magistratura**

Recorrente: Candidato 529

Relator: Desembargador Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro

Notas do Candidato: Examinadores:

Dr. Sergio Pinto Martins: 5,0

Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro: 5,25

Dr. Geraldo Baraldi Júnior: 5,0

Vistos, etc.

1. O candidato pede a majoração da sua nota na 1ª prova discursiva. Para tanto, o candidato tenta justificar as ideias defendidas nas respostas de 9 questões. De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 – (...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2. O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um “segundo turno” de avaliações das provas. O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3. A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. E isso foi regimentalmente feito.

4. Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5. E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6. Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7. Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

8. Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, NEGOU PROVIMENTO do recurso.

São Paulo, 29 de outubro de 2015.

DR. RAFAEL E. PUGLIESE RIBEIRO

Desembargador Federal do Trabalho

Relator

DR. SÉRGIO PINTO MARTINS

Desembargador Federal

RECURSO Nº 32

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Ilmo. Sr. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

VOTO (RELATOR)

Recurso interposto quanto às notas apresentadas pela Banca Examinadora da primeira prova escrita da segunda fase do concurso.

Recurso 32

Prova: 578

Vistos, etc.

Trata-se de recurso interposto por candidato que realizou prova escrita acima destacada na segunda fase do Concurso para o cargo de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região.

Em resumo, sustenta que todas as notas finais atribuídas pelos Examinadores devem ser majoradas pelas razões expostas no respectivo apelo. Pede, ainda, a nulidade da Questão 02 do certame por entender que o conteúdo da mesma não fazia parte do Edital do Concurso.

É o relatório

VOTO

IX. NULIDADE DA PERGUNTA 02 DA PRIMEIRA PROVA DISCURSIVA

O candidato sustenta que a questão nº 2 versava matéria tributária e esta não se encontrava prevista no edital de concurso. O equívoco do candidato é notório. 9.1. A questão versa sobre uma das realidades do cotidiano do Juiz do Trabalho, alusiva à possibilidade jurídica e utilidade prática de uma alienação de bem imóvel em hasta pública que conte com crédito tributário. A pendência de crédito tributário sobre o bem imóvel adquirido em hasta pública abre questão para numerosas situações jurídicas, que vão desde a inviabilidade de venda do bem, até à solução de incidentes póstumos à alienação, como a possível desistência do arrematante pelo bem, caso não tenha constado do edital os ônus pretéritos. Era muito importante que o candidato soubesse solucionar as duas situações práticas apresentadas, e dentre elas, em especial, a hipótese de o crédito tributário se revelar SUPERIOR ao produto da alienação. Isso estava a exigir do candidato conhecimento sobre a ordem de preferência do crédito trabalhista frente ao crédito tributário, e como solucionar o problema apresentado. A questão não exigiu do candidato NENHUM conceito de direito tributário, nenhuma definição tributária, senão conhecimentos específicos de direito processual, ou seja, conhecimento de arrematação, validade da arrematação, destinação de parte do produto arrecadado para pagamento do crédito tributário e preferência do crédito trabalhista. Não se pediu para definir "fato gerador", não se pediu para definir "crédito tributário". A cultura jurídica do candidato que almeja o cargo de Juiz do Trabalho deve ser apta a solucionar a situação proposta, com a qual ele irá se deparar no exercício da função.

Assim, não há nulidade a ser declarada.

X. MÉRITO

Inicialmente, enfatiza-se que o candidato não obteve aprovação no certame de nenhum dos 03 examinadores da banca já que suas notas foram 4,50, 4,50 e 5,50 respectivamente. Uma ou outra diferença decorria, se fosse o caso, da definição individual de cada examinador.

De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 –

(...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2.

O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova.

As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um segundo turno de avaliações das provas.

O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”

E isso foi regidamente feito.

4.

Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor.

A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5.

E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato.

Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial).

Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas.

Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, nada há para ser alterado.

DO EXPOSTO,

CONHEÇO do recurso interposto pelo candidato autor da prova nº “578” da primeira prova escrita da segunda fase do LX Concurso para provimento do cargo de Juiz Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região para, afastando-se o pedido de nulidade existente em relação à Questão 2 do certamente, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO** para manter as notas que lhe foram atribuídas quando da correção de sua prova pela Banca Examinadora.

Geraldo Baraldi Junior

Nº do Recurso

RECURSO Nº 33

Identificação do Candidato

Jedson Marcos dos Santos Miranda

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins.

VOTO (RELATOR)

Vistos, examinados, etc.

Trata-se de recurso interposto em face do resultado obtido na 1ª prova escrita discursiva – 2ª etapa do XXXIX Concurso para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, identificado com o número 33. Em síntese, impugna o resultado de todas as questões para obter a aprovação com no mínimo nota 6. Pede a revisão da sua nota.

É o relatório.

Decide-se:

1. Conheço do recurso, eis que regular e tempestivo, conforme certificado pela Secretaria da Comissão do Concurso a fls. 02.

2. No mérito, verifica-se que o candidato, apesar da vista de prova a que teve direito e do tempo transcorrido para melhor reflexão sobre as questões, não foi capaz de promover uma autocrítica e identificar as próprias falhas, pretendendo estabelecer um diálogo com a Comissão Examinadora.

3. Na questão 1, o candidato não sabe o que é lay off, pois faz referência a conjunto de medidas adotadas em época de crises econômicas. Sua fundamentação foi feita com base no artigo 503 da CLT, que não trata do tema.

Depois faz referência dispensa coletiva no seu recurso. O candidato continua não sabendo o que é lay off.

Lay off é a suspensão temporária do contrato de trabalho para qualificação profissional.

O artigo 467-A da CLT não trata de lay off.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

4. Na questão 2, letra a, foi considerada correta, pois o candidato respondeu que não há nenhuma relação jurídica entre os envolvidos no processo.

Entretanto, a letra b tinha que ser respondida com base no parágrafo único do artigo 130 do CTN. A questão não era, portanto, relativa a edital. A resposta está errada.

Mesmo assim, foi dado 0,5 na avaliação da questão.

5. Na questão 3, não foi emitido o conceito. O candidato fala em geral da greve, mas não emite conceito. Item considerado errado.

Não foi estabelecida distinção entre greve abusiva e ilegal. Foram feitas afirmações genéricas.

Os requisitos da greve não foram apresentados na resposta.

Logo, não poderia ter sido dada a nota integral na questão.

6. Na questão 4, foi feita explicação sobre o Presidente do TRT, sobre o Ministério Público do Trabalho, mas não está clara a resposta a respeito de quem é o titular da ação.

O empregador não é titular do direito, pois não pede nada.

Por isso, não pode ser dada nota integral à questão.

7. A questão 5 foi considerada correta. Não sabe, portanto, o candidato o que está impugnando.

8. A questão 6 não tem resposta completa.

Determina o inciso IV do artigo 5.º do artigo do Decreto-lei n.º 200/67 que fundação pública é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

Distingue-se a fundação pública da fundação privada.

Afirma Adilson de Abreu Dallari que “quando a lei cria diretamente uma fundação tem-se uma fundação pública, dotada de personalidade de direito público, até porque a lei não pode criar pessoa privada”.¹⁹⁷ É o que ocorre quando a fundação é instituída por lei federal, estadual ou municipal. A Administração Pública direta ou indireta está sujeita ao princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição), a só fazer aquilo que a lei determina.

Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona que a fundação tem natureza pública quando “é instituída pelo poder público com patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e, destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de auto administração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei”.¹⁹⁸ Destaca as suas características: a- dotação patrimonial ou inicial do ente governamental; b- personalidade jurídica; c- desempenho de atividade atribuída ao Estado no âmbito social; d- capacidade auto-administrativa; e- sujeição ao controle administrativo ou tutela por parte da Administração direta.¹⁹⁹

Celso Antonio Bandeira de Mello leciona que “é absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as fundações públicas são pessoas de Direito Privado. Na verdade, são pessoas de Direito Público,...; Saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico

¹⁹⁷ DALLARI, Adilson de Abreu. Regime constitucional dos servidores públicos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 44.

¹⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 320.

¹⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, p. 320.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda, que se lhe atribua outra qualificação. Entretanto, foram batizadas de pessoas de Direito Privado apenas para se evadirem destes controles moralizadores ou, então, para permitir que seus agentes acumulassem cargos e empregos, o que lhes seria vedado se fossem reconhecidas como pessoas de Direito Público”.²⁰⁰

A fundação pública não tem fins lucrativos. É formada por meio de dotação do Estado. São recursos da Fundação as dotações, subvenções, contribuições que o Estado anualmente consignar em seus orçamentos. No caso de extinção da fundação, seus bens e direitos são incorporados ao patrimônio do ente público que a criou.

Tem direito a fundação pública a isenção de tributos em relação ao ente da Administração Pública que pertencer.

A fundação pública não pode aplicar em despesas administrativas, inclusive de pessoal, mais que determinado percentual do seu orçamento. Isso também mostra que se trata de determinação de Direito Administrativo.

Atendidos tais requisitos a fundação é considerada pública e não privada.

O STF já afirmou que “nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o §2.º do art. 99 da Constituição Federal” (RE 101.126/84, Rel. Min. Moreira Alves).

A jurisprudência do TST indica quando a fundação é considerada pública:

FUNDAÇÃO PÚBLICA. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. ESTABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. 1 - Reconhecidamente criada por lei, com fins assistenciais de indiscutível escopo público e alcance social, a FURP, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, reveste-se de natureza eminentemente pública, devendo reger-se pelas normas e princípios de Direito Público.

2 - Consoante o disposto no artigo 19 do ADCT, a estabilidade especial no serviço público abarca os servidores das fundações públicas que já estavam em exercício há, pelo menos, cinco anos continuados na data da promulgação da Constituição Federal e que não tenham sido admitidos por meio concurso público.

3 - Na hipótese, o reclamante foi admitido em 2/4/1982, vindo a ser dispensado em 9/8/1994, quando contava com mais de 13 (treze) anos de serviço continuado para a Fundação. Atendidos todos os requisitos constantes do artigo 19 do ADCT, necessários para assegurar a estabilidade no emprego, dá-se provimento ao recurso de revista para determinar a reintegração do reclamante no emprego. (1ª Turma, RR - 689676-57.2000.5.02.0314, j. 2/4/2008, Relator Ministro: Lélcio Bentes Corrêa, DJ 2/5/2008).

FUNDAÇÃO PÚBLICA. ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL. ARTIGO 19 DO ADCT/CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. FURP. A fundação pública, cuja noção está definida pelo artigo 5º, inciso IV e § 3º, do Decreto-Lei nº 200/67, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, ostenta natureza pública, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988, em face do que consta especialmente da redação dos seus artigos 37, XIX, 39 e 40, caput. Seus empregados, assim, são abarcados pela estabilidade especial no serviço público

²⁰⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 15ª ed, São Paulo: Malheiros, 2003, 169.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

regulada pelo artigo 19 do ADCT, que também alude expressamente aos servidores das fundações públicas, desde que observados os requisitos delineados no seu caput e parágrafos, sendo, portanto, nula a dispensa do servidor nessas circunstâncias, porquanto implementados todos os pressupostos de natureza constitucional para a referida estabilização, daí por que se lhe assegura a reintegração no serviço público do qual fora ilicitamente afastado. Incidência dos arts. 37, XIX, e 39 da Constituição Federal e 19 do ADCT. Recurso do reclamante conhecido e provido (1ª Turma, RR - 678030-43.2000.5.02.5555, j. 24/9/2003, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, DJ 5/3/2004).

Sendo Fundação Pública, o processamento da execução é por precatório (art. 100 da Constituição). O TST já decidiu no mesmo sentido em relação a reclamada, por considerá-la Fundação Pública (TST, 5ª T., AIRR 1.576/1995-311-02-40.6, j. 25.6.2008, Rel. Min. Brito Pereira, DJ 01/08/2008; 1ª T., ED-RR 788.028/01.8, j. 25.5.2005, Rel. Guilherme Augusto Caputo Bastos).

Têm direito à isenção das custas as fundações públicas federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica (art. 790-A da CLT).

As fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que não explorem atividade econômica têm direito a dispensa do depósito recursal. Está dispensada de fazer assistência no sindicato na rescisão do contrato de trabalho (art. 1º do Decreto-lei n.º 779/69). Não estão sujeitas as fundações ao procedimento sumaríssimo (§ único do art. 852-A da CLT).

A Justiça do Trabalho tem competência para examinar as ações propostas por trabalhadores contra as fundações públicas, se forem empregados públicos (art. 114, I, da Constituição). Será incompetente a Justiça do Trabalho para tratar de ações de funcionários públicos, que têm regime estatutário, propostas contra fundações públicas, segundo o entendimento do STF (ADIn 3.395-6/DF, j. 5.4.06, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU 10.11.2006).

Se o empregado tiver cinco anos de trabalho antes da vigência da Constituição de 1988, tem direito a estabilidade (art. 19 do ADCT).

Dentre outros não é resposta. Aliás, dentre pede verbo de movimento, que não é o que está na prova.

Abordar significa chegar à beira ou borda de; abalroar uma embarcação para tomá-la de assalto. É originária do francês *aborder*. Constitui galicismo desnecessário o emprego da palavra no sentido de tratar de um assunto.²⁰¹ O candidato não tratou devidamente do foi objeto de questionamento. Não se trata de abordar, mas de tratar.

O que consta do meu artigo não está integralmente na resposta da prova do candidato.

A resposta à questão 6 está incompleta. Não é possível aumentar a nota que foi dada ao candidato.

9. Na questão 7, o candidato desconhece a alteração feita nos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213.

Houve resposta apenas se há suspensão dos efeitos do contrato de trabalho e sobre os cinco anos.

O candidato desconhece a alteração dos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91.

A concessão definitiva da aposentadoria por invalidez pode levar muito tempo para ser decidida pelo órgão previdenciário. Enquanto isso, o empregador não sabe o que fazer. Já afirmou Raimundo Cerqueira Ally, sobre prolongamento do afastamento do empregado

²⁰¹ ROMITA, Arion Sayão. Direito do trabalho. Temas em aberto. São Paulo: LTr, 1998, p. 144.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

por doença e a ocupação de imóvel do empregador, que “o problema é crítico e não encontra na lei, na doutrina e na jurisprudência solução plausível”.²⁰²

Dispõe o artigo 475 da CLT, que tem a redação original de 1943, que o empregado aposentado por invalidez tem seu contrato de trabalho suspenso durante o prazo fixado pelas leis de previdência para a efetivação do benefício (art. 475 da CLT). Reza o parágrafo 1.º do artigo 475 da CLT, com a redação determinada pela Lei n.º 4.824, de 5 de novembro de 1965, que recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria.

Prevvia o parágrafo 3.º do artigo 4.º da Lei n.º 3.332, de 26 de janeiro de 1957, que a aposentadoria por invalidez era definitiva, quando completava cinco anos de vigência.

Determinava o parágrafo 6.º do artigo 27 da Lei n.º 3.807/60 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional. Entendia-se com base nesse dispositivo que, após os 55 anos, a aposentadoria por invalidez era definitiva e o segurado não tinha mais condições de se recuperar, tanto que não mais se exigiam exames médicos.

O antigo Prejulgado n.º 37 do TST, de 21 de setembro de 1971, estabeleceu que “cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei”.

Estabelecia o parágrafo 7.º do artigo 6.º da Lei n.º 5.890/73 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional.

Prescrevia o artigo 7.º da Lei n.º 5.890/73 que a aposentadoria por invalidez seria mantida enquanto a incapacidade do segurado persistisse, ficando ele obrigado a submeter-se aos exames que, a qualquer tempo, fossem julgados necessários para verificação da manutenção, ou não, dessas condições. Verificada a recuperação da capacidade de trabalho do segurado aposentado, procedia-se da seguinte forma: I- se, dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria, ou de três anos, contados da data em que terminou o auxílio-doença em cujo gozo se encontrava, for o aposentado declarado apto para o trabalho, o benefício ficará extinto: a- imediatamente, para o segurado empregado, a quem assistirão os direitos resultantes do disposto no artigo 475 e respectivos parágrafos da CLT, valendo como título hábil, para esse fim, o certificado de capacidade fornecido pela previdência social; ... II- se a recuperação da capacidade de trabalho ocorrer após os prazos estabelecidos no item anterior, bem assim quando, a qualquer tempo, essa recuperação não for total, ou for o segurado declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo do trabalho, sendo reduzida em 18 meses até sua extinção.

Estabeleceu o Decreto n.º 83.080/79 (Regulamento de Benefícios da Previdência Social) que “se o segurado é declarado apto para o trabalho após o prazo do item I, se, a qualquer tempo a recuperação não é total ou se o segurado é declarado pela previdência social apto para o trabalho diverso do que anteriormente exercia, a aposentadoria é mantida, sem prejuízo da volta ao trabalho” (art. 119, II). Trabalho é o esforço da pessoa para um determinado fim econômico.

²⁰² ALLY, Raimundo Cerqueira. Normas previdenciárias no direito do trabalho. 3ª ed. São Paulo: IOB, 1989, p. 111.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

A Resolução Administrativa 102/82 do TST, publicada no Diário de Justiça da União de 11 de outubro de 1982, transformou o Prejulgado 37 na Súmula 160.

A redação do Decreto n.º 89.312/84 é um pouco diferente do regulamento anterior: “Quando a recuperação ocorre após o período do item I, ou não é total, ou o segurado é declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a aposentadoria é mantida, sem prejuízo da volta à atividade” (art. 31, II). Atividade é a atribuição ou serviço desempenhado pela pessoa.

Mostra o artigo 42 da Lei n.º 8.213/91 que o benefício de aposentadoria por invalidez é devido enquanto permanecer nesta condição (for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência).

O inciso I do artigo 47 da Lei n.º 8.213/91 dispõe que quando a recuperação do aposentado por invalidez ocorrer dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a antecedeu sem interrupção, o benefício cessará. Mostra o inciso II do mesmo artigo que se a recuperação for parcial, ou ocorrer após o prazo de cinco anos, ou ainda quando o segurado for declarado apto para o exercício de trabalho diverso do qual habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo da volta à atividade, sendo o benefício extinto no prazo de 18 meses a contar da recuperação da capacidade.

Disponha o artigo 101 da Lei n.º 8.213, na sua redação original, que o segurado em gozo de aposentadoria por invalidez ou de auxílio-doença e o pensionista inválido, enquanto não completassem 55 anos, estavam obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado. Esse artigo teve a redação alterada pela Lei n.º 9.032/95, que não mais fez referência à idade de 55 anos. Assim, não existia mais idade limite de 55 anos para o segurado fazer exames médicos em caso de invalidez para ser considerada definitiva a aposentadoria.

Posteriormente, passou-se a entender que a aposentadoria por invalidez é provisória, pois o segurado pode, em certos casos, recuperar-se.²⁰³

O STJ já entendeu que a aposentadoria por invalidez não é definitiva, mesmo depois de cinco anos, se o aposentado recupera a capacidade de trabalho (REsp 460.331, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 20.11.2006, DJ 11.12.1006, p. 405).

A Instrução Normativa INSS/ PRES 77, de 21 de janeiro de 2015, afirmava que a perícia médica deveria rever o benefício de aposentadoria por invalidez a cada dois anos (art. 222).

Outra solução poderia ser que a aposentadoria é compulsória para o empregado que completa 70 anos de idade e para a empregada com 65 anos (art. 51 da Lei n.º 8.213/91). Atingidas as referidas idades, a aposentadoria por invalidez também seria definitiva e não provisória.

Prescreve o artigo 475 da CLT:

“Art. 475 - O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

§ 1º - Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização

²⁰³ MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 348.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região
deverá ser paga na forma do art. 497. ([Redação dada pela Lei nº 4.824, de 5.11.1965](#))

§ 2º - Se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da interinidade ao ser celebrado o contrato”.

Sob o ângulo trabalhista, a aposentadoria por invalidez é hipótese de suspensão dos efeitos do contrato de trabalho.

Determina o artigo 475 da CLT que o empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

Não há na lei previdenciária prazo de duração para a efetivação da aposentadoria por invalidez.²⁰⁴

Em Portugal, por exemplo, a reforma do trabalhador por velhice ou invalidez importa a caducidade do contrato de trabalho (art. 343, c, do Código de Trabalho), com a cessação automática do pacto laboral. Ensina Antonio Lemos de Monteiro Fernandes que a preocupação do legislador foi “de libertar efetivamente postos de trabalho a partir de certo momento - o da obtenção da reforma - preocupação surgida no contexto de uma grave crise de desemprego”.²⁰⁵

O Código de Trabalho português mostra que a suspensão do contrato de trabalho pode fundamentar-se na impossibilidade temporária (art. 330º, 1). Logo, não pode ser definitiva nem durar longo tempo.

A suspensão dos efeitos do contrato de trabalho não poderia ser indefinida, pois causa insegurança jurídica ao empregador, que não sabe quando ou se poderá contar com o empregado que foi aposentado por invalidez.

A aposentadoria por invalidez não é permanente. Ela é provisória até que o médico diga que o trabalhador não tem mais capacidade de recuperação, quando será considerada definitiva.²⁰⁶

A Lei n.º 13.063, de 30 de dezembro de 2014, acrescentou os parágrafos 1.º e 2.º ao artigo 101 da Lei n.º 8.213/91:

“Art. 101. O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

§ 1.º O aposentado por invalidez e o pensionista inválido estarão isentos do exame de que trata o caput após completarem 60 (sessenta) anos de idade.

§ 2.º A isenção de que trata o § 1.º não se aplica quando o exame tem as seguintes finalidades:

I - verificar a necessidade de assistência permanente de outra pessoa para a concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício, conforme dispõe o art. 45;

II - verificar a recuperação da capacidade de trabalho, mediante solicitação do aposentado ou pensionista que se julgar apto;

²⁰⁴ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários às Súmulas do TST. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.103.

²⁰⁵ FERNANDES, Antonio Lemos de Monteiro. Direito do Trabalho. 8ª edição. Coimbra: Almedina, 1992, p. 438.

²⁰⁶ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários á CLT. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 508.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

III - subsidiar autoridade judiciária na concessão de curatela, conforme dispõe o art. 110”.

Na verdade, não se trata de isenção, pois esta diz respeito a dispensa legal do pagamento de tributo. Trata-se da dispensa de se fazer o exame médico.

A norma jurídica regulamentou situação da prática, em que em alguns casos já se deixava de fazer perícia depois do segurado atingir a idade de 60 anos.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia afirma que “há possibilidade de se entender que, após essa idade (60 anos), a situação passa a ter contornos mais definitivos, permitindo a extinção do contrato de trabalho pelo empregador”.²⁰⁷

A conclusão que se extrai da alteração feita no parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 é que a partir de 60 anos o INSS não fará mais exame médico pericial o aposentado por invalidez e pensionista inválido não mais está obrigado a fazer exame médico periódico bienal quando completarem 60 anos (§1.º do art. 101 da Lei n.º 8.213), que está de acordo com a idade do idoso (art. 1.º da Lei n.º 10.741/03). Assim, a aposentadoria por invalidez será definitiva. Há presunção legal de que aos 60 anos não precisa ser feita perícia. Logo, os efeitos do contrato de trabalho do empregado com o empregador não estarão mais suspensos, pois estará efetivado o benefício (art. 475 da CLT) e poderá ser rescindido o contrato de trabalho do aposentado por invalidez.

A redação da lei não faz distinção quanto a sexo. Logo, tanto homem como mulher não mais precisam fazer perícia por invalidez depois dos 60 anos.

Com a determinação da Lei n.º 13.063/14 fica derogado o artigo 71 da Lei n.º 8.212/91 não ponto em que exige que o INSS faça revisão periódica do benefício de aposentadoria por invalidez.

Foram estabelecidas três exceções no parágrafo 2.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91 para efeito de continuar a ser feito o exame médico:

- a- se há necessidade de assistência permanente de outra pessoa, referente ao acréscimo de 25%;
- b- se o próprio aposentado solicita retorno ao trabalho;
- c- se a autoridade judiciária solicita a perícia para fins de curatela.

O candidato não fez referência aos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91.

A conclusão que se chega hoje é de que a aposentadoria por invalidez, de um modo geral, é provisória. Ela só será definitiva quando o médico assim entender, pois o segurado não é mais susceptível de recuperação. Passados cinco anos da concessão da aposentadoria por invalidez, não importa que ela venha a ser definitiva, pois o trabalhador pode se recuperar.

Leciona Lilian Gonçalves que “não restam dúvidas de que, sob o prisma previdenciário, a aposentadoria por invalidez não pode ser tida como definitiva, irreversível, total, plena e incondicional. Ao contrário, diante dos inquestionáveis e crescentes avanços da medicina, inovações terapêuticas e tecnológicas, bem como do sucesso das técnicas de reabilitação profissional, o trabalhador pode recuperar sua aptidão para o trabalho. Desse modo, o benefício deve ser mantido somente enquanto perdurar a condição de incapacidade, nada justificando onerar o sistema público, quando inexistente verdadeiro fato desencadeador e mantenedor da benesse”.²⁰⁸

O empregador, porém, não pode ficar aguardando indefinidamente o empregado, pois necessita de trabalhador para fazer o serviço daquele. Na prática, muitas vezes a empresa contrata substituto interinamente.

²⁰⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito da seguridade social. São Paulo: Gen/Forense, 2015, p. 399.

²⁰⁸ GONÇALVES, Lilian, Aposentadoria por invalidez: Análise crítica de seus efeitos no contrato de trabalho. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2012, p. 55.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Com a nova redação do parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 pode ser dito que a partir de 60 anos o INSS a aposentadoria por invalidez será definitiva, pois não haverá mais necessidade de se fazer exame médico pericial no aposentado por invalidez e pensionista inválido.

Isso mostra que a resposta do candidato está incompleta e é impossível acolher a sua pretensão de obter nota máxima.

10. A questão 8 está totalmente errada, pois convênio não é hipótese de terceirização e não implica responsabilidade subsidiária.

Prevê o artigo 241 da Constituição que “a União, os Estados, do Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”. A Lei n.º 13.019, de 31 de julho de 2024, estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias.

Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro que convênio é uma “forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”.²⁰⁹

O convênio compreende um objetivo comum, parceria, cooperação. No convênio não existe exatamente tomador dos serviços.

Convênio é “o ajuste entre órgão ou entidades do poder público ou entre estes e entidades privadas, visando à realização de projetos ou atividades de interesse comum, em regime de mútua cooperação”.²¹⁰

Convênios administrativos “são convenções, mas não contratos, pois nestes as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultante e não soma), ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns”.²¹¹

Convênios “administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”.²¹²

Alexandre Mazza assevera que “convênio é o acordo administrativo multilateral firmado entre entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, visando a cooperação recíproca para alcançar objetivos de interesse comum a todos os conveniados”.²¹³

Afirma Irene Nohara que “os convênios abarcam interesses recíprocos com metas institucionais comuns e objetivam, portanto, um resultado comum alcançado mediante mútua colaboração”.²¹⁴

²⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

²¹⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 244.

²¹¹ ARAÚJO, Edmir Netto de. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 676.

²¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 358.

²¹³ MAZZA, Alexandre. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 456.

²¹⁴ NOHARA, Irene Patrícia. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 461.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

O convênio não é um contrato,²¹⁵ mas um ajuste administrativo.²¹⁶ O objetivo é um resultado comum, mediante mútua colaboração. Nos contratos as vontades são antagônicas; os interesses são opostos e diversos.

Os convênios são atos complexos. São acordos de vontades não contratuais celebrados pelo ente público e outra pessoa. São acordos de cooperação.

No convênio e na parceria há colaboração mútua e não prestação de serviços ao ente público.

Nos convênios, os interesses são recíprocos e os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns, reunindo-se para alcançá-los. Objetiva um resultado comum, com mútua colaboração.

Nos convênios e em outros ajustes similares não existe a “estipulação de obrigações recíprocas”.

Assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o convênio:

“O convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas.

.....

O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei nº 8.666/93, quando, no art. 116, *caput*, determina que suas normas se aplicam aos convênios “no que couber”. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos artigos 1º e 2º”.²¹⁷

Leciona José dos Santos Carvalho Filho:

“No contrato, os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Nesse tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a cooperação, e não o lucro procurado por celebrar contratos.

(...) Nos convênios, ao revés, podem ser vários os polos, havendo um inter-relacionamento múltiplo, de modo que cada participante tem, na verdade, relação jurídica com cada um dos integrantes dos demais pólos”.²¹⁸

Para legislar sobre a matéria de licitação e contratos, observa a Administração Pública o disposto no XXVII do artigo 22 da Constituição.

Dispõe o artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 que: “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

Pode ocorrer de o convênio exigir licitação e em outros casos não. O artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 usa a expressão “no que couber”. Logo, pode não ser exigida a licitação no convênio, se não couber.

Ensina José dos Santos Carvalho Filho:

“A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra. É verdade que a Lei 8.666/93 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação

²¹⁵ No mesmo sentido MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 21ª ed. São Paulo: Malheiros. 1990, p. 358. Há também julgamento nesse sentido no STF (RTJ 141/619).

²¹⁶ GASPARINI, Diógenes. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 303.

²¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28ª edição, São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

²¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28ª edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 228.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

ocorre no que couber. Como é lógico, raramente será possível a competitividade que marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. Por outro lado, no verdadeiro convênio inexistente perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação”.²¹⁹

A celebração de convênio depende de prévia aprovação pela organização interessada, como se extrai do parágrafo 1º do artigo 116 da citada lei:

“A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações...”.

No convênio administrativo, quando do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da entidade conveniada, não existe intervenção por parte do ente público, não podendo lhe ser imposto o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo conveniado.

Quando a Administração Pública se utiliza de licitação e nos casos de celebração de convênio, não se pode falar em responsabilidade subsidiária.

O parágrafo 6.º do artigo 37 da Constituição se aplica quando a Administração Pública é prestadora de serviço público ou por delegação a particular. Na terceirização, a Administração Pública é tomadora do serviço.

A Administração Pública age de acordo com o princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição). Observa o procedimento de licitação (art. 37, XXI, da Constituição) na contratação de prestadores de serviços.

A utilização de licitação, regra geral, é a forma pela qual são praticados os atos da Administração Pública. As instituições são contratadas mediante concorrência pública.

Não existe culpa *in eligendo* em razão da necessidade de ser feita licitação para a contratação do prestador de serviço.

Na relação de convênio não existe terceirização de mão de obra. O caso, portanto, não é de aplicação do inciso IV da Súmula 331 do TST. O TST inclusive mudou a redação do referido inciso, não mais constando a exclusão da aplicação do parágrafo 1.º do artigo 71 da Lei n.º 8.666/93.

No mesmo sentido os seguintes julgados do TST:

RECURSO DE REVISTA - MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO-CONVÊNIO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - NÃO CONFIGURAÇÃO.

O convênio firmado entre o Município do Rio de Janeiro e a Associação de Moradores e Amigos da Serra Morena não configura contrato administrativo, mas acordo de vontades estabelecido entre o poder público e entidade privada com o intuito de fomentar iniciativas privadas de utilidade pública, não atraindo, por esse motivo, a incidência da responsabilização subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331, IV, desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido (1ª Turma, RR-1.241/2003-031-01-00.0, j. 7.11.2007, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DJ de 14/12/07).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Federação Metropolitana de Centros Comunitários e Associações de Moradores emecam, visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família, não rende

²¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 229. O STF já entendeu não precisar de licitação (Inq. 1.957-PR, Rel. Min. Carlos Velloso, em 11.5.2005, Informativo STF n.º 387, maio de 2005).



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil objetivando mútua cooperação. Precedentes desta Corte superior (RR-114/2006-014-08-00.2, Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ de 11/10/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Comissão de Bairros de Belém visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil objetivando mútua cooperação. Precedentes desta Corte superior (RR-1.074/2005-003-08-00.1, Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ de 11/10/2007).

RECURSO DE REVISTA - CONVÊNIO CELEBRADO COM ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - INAPLICABILIDADE. Do fato do convênio não se confundir com contrato administrativo, não se há de falar em terceirização de serviços, tampouco em responsabilização subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331 do TST, tendo em vista que houve a celebração de acordo de vontades entre o Município e a entidade privada, com escopo no fomento de atividades de utilidade pública. Ressalte-se que as responsabilidades do ente público, descritas no art. 18 da Lei nº 8.080/90, referem-se à sua competência para avaliar, fiscalizar e controlar a execução dos serviços de utilidade da comunidade prestados pela entidade privada, não se confundindo com a culpa in vigilando, motivo da responsabilização subsidiária, já que não está adstrito ao exame do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa conveniada (RR-553/2006-014-08-40.0, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, DJ 24/8/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Federação Metropolitana de Centros Comunitários e Associações de Moradores FEMECAM visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil, visando à mútua cooperação (RR-1.255/2005-002-08-00.1, j. 5/9/2007, Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. EMPREGADO CONTRATADO POR ENTIDADE PARTICULAR QUE FIRMOU CONVÊNIO COM MUNICÍPIO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. I - Convênio é o acordo de vontades estabelecido entre o Estado e entidades privadas com o escopo de fomentar iniciativas privadas de utilidade pública. II - Não se confunde com terceirização, já que não se trata de contrato, não se aplicando ao caso os termos da Súmula 331 do TST, pois, como o Município não está firmando nenhum tipo de contrato, muito menos de prestação de serviços, não pode ser responsabilizado subsidiariamente. III - As responsabilidades do ente público a que aludem os incisos X e XI do art. 18 da Lei nº 8.080/90 dizem respeito à avaliação, controle e fiscalização da execução dos serviços de saúde por entidades privadas, e não à obrigação do ente público em fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo conveniado, de forma que não há falar em culpa in eligendo e in vigilando. V - Recurso conhecido e provido. VI - Prejudicado o exame dos outros



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

tópicos do recurso de revista (4ª T., RR 161800-84.2005.5.08.0011, j. 20/6/2007, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DJ 10/8/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATAÇÃO DE EMPREGADO POR ENTIDADE PARTICULAR. CONVÊNIO FIRMADO COM O ESTADO DO PARANÁ. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DO TEOR DO ITEM IV DA SÚMULA Nº 331 DESTA CORTE.

1. Ao fomentar a educação ou a saúde - direitos constitucionais sociais insculpidos no artigo 6º da Constituição de 1988, o Estado atua de maneira a efetivar os direitos fundamentais, por todos os meios permitidos em nosso ordenamento jurídico, de forma centralizada ou descentralizada. Nesse contexto, o mero repasse de verbas, por meio de convênio, para a Associação Mantenedora Saint Germain de Curitiba, com vistas à contratação de trabalhadores objetivando a promoção de ensino especial de pessoas carentes, não configura intervenção ou atuação econômica do Estado, mas implementação dos direitos fundamentais sociais, que se erigem em escopos precípuos da nação, motivo pelo qual não se pode reconhecer responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado do Paraná. 2. Recurso de revista conhecido e provido (5ª T., RR v 28.289/2000-005-09-00.2, , j. 27.6.2007, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DJ 10.8.2007).

A Orientação Jurisprudencial nº 185 da SDI-I do TST pode ser aplicada por analogia em casos de convênios:

“Contrato de trabalho com a Associação de Pais e Mestres - APM. Inexistência de responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado.

O Estado-Membro não é responsável subsidiária ou solidariamente com a Associação de Pais e Mestres pelos encargos trabalhistas dos empregados contratados por esta última, que deverão ser suportados integral e exclusivamente pelo real empregador”.

Não existe responsabilidade subsidiária do ente público quando celebra convênio com outras instituições, seja por falta de previsão legal ou pelo fato de que o convênio não é exatamente uma prestação de serviço. A Súmula 331 do TST não se aplica à questão, pois não se trata de terceirização. Não é, portanto, possível mudar a nota do candidato na questão.

11. Na questão 9, o candidato obteve 1,0. Não sabe, portanto, o que está impugnando.

12. Na questão 10, seu conceito é incompleto.

Dano existencial não é a depressão. Dano existencial é lesão ou prejuízo causado à pessoa.

Flaviana Rampazzo Soares afirma que dano existencial é “a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social”.²²⁰

Leciona Hidemberg Alves da Frota que o “dano existencial se subdivide no dano ao projeto de vida e no dano à vida de relações”.²²¹

Dano existencial é a conduta praticada por alguém que causa à vítima prejuízo à sua vida pessoal, familiar ou social. Não se trata de um dano patrimonial, mas de uma privação que a pessoa sofre. A vítima tem um prejuízo no seu projeto de vida, no seu projeto familiar.

O dano existencial, segundo a Seção Única Suprema Corte de Cassação da Itália, “consiste em cada prejuízo (de natureza não meramente emotiva e interior, mas objetivamente avaliável) provocada por uma ação de fazer do sujeito, que altera o seu costume e

²²⁰ SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 44.

²²¹ FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial, Revista do Tribunal Regional da 13ª Região, João Pessoa: v. 17, n.º 1, 2010, p. 204.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

a sua relação própria, induzindo-o a escolha de via diversa quanto à expressão e realização da sua personalidade no mundo externo” (Sentença n.º 6.572/2006).

Os doutrinadores não fazem referência a aspecto objetivo, pois inclusive não há lei regulando a matéria.

Logo, não é possível alterar a nota do candidato.

No decorrer das razões do seu recurso o candidato faz referência a jurisprudência e doutrina que não estão escritas na sua prova e, portanto, agora não podem ser consideradas como resposta.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. Isso foi regamente feito.

Não cabe, portanto, o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem liberdade para essa valoração.

Há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se faça. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

A exposição fática e jurídica do candidato não é suficiente para obter 6,0. O conhecimento demonstrado não possibilita o aumento da nota.

A finalidade do recurso não é rever toda a prova, como pretende o recorrente.

O examinador não tem de ficar explicando o que o candidato acertou ou errou na questão para justificar a nota dada. Não se está na Faculdade de Direito para justificar a correção da questão ao candidato.

Em síntese, a pretensão do candidato não merece acolhimento, cumprindo assinalar que todas as respostas foram cuidadosamente analisadas pelos membros da comissão examinadora, não havendo registro de atribuição de nota no caderno de prova para assegurar a independência de cada integrante, ao avaliar a compreensão da questão pelo candidato, fundamentação adequada, conhecimento da língua pátria e da existência de relevante controvérsia em nível doutrinário e jurisprudencial.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Pelo exposto, conheço do recurso e, no mérito, **nego-lhe provimento**, mantendo as notas que foram atribuídas ao candidato recorrente.

São Paulo, 12 de novembro de 2015.

Sergio Pinto Martins

Relator

Nº do Recurso

RECURSO Nº 34

Identificação do Candidato

Hanna Longo Madi

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro.

VOTO (RELATOR)

Natureza: **RECURSO Nº 34 – XL Concurso para Ingresso na Magistratura**

Recorrente: Candidato 282

Relator: Desembargador Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro

Notas do Candidato: Examinadores:

Dr. Sergio Pinto Martins: 5,0

Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro: 5,5

Dr. Geraldo Baraldi Júnior: 5,0

Vistos, etc.

1. O candidato pede a majoração da sua nota na 1ª prova discursiva. Para tanto, o candidato tenta justificar as ideias defendidas nas respostas de 10 questões. De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 – (...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2. O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um “segundo turno” de avaliações das provas. O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3. A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. E isso foi regiadamente feito.

4. Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5. E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6. Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7. Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

8. Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, NEGOU PROVIMENTO do recurso.

São Paulo, 29 de outubro de 2.015.

DR. RAFAEL E. PUGLIESE RIBEIRO

Desembargador Federal do Trabalho

Relator

DR. SÉRGIO PINTO MARTINS

Desembargador Federal

DR. GERALDO BARALDI JÚNIOR

Rep. Ordem dos Advogados do Brasil

RECURSO Nº 35

Bruno Cataldi Cipolla

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Ilmo. Sr. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

VOTO (RELATOR)

Recurso interposto quanto às notas apresentadas pela Banca Examinadora da primeira prova escrita da segunda fase do concurso.

Recurso 35

Prova: 534

Vistos, etc.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Trata-se de recurso interposto por candidato que realizou prova escrita acima destacada na segunda fase do Concurso para o cargo de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região.

Em resumo, sustenta que as notas finais atribuídas pelos Examinadores devem ser majoradas pelas razões constante do apelo.

É o relatório

V O T O

Inicialmente, enfatiza-se que o candidato não obteve aprovação no certame de nenhum dos 03 examinadores da banca já que suas notas foram 5,50, 5,50 e 5,50 respectivamente. Uma ou outra diferença decorria, se fosse o caso, da definição individual de cada examinador.

De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 –

(...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2.

O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um segundo turno de avaliações das provas.

O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”

E isso foi regidamente feito.

4.

Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor.

A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5.

E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato.

Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial).

Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas.

Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, nada há para ser alterado.

DO EXPOSTO,

CONHEÇO do recurso interposto pelo candidato autor da prova nº “534” da primeira prova escrita da segunda fase do LX Concurso para provimento do cargo de Juiz Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região e, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO** para manter as notas que lhe foram atribuídas quando da correção de sua prova pela Banca Examinadora.

Geraldo Baraldi Junior

- Relator -

Nº do Recurso

RECURSO Nº 36

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins.

VOTO (RELATOR)

Vistos, examinados, etc.

Trata-se de recurso interposto em face do resultado obtido na 1ª prova escrita discursiva – 2ª etapa do XXXIX Concurso para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, identificado com o número



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

36. Em síntese, impugna o resultado das questões 2 a 10 para obter a aprovação com no mínimo nota 6. Pede a revisão da sua nota.

É o relatório.

Decide-se:

1. Conheço do recurso, eis que regular e tempestivo, conforme certificado pela Secretaria da Comissão do Concurso a fls. 02.

2. No mérito, verifica-se que o candidato, apesar da vista de prova a que teve direito e do tempo transcorrido para melhor reflexão sobre as questões, não foi capaz de promover uma autocrítica e identificar as próprias falhas, pretendendo estabelecer um diálogo com a Comissão Examinadora.

3. A questão 2 foi considerada correta.

4. Na questão 3, não foi apresentado o conceito de greve. Não foi pedido para se fazer histórico da greve.

Não foi estabelecida a distinção entre greve ilegal e abusiva.

Não foram respondidos todos os requisitos da greve.

Não é possível alterar a nota do candidato.

5. Na questão 4, não foi feita referência ao Ministério Público do Trabalho e ao Presidente do TRT ajuizarem dissídio coletivo. A resposta está incompleta. Não é possível aumentar a nota do candidato.

6. Na questão 5, o nome correto não é Constituição Federal, mas Constituição da República ou Constituição da República Federativa do Brasil.

Não falou sobre a possibilidade de entrar no domicílio em razão de flagrante delito, como crime de trabalho escravo desenvolvido no domicílio.

Havia necessidade de se explicar o trabalho em home office, que o empregador é diferente do empregador doméstico.

Logo, não é possível dar nota integral à questão.

7. A questão 6 não tem resposta completa.

Determina o inciso IV do artigo 5.º do artigo do Decreto-lei n.º 200/67 que fundação pública é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

Distingue-se a fundação pública da fundação privada.

Afirma Adilson de Abreu Dallari que “quando a lei cria diretamente uma fundação tem-se uma fundação pública, dotada de personalidade de direito público, até porque a lei não pode criar pessoa privada”.²²² É o que ocorre quando a fundação é instituída por lei federal, estadual ou municipal. A Administração Pública direta ou indireta está sujeita ao princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição), a só fazer aquilo que a lei determina.

Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona que a fundação tem natureza pública quando “é instituída pelo poder público com patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e, destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de auto administração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei”.²²³ Destaca as suas características: a- dotação patrimonial ou inicial do ente governamental; b- personalidade

²²² DALLARI, Adilson de Abreu. Regime constitucional dos servidores públicos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 44.

²²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 320.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

jurídica; c- desempenho de atividade atribuída ao Estado no âmbito social; d- capacidade auto-administrativa; e- sujeição ao controle administrativo ou tutela por parte da Administração direta.²²⁴

Celso Antonio Bandeira de Mello leciona que “é absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as fundações públicas são pessoas de Direito Privado. Na verdade, são pessoas de Direito Público,...; Saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda, que se lhe atribua outra qualificação. Entretanto, foram batizadas de pessoas de Direito Privado apenas para se evadirem destes controles moralizadores ou, então, para permitir que seus agentes acumulassem cargos e empregos, o que lhes seria vedado se fossem reconhecidas como pessoas de Direito Público”.²²⁵

A fundação pública não tem fins lucrativos. É formada por meio de dotação do Estado. São recursos da Fundação as dotações, subvenções, contribuições que o Estado anualmente consignar em seus orçamentos. No caso de extinção da fundação, seus bens e direitos são incorporados ao patrimônio do ente público que a criou.

Tem direito a fundação pública a isenção de tributos em relação ao ente da Administração Pública que pertencer.

A fundação pública não pode aplicar em despesas administrativas, inclusive de pessoal, mais que determinado porcentual do seu orçamento. Isso também mostra que se trata de determinação de Direito Administrativo.

Atendidos tais requisitos a fundação é considerada pública e não privada.

O STF já afirmou que “nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o §2.º do art. 99 da Constituição Federal” (RE 101.126/84, Rel. Min. Moreira Alves).

A jurisprudência do TST indica quando a fundação é considerada pública:

FUNDAÇÃO PÚBLICA. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. ESTABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. 1 - Reconhecidamente criada por lei, com fins assistenciais de indiscutível escopo público e alcance social, a FURP, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, reveste-se de natureza eminentemente pública, devendo reger-se pelas normas e princípios de Direito Público.

2 - Consoante o disposto no artigo 19 do ADCT, a estabilidade especial no serviço público abarca os servidores das fundações públicas que já estavam em exercício há, pelo menos, cinco anos continuados na data da promulgação da Constituição Federal e que não tenham sido admitidos por meio concurso público.

3 - Na hipótese, o reclamante foi admitido em 2/4/1982, vindo a ser dispensado em 9/8/1994, quando contava com mais de 13 (treze) anos de serviço continuado para a Fundação. Atendidos todos os requisitos constantes do artigo 19 do ADCT, necessários para assegurar a estabilidade no emprego, dá-se provimento ao recurso de revista para

²²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, p. 320.

²²⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 15ª ed, São Paulo: Malheiros, 2003, 169.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

determinar a reintegração do reclamante no emprego. (1ª Turma, RR - 689676-57.2000.5.02.0314, j. 2/4/2008, Relator Ministro: Lélío Bentes Corrêa, DJ 2/5/2008).

FUNDAÇÃO PÚBLICA. ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL. ARTIGO 19 DO ADCT/CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. FURP. A fundação pública, cuja noção está definida pelo artigo 5º, inciso IV e § 3º, do Decreto-Lei nº 200/67, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, ostenta natureza pública, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988, em face do que consta especialmente da redação dos seus artigos 37, XIX, 39 e 40, caput. Seus empregados, assim, são abarcados pela estabilidade especial no serviço público regulada pelo artigo 19 do ADCT, que também alude expressamente aos servidores das fundações públicas, desde que observados os requisitos delineados no seu caput e parágrafos, sendo, portanto, nula a dispensa do servidor nessas circunstâncias, porquanto implementados todos os pressupostos de natureza constitucional para a referida estabilização, daí por que se lhe assegura a reintegração no serviço público do qual fora ilicitamente afastado. Incidência dos arts. 37, XIX, e 39 da Constituição Federal e 19 do ADCT. Recurso do reclamante conhecido e provido (1ª Turma, RR - 678030-43.2000.5.02.5555, j. 24/9/2003, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, DJ 5/3/2004).

Sendo Fundação Pública, o processamento da execução é por precatório (art. 100 da Constituição). O TST já decidiu no mesmo sentido em relação a reclamada, por considerá-la Fundação Pública (TST, 5ª T., AIRR 1.576/1995-311-02-40.6, j. 25.6.2008, Rel. Min. Brito Pereira, DJ 01/08/2008; 1ª T., ED-RR 788.028/01.8, j. 25.5.2005, Rel. Guilherme Augusto Caputo Bastos).

As fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que não explorem atividade econômica têm direito a dispensa do depósito recursal. Está dispensada de fazer assistência no sindicato na rescisão do contrato de trabalho (art. 1º do Decreto-lei n.º 779/69). Não estão sujeitas as fundações ao procedimento sumaríssimo (§ único do art. 852-A da CLT).

A Justiça do Trabalho tem competência para examinar as ações propostas por trabalhadores contra as fundações públicas, se forem empregados públicos (art. 114, I, da Constituição). Será incompetente a Justiça do Trabalho para tratar de ações de funcionários públicos, que têm regime estatutário, propostas contra fundações públicas, segundo o entendimento do STF (ADIn 3.395-6/DF, j. 5.4.06, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU 10.11.2006).

Se o empregado tiver cinco anos de trabalho antes da vigência da Constituição de 1988, tem direito a estabilidade (art. 19 do ADCT).

Não foi feita referência ao regime de trabalho dos trabalhadores da Fundação.

O candidato não faz referência a depósito recursal, prazos em dobro ou em quádruplo

A resposta à questão 6 está incompleta. Não é possível aumentar a nota que foi dada ao candidato.

8. Na questão 7, há resposta para a suspensão do contrato de trabalho e os cinco anos. O restante está incompleto.

A Súmula 440 do TST nada tem a ver com a pergunta, pois se refere a plano de saúde na aposentadoria por invalidez.

O candidato desconhece a alteração dos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91.

A concessão definitiva da aposentadoria por invalidez pode levar muito tempo para ser decidida pelo órgão previdenciário. Enquanto isso, o empregador não sabe o que fazer. Já afirmou Raimundo Cerqueira Ally, sobre prolongamento do afastamento do empregado



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

por doença e a ocupação de imóvel do empregador, que “o problema é crítico e não encontra na lei, na doutrina e na jurisprudência solução plausível”.²²⁶

Dispõe o artigo 475 da CLT, que tem a redação original de 1943, que o empregado aposentado por invalidez tem seu contrato de trabalho suspenso durante o prazo fixado pelas leis de previdência para a efetivação do benefício (art. 475 da CLT). Reza o parágrafo 1.º do artigo 475 da CLT, com a redação determinada pela Lei n.º 4.824, de 5 de novembro de 1965, que recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria.

Prevía o parágrafo 3.º do artigo 4.º da Lei n.º 3.332, de 26 de janeiro de 1957, que a aposentadoria por invalidez era definitiva, quando completava cinco anos de vigência.

Determinava o parágrafo 6.º do artigo 27 da Lei n.º 3.807/60 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional. Entendia-se com base nesse dispositivo que, após os 55 anos, a aposentadoria por invalidez era definitiva e o segurado não tinha mais condições de se recuperar, tanto que não mais se exigiam exames médicos.

O antigo Prejulgado n.º 37 do TST, de 21 de setembro de 1971, estabeleceu que “cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei”.

Estabelecia o parágrafo 7.º do artigo 6.º da Lei n.º 5.890/73 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional.

Prescrevia o artigo 7.º da Lei n.º 5.890/73 que a aposentadoria por invalidez seria mantida enquanto a incapacidade do segurado persistisse, ficando ele obrigado a submeter-se aos exames que, a qualquer tempo, fossem julgados necessários para verificação da manutenção, ou não, dessas condições. Verificada a recuperação da capacidade de trabalho do segurado aposentado, procedia-se da seguinte forma: I- se, dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria, ou de três anos, contados da data em que terminou o auxílio-doença em cujo gozo se encontrava, for o aposentado declarado apto para o trabalho, o benefício ficará extinto: a- imediatamente, para o segurado empregado, a quem assistirão os direitos resultantes do disposto no artigo 475 e respectivos parágrafos da CLT, valendo como título hábil, para esse fim, o certificado de capacidade fornecido pela previdência social; ... II- se a recuperação da capacidade de trabalho ocorrer após os prazos estabelecidos no item anterior, bem assim quando, a qualquer tempo, essa recuperação não for total, ou for o segurado declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo do trabalho, sendo reduzida em 18 meses até sua extinção.

Estabeleceu o Decreto n.º 83.080/79 (Regulamento de Benefícios da Previdência Social) que “se o segurado é declarado apto para o trabalho após o prazo do item I, se, a qualquer tempo a recuperação não é total ou se o segurado é declarado pela previdência social apto para o trabalho diverso do que anteriormente exercia, a aposentadoria é mantida, sem prejuízo da volta ao trabalho” (art. 119, II). Trabalho é o esforço da pessoa para um determinado fim econômico.

²²⁶ ALLY, Raimundo Cerqueira. Normas previdenciárias no direito do trabalho. 3ª ed. São Paulo: IOB, 1989, p. 111.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

A Resolução Administrativa 102/82 do TST, publicada no Diário de Justiça da União de 11 de outubro de 1982, transformou o Prejulgado 37 na Súmula 160.

A redação do Decreto n.º 89.312/84 é um pouco diferente do regulamento anterior: “Quando a recuperação ocorre após o período do item I, ou não é total, ou o segurado é declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a aposentadoria é mantida, sem prejuízo da volta à atividade” (art. 31, II). Atividade é a atribuição ou serviço desempenhado pela pessoa.

Mostra o artigo 42 da Lei n.º 8.213/91 que o benefício de aposentadoria por invalidez é devido enquanto permanecer nesta condição (for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência).

O inciso I do artigo 47 da Lei n.º 8.213/91 dispõe que quando a recuperação do aposentado por invalidez ocorrer dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a antecedeu sem interrupção, o benefício cessará. Mostra o inciso II do mesmo artigo que se a recuperação for parcial, ou ocorrer após o prazo de cinco anos, ou ainda quando o segurado for declarado apto para o exercício de trabalho diverso do qual habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo da volta à atividade, sendo o benefício extinto no prazo de 18 meses a contar da recuperação da capacidade.

Disponha o artigo 101 da Lei n.º 8.213, na sua redação original, que o segurado em gozo de aposentadoria por invalidez ou de auxílio-doença e o pensionista inválido, enquanto não completassem 55 anos, estavam obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado. Esse artigo teve a redação alterada pela Lei n.º 9.032/95, que não mais fez referência à idade de 55 anos. Assim, não existia mais idade limite de 55 anos para o segurado fazer exames médicos em caso de invalidez para ser considerada definitiva a aposentadoria.

Posteriormente, passou-se a entender que a aposentadoria por invalidez é provisória, pois o segurado pode, em certos casos, recuperar-se.²²⁷

O STJ já entendeu que a aposentadoria por invalidez não é definitiva, mesmo depois de cinco anos, se o aposentado recupera a capacidade de trabalho (REsp 460.331, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 20.11.2006, DJ 11.12.1006, p. 405).

A Instrução Normativa INSS/ PRES 77, de 21 de janeiro de 2015, afirmava que a perícia médica deveria rever o benefício de aposentadoria por invalidez a cada dois anos (art. 222).

Outra solução poderia ser que a aposentadoria é compulsória para o empregado que completa 70 anos de idade e para a empregada com 65 anos (art. 51 da Lei n.º 8.213/91). Atingidas as referidas idades, a aposentadoria por invalidez também seria definitiva e não provisória.

Prescreve o artigo 475 da CLT:

“Art. 475 - O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

§ 1º - Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização

²²⁷ MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 348.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região
deverá ser paga na forma do art. 497. ([Redação dada pela Lei nº 4.824, de 5.11.1965](#))

§ 2º - Se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da interinidade ao ser celebrado o contrato”.

Sob o ângulo trabalhista, a aposentadoria por invalidez é hipótese de suspensão dos efeitos do contrato de trabalho.

Determina o artigo 475 da CLT que o empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

Não há na lei previdenciária prazo de duração para a efetivação da aposentadoria por invalidez.²²⁸

Em Portugal, por exemplo, a reforma do trabalhador por velhice ou invalidez importa a caducidade do contrato de trabalho (art. 343, c, do Código de Trabalho), com a cessação automática do pacto laboral. Ensina Antonio Lemos de Monteiro Fernandes que a preocupação do legislador foi “de libertar efetivamente postos de trabalho a partir de certo momento - o da obtenção da reforma - preocupação surgida no contexto de uma grave crise de desemprego”.²²⁹

O Código de Trabalho português mostra que a suspensão do contrato de trabalho pode fundamentar-se na impossibilidade temporária (art. 330º, 1). Logo, não pode ser definitiva nem durar longo tempo.

A suspensão dos efeitos do contrato de trabalho não poderia ser indefinida, pois causa insegurança jurídica ao empregador, que não sabe quando ou se poderá contar com o empregado que foi aposentado por invalidez.

A aposentadoria por invalidez não é permanente. Ela é provisória até que o médico diga que o trabalhador não tem mais capacidade de recuperação, quando será considerada definitiva.²³⁰

A Lei n.º 13.063, de 30 de dezembro de 2014, acrescentou os parágrafos 1.º e 2.º ao artigo 101 da Lei n.º 8.213/91:

“Art. 101. O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

§ 1.º O aposentado por invalidez e o pensionista inválido estarão isentos do exame de que trata o caput após completarem 60 (sessenta) anos de idade.

§ 2.º A isenção de que trata o § 1.º não se aplica quando o exame tem as seguintes finalidades:

I - verificar a necessidade de assistência permanente de outra pessoa para a concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício, conforme dispõe o art. 45;

II - verificar a recuperação da capacidade de trabalho, mediante solicitação do aposentado ou pensionista que se julgar apto;

²²⁸ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários às Súmulas do TST. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.103.

²²⁹ FERNANDES, Antonio Lemos de Monteiro. Direito do Trabalho. 8ª edição. Coimbra: Almedina, 1992, p. 438.

²³⁰ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários á CLT. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 508.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

III - subsidiar autoridade judiciária na concessão de curatela, conforme dispõe o art. 110”.

Na verdade, não se trata de isenção, pois esta diz respeito a dispensa legal do pagamento de tributo. Trata-se da dispensa de se fazer o exame médico.

A norma jurídica regulamentou situação da prática, em que em alguns casos já se deixava de fazer perícia depois do segurado atingir a idade de 60 anos.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia afirma que “há possibilidade de se entender que, após essa idade (60 anos), a situação passa a ter contornos mais definitivos, permitindo a extinção do contrato de trabalho pelo empregador”.²³¹

A conclusão que se extrai da alteração feita no parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 é que a partir de 60 anos o INSS não fará mais exame médico pericial o aposentado por invalidez e pensionista inválido não mais está obrigado a fazer exame médico periódico bienal quando completarem 60 anos (§1.º do art. 101 da Lei n.º 8.213), que está de acordo com a idade do idoso (art. 1.º da Lei n.º 10.741/03). Assim, a aposentadoria por invalidez será definitiva. Há presunção legal de que aos 60 anos não precisa ser feita perícia. Logo, os efeitos do contrato de trabalho do empregado com o empregador não estarão mais suspensos, pois estará efetivado o benefício (art. 475 da CLT) e poderá ser rescindido o contrato de trabalho do aposentado por invalidez.

A redação da lei não faz distinção quanto a sexo. Logo, tanto homem como mulher não mais precisam fazer perícia por invalidez depois dos 60 anos.

Com a determinação da Lei n.º 13.063/14 fica derogado o artigo 71 da Lei n.º 8.212/91 não ponto em que exige que o INSS faça revisão periódica do benefício de aposentadoria por invalidez.

Foram estabelecidas três exceções no parágrafo 2.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91 para efeito de continuar a ser feito o exame médico:

- a- se há necessidade de assistência permanente de outra pessoa, referente ao acréscimo de 25%;
- b- se o próprio aposentado solicita retorno ao trabalho;
- c- se a autoridade judiciária solicita a perícia para fins de curatela.

O candidato não fez referência aos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91.

A conclusão que se chega hoje é de que a aposentadoria por invalidez, de um modo geral, é provisória. Ela só será definitiva quando o médico assim entender, pois o segurado não é mais susceptível de recuperação. Passados cinco anos da concessão da aposentadoria por invalidez, não importa que ela venha a ser definitiva, pois o trabalhador pode se recuperar.

Leciona Lilian Gonçalves que “não restam dúvidas de que, sob o prisma previdenciário, a aposentadoria por invalidez não pode ser tida como definitiva, irreversível, total, plena e incondicional. Ao contrário, diante dos inquestionáveis e crescentes avanços da medicina, inovações terapêuticas e tecnológicas, bem como do sucesso das técnicas de reabilitação profissional, o trabalhador pode recuperar sua aptidão para o trabalho. Desse modo, o benefício deve ser mantido somente enquanto perdurar a condição de incapacidade, nada justificando onerar o sistema público, quando inexistente verdadeiro fato desencadeador e mantenedor da benesse”.²³²

²³¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito da seguridade social. São Paulo: Gen/Forense, 2015, p. 399.

²³² GONÇALVES, Lilian, Aposentadoria por invalidez: Análise crítica de seus efeitos no contrato de trabalho. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2012, p. 55.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

O empregador, porém, não pode ficar aguardando indefinidamente o empregado, pois necessita de trabalhador para fazer o serviço daquele. Na prática, muitas vezes a empresa contrata substituto interinamente.

Com a nova redação do parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 pode ser dito que a partir de 60 anos o INSS a aposentadoria por invalidez será definitiva, pois não haverá mais necessidade de se fazer exame médico pericial no aposentado por invalidez e pensionista inválido.

Isso mostra que a resposta do candidato está incompleta e é impossível acolher a sua pretensão de obter nota máxima.

9. A questão 8 está totalmente errada, pois convênio não é hipótese de terceirização e não implica responsabilidade subsidiária.

Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro que convênio é uma “forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”.²³³

O convênio compreende um objetivo comum, parceria, cooperação. No convênio não existe exatamente tomador dos serviços.

Convênio é “o ajuste entre órgão ou entidades do poder público ou entre estes e entidades privadas, visando à realização de projetos ou atividades de interesse comum, em regime de mútua cooperação”.²³⁴

Convênios administrativos “são convenções, mas não contratos, pois nestes as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultante e não soma), ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns”.²³⁵

Convênios “administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”.²³⁶

Alexandre Mazza assevera que “convênio é o acordo administrativo multilateral firmado entre entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, visando a cooperação recíproca para alcançar objetivos de interesse comum a todos os conveniados”.²³⁷

Afirma Irene Nohara que “os convênios abarcam interesses recíprocos com metas institucionais comuns e objetivam, portanto, um resultado comum alcançado mediante mútua colaboração”.²³⁸

O convênio não é um contrato,²³⁹ mas um ajuste administrativo.²⁴⁰ O objetivo é um resultado comum, mediante mútua colaboração. Nos contratos as vontades são antagônicas; os interesses são opostos e diversos.

Os convênios são atos complexos. São acordos de vontades não contratuais celebrados pelo ente público e outra pessoa. São acordos de cooperação.

²³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

²³⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 244.

²³⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 676.

²³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 358.

²³⁷ MAZZA, Alexandre. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 456.

²³⁸ NOHARA, Irene Patrícia. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 461.

²³⁹ No mesmo sentido MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros. 1990, p. 358. Há também julgamento nesse sentido no STF (RTJ 141/619).

²⁴⁰ GASPARINI, Diógenes. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 303.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

No convênio e na parceria há colaboração mútua e não prestação de serviços ao ente público.

Nos convênios, os interesses são recíprocos e os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns, reunindo-se para alcançá-los. Objetiva um resultado comum, com mútua colaboração.

Nos convênios e em outros ajustes similares não existe a “estipulação de obrigações recíprocas”.

Assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o convênio:

“O convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas.

.....

O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei nº 8.666/93, quando, no art. 116, *caput*, determina que suas normas se aplicam aos convênios “no que couber”. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos artigos 1º e 2º”.²⁴¹

Leciona José dos Santos Carvalho Filho:

“No contrato, os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Nesse tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a cooperação, e não o lucro procurado por celebrar contratos.

(...) Nos convênios, ao revés, podem ser vários os polos, havendo um inter-relacionamento múltiplo, de modo que cada participante tem, na verdade, relação jurídica com cada um dos integrantes dos demais pólos”.²⁴²

Para legislar sobre a matéria de licitação e contratos, observa a Administração Pública o disposto no XXVII do artigo 22 da Constituição.

Dispõe o artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 que: “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

Pode ocorrer de o convênio exigir licitação e em outros casos não. O artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 usa a expressão “no que couber”. Logo, pode não ser exigida a licitação no convênio, se não couber.

Ensina José dos Santos Carvalho Filho:

“A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra. É verdade que a Lei 8.666/93 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação ocorre no que couber. Como é lógico, raramente será possível a competitividade que marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. Por outro lado, no verdadeiro convênio inexistente perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação”.²⁴³

²⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28ª edição, São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

²⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28ª edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 228.

²⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 229. O STF já entendeu não precisar de licitação (Inq. 1.957-PR, Rel. Min. Carlos Velloso, em



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

A celebração de convênio depende de prévia aprovação pela organização interessada, como se extrai do parágrafo 1º do artigo 116 da citada lei:

“A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações...”.

No convênio administrativo, quando do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da entidade conveniada, não existe intervenção por parte do ente público, não podendo lhe ser imposto o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo conveniado.

Quando a Administração Pública se utiliza de licitação e nos casos de celebração de convênio, não se pode falar em responsabilidade subsidiária.

O parágrafo 6.º do artigo 37 da Constituição se aplica quando a Administração Pública é prestadora de serviço público ou por delegação a particular. Na terceirização, a Administração Pública é tomadora do serviço.

A Administração Pública age de acordo com o princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição). Observa o procedimento de licitação (art. 37, XXI, da Constituição) na contratação de prestadores de serviços.

A utilização de licitação, regra geral, é a forma pela qual são praticados os atos da Administração Pública. As instituições são contratadas mediante concorrência pública.

Não existe culpa in eligendo em razão da necessidade de ser feita licitação para a contratação do prestador de serviço.

Na relação de convênio não existe terceirização de mão de obra. O caso, portanto, não é de aplicação do inciso IV da Súmula 331 do TST. O TST inclusive mudou a redação do referido inciso, não mais constando a exclusão da aplicação do parágrafo 1.º do artigo 71 da Lei n.º 8.666/93.

No mesmo sentido os seguintes julgados do TST:

RECURSO DE REVISTA - MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO-CONVÊNIO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - NÃO CONFIGURAÇÃO.

O convênio firmado entre o Município do Rio de Janeiro e a Associação de Moradores e Amigos da Serra Morena não configura contrato administrativo, mas acordo de vontades estabelecido entre o poder público e entidade privada com o intuito de fomentar iniciativas privadas de utilidade pública, não atraindo, por esse motivo, a incidência da responsabilização subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331, IV, desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido (1ª Turma, RR-1.241/2003-031-01-00.0, j. 7.11.2007, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DJ de 14/12/07).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Federação Metropolitana de Centros Comunitários e Associações de Moradores emecam, visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família, não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil objetivando mútua cooperação. Precedentes desta Corte superior (RR-114/2006-014-08-00.2, Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ de 11/10/2007).

11.5.2005, Informativo STF n.º 387, maio de 2005).



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Comissão de Bairros de Belém visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil objetivando mútua cooperação. Precedentes desta Corte superior (RR-1.074/2005-003-08-00.1, Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ de 11/10/2007).

RECURSO DE REVISTA - CONVÊNIO CELEBRADO COM ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - INAPLICABILIDADE. Do fato do convênio não se confundir com contrato administrativo, não se há de falar em terceirização de serviços, tampouco em responsabilização subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331 do TST, tendo em vista que houve a celebração de acordo de vontades entre o Município e a entidade privada, com escopo no fomento de atividades de utilidade pública. Ressalte-se que as responsabilidades do ente público, descritas no art. 18 da Lei nº 8.080/90, referem-se à sua competência para avaliar, fiscalizar e controlar a execução dos serviços de utilidade da comunidade prestados pela entidade privada, não se confundindo com a culpa in vigilando, motivo da responsabilização subsidiária, já que não está adstrito ao exame do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa conveniada (RR-553/2006-014-08-40.0, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, DJ 24/8/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Federação Metropolitana de Centros Comunitários e Associações de Moradores FEMECAM visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil, visando à mútua cooperação (RR-1.255/2005-002-08-00.1, j. 5/9/2007, Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. EMPREGADO CONTRATADO POR ENTIDADE PARTICULAR QUE FIRMOU CONVÊNIO COM MUNICÍPIO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. I - Convênio é o acordo de vontades estabelecido entre o Estado e entidades privadas com o escopo de fomentar iniciativas privadas de utilidade pública. II - Não se confunde com terceirização, já que não se trata de contrato, não se aplicando ao caso os termos da Súmula 331 do TST, pois, como o Município não está firmando nenhum tipo de contrato, muito menos de prestação de serviços, não pode ser responsabilizado subsidiariamente. III - As responsabilidades do ente público a que aludem os incisos X e XI do art. 18 da Lei nº 8.080/90 dizem respeito à avaliação, controle e fiscalização da execução dos serviços de saúde por entidades privadas, e não à obrigação do ente público em fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo conveniado, de forma que não há falar em culpa in eligendo e in vigilando. V - Recurso conhecido e provido. VI - Prejudicado o exame dos outros tópicos do recurso de revista (4ª T., RR 161800-84.2005.5.08.0011, j. 20/6/2007, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DJ 10/8/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATAÇÃO DE EMPREGADO POR ENTIDADE PARTICULAR. CONVÊNIO FIRMADO COM O ESTADO DO PARANÁ. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DO TEOR DO ITEM IV DA SÚMULA Nº 331 DESTA CORTE.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

1. Ao fomentar a educação ou a saúde - direitos constitucionais sociais insculpidos no artigo 6º da Constituição de 1988, o Estado atua de maneira a efetivar os direitos fundamentais, por todos os meios permitidos em nosso ordenamento jurídico, de forma centralizada ou descentralizada. Nesse contexto, o mero repasse de verbas, por meio de convênio, para a Associação Mantenedora Saint Germain de Curitiba, com vistas à contratação de trabalhadores objetivando a promoção de ensino especial de pessoas carentes, não configura intervenção ou atuação econômica do Estado, mas implementação dos direitos fundamentais sociais, que se erigem em escopos precípuos da nação, motivo pelo qual não se pode reconhecer responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado do Paraná. 2. Recurso de revista conhecido e provido (5ª T., RR v 28.289/2000-005-09-00.2, , j. 27.6.2007, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DJ 10.8.2007).

A Orientação Jurisprudencial nº 185 da SDI-I do TST pode ser aplicada por analogia em casos de convênios:

“Contrato de trabalho com a Associação de Pais e Mestres - APM. Inexistência de responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado.

O Estado-Membro não é responsável subsidiária ou solidariamente com a Associação de Pais e Mestres pelos encargos trabalhistas dos empregados contratados por esta última, que deverão ser suportados integral e exclusivamente pelo real empregador”.

Não existe responsabilidade subsidiária do ente público quando celebra convênio com outras instituições, seja por falta de previsão legal ou pelo fato de que o convênio não é exatamente uma prestação de serviço. A Súmula 331 do TST não se aplica à questão, pois não se trata de terceirização. Não é, portanto, possível mudar a nota do candidato na questão.

10. A questão 9 foi considerada integralmente correta. O candidato não sabe o que está impugnando.

11. A questão 10, no item fixação, foi respondida de forma sintética.

O objetivo do valor da indenização é a reparação integral, o restitutio in integrum.

O juiz deve levar em conta os seguintes elementos para fixar o valor da indenização:

a- situação financeira dos litigantes;

b- discernimento do ofensor sobre a gravidade do fato;

c- gravidade do ato;

d- grau de cultura e posição social do ofensor;

e- estabelecer punição pedagógica, visando evitar a reincidência no ato;

f- intensidade do dolo ou da culpa;

g- a repercussão da ofensa, como na sociedade e no ambiente de trabalho;

h- posição social do ofendido, verificando a moral do homem médio. Empregados mais conhecidos na empresa devem ter indenização maior se a divulgação é do conhecimento geral.

Dispôs a Lei n.º 12.846/13 sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. O artigo 7.º da Lei n.º 12.846/13 estabeleceu que “serão levados em consideração na aplicação das sanções:

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados”.

A Seção Única da Suprema Corte de Cassação de Itália asseverou que a reparabilidade do dano existencial exige, unicamente, a presença da: a- injustiça do dano; b- lesão a uma posição constitucionalmente garantida (Sentença n.º 500/1999).

Deve o magistrado sopesar os itens acima para fixar a justa indenização para cada caso em concreto. Não poderá fixar, porém, a indenização de forma arbitrária. O juiz deverá fixar a indenização de forma prudente e moderada. Não poderá, portanto, fixar indenização de forma exagerada ou desproporcional.

O juiz deve, por conseguinte, ter bom senso na fixação da indenização. Não pode ser fixada indenização exagerada.

Na fixação da indenização por dano deve atentar o juiz para o antigo artigo 400 do Código Civil de 1916, que indica o binômio necessidade/possibilidade na fixação de alimentos: “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”. O artigo 1.695 do Código Civil de 2002 tem uma redação um pouco diferente, mas dá a entender o mesmo: “são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”.

A indenização tem objetivos pedagógicos, de evitar que o réu incorra no mesmo ato novamente. Visa desestimular ou inibir situações semelhantes, pois é sabido que o bolso é a parte mais sensível do corpo humano, como se diz no âmbito popular. Tendo o ofensor um dispêndio financeiro com o ato que praticou, vai evitar a prática novamente do mesmo ato.

Como afirma Valdir Florindo: o montante da indenização deve traduzir-se em advertência ao lesante e à sociedade, de que comportamentos dessa ordem não se tolerará.²⁴⁴

Leciona Carlos Alberto Bittar que “a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante”.²⁴⁵ “Coaduna-se essa postura, ademais, com a própria índole da teoria em debate, possibilitando que se realize com maior ênfase, a sua função inibidora, ou indutora de comportamentos. Com efeito, o peso do ônus financeiro é, em um mundo em que cintilam interesses econômicos, a resposta pecuniária mais adequada a lesões de ordem moral”.²⁴⁶

A indenização por dano moral não pode, porém, ser fundamento para o enriquecimento do lesado, mas apenas compensar ou reparar o dano causado. Não pode também ser fundamento para arruinar financeiramente o réu, que deixará de pagar a indenização. Não pode constituir um prêmio de loteria. Como afirma Caio Mário da Silva Pereira, a indenização

²⁴⁴ FLORINDO, Valdir. Dano moral e o Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, p. 206.

²⁴⁵ BITTAR, Carlos Alberto. A reparação civil por danos morais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 220.

²⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto. A reparação civil por danos morais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 222.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

não pode ser “tão grande que converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva”.²⁴⁷

A jurisprudência adotou a mesma orientação:

“... A indenização a ser arbitrada deverá ser, nem tão grande que se converta em enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva, como se extrai da lição escoreita de Caio Mário Pereira da Silva” (TRT 3ª R., 2ª T., RO 21719/99, Rel. Juiz Wanderson A da Silva, DJ MG 21.6.2000, p. 17, RDT 07/00, p. 53).

A resposta questão está incompleta. Mesmo assim, foi dado 0,9 à questão.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. Isso foi regiadamente feito.

Não cabe, portanto, o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem liberdade para essa valoração.

Há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se faça. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

A finalidade do recurso não é rever praticamente toda a prova, como pretende o recorrente.

O examinador não tem de ficar explicando o que o candidato acertou ou errou na questão para justificar a nota dada. Não se está na Faculdade de Direito para justificar a correção da questão ao candidato.

Em síntese, a pretensão do candidato não merece acolhimento, cumprindo assinalar que todas as respostas foram cuidadosamente analisadas pelos membros da comissão examinadora, não havendo registro de atribuição de nota no caderno de prova para assegurar a independência de cada integrante, ao avaliar a compreensão da questão pelo candidato, fundamentação adequada, conhecimento da língua pátria e da existência de relevante controvérsia em nível doutrinário e jurisprudencial.

²⁴⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro. Forense, 1990, p. 176.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Pelo exposto, conheço do recurso e, no mérito, **nego-lhe provimento**, mantendo as notas que foram atribuídas ao candidato recorrente.

São Paulo, 12 de novembro de 2015.

Sergio Pinto Martins

Relator

Nº do Recurso

RECURSO Nº 37

Identificação do Candidato

Juliana Lomelino Petrilo de Paula

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro.

VOTO (RELATOR)

Natureza: **RECURSO Nº 37 – XL Concurso para Ingresso na Magistratura**

Recorrente: Candidato 576

Relator: Desembargador Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro

Notas do Candidato: Examinadores:

Dr. Sergio Pinto Martins: 5,0

Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro: 5,5

Dr. Geraldo Baraldi Júnior: 4,5

Vistos, etc.

1. O candidato pede a majoração da sua nota na 1ª prova discursiva. Para tanto, o candidato tenta justificar as ideias defendidas nas respostas de 07 questões, e postula a anulação da questão nº 2, sustentando que versa matéria estranha ao edital.

2. De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 – (...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

3. O recurso interposto pelo candidato impugna uma única questão da prova (questão nº 2). Em relação às outras questões, as razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um “segundo turno” de avaliações das provas. O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

4. A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. E isso foi regiadamente feito.

5. Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

6. E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

7. Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

8. Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

9. DA IMPUGNAÇÃO À QUESTÃO Nº 2. O candidato sustenta que a questão nº 2 versava matéria tributária e esta não se encontrava prevista no edital de concurso. O equívoco do candidato é notório.

9.1. A questão versa sobre uma das realidades do cotidiano do Juiz do Trabalho, alusiva à possibilidade jurídica e utilidade prática de uma alienação de bem imóvel em hasta pública que conte com crédito tributário. A pendência de crédito tributário sobre o bem imóvel adquirido em hasta pública abre questão para numerosas situações jurídicas, que vão desde a inviabilidade de venda do bem, até à solução de incidentes póstumos à alienação, como a possível desistência do arrematante pelo bem, caso não tenha constado do edital os ônus pretéritos. Era muito importante que o candidato soubesse solucionar as duas situações práticas apresentadas, e dentre elas, em especial, a hipótese de o crédito tributário se revelar SUPERIOR ao produto da alienação. Isso estava a exigir do candidato conhecimento sobre a ordem de preferência do crédito trabalhista frente ao crédito tributário, e como solucionar o problema apresentado. A questão não exigiu do candidato NENHUM conceito de direito tributário, nenhuma definição tributária, senão conhecimentos específicos de direito processual, ou seja, conhecimento de arrematação, validade da arrematação, destinação de parte do produto arrecadado para pagamento do crédito tributário e preferência do crédito trabalhista. Não se pediu para definir “fato gerador”, não se pediu para definir “crédito tributário”. A cultura jurídica do candidato que almeja o cargo de Juiz do Trabalho deve ser apta a solucionar a situação proposta, com a qual ele irá se deparar no exercício da função.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

10. Pelo exposto, o recurso não subsiste para a reavaliação de questões, nem para a anulação da questão nº 2, e por isso, **NEGO-LHE PROVIMENTO**.

São Paulo, 29 de outubro de 2.015.

DR. RAFAEL E. PUGLIESE RIBEIRO

Desembargador Federal do Trabalho

Relator

DR. SÉRGIO PINTO MARTINS

Desembargador Federal

DR. GERALDO BARALDI JÚNIOR

Rep. Ordem dos Advogados do Brasil

RECURSO Nº 38

Silvia Lavall Palaoro

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Ilmo. Sr. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

VOTO (RELATOR)

Recurso interposto quanto às notas apresentadas pela Banca Examinadora da primeira prova escrita da segunda fase do concurso.

Recurso 38

Prova: 540

Vistos, etc.

Trata-se de recurso interposto por candidato que realizou prova escrita acima destacada na segunda fase do Concurso para o cargo de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região.

Em resumo, sustenta que as notas finais atribuídas pelos Examinadores devem ser majoradas pelas razões constante do apelo.

É o relatório

V O T O

Inicialmente, enfatiza-se que o candidato não obteve aprovação no certame de nenhum dos 03 examinadores da banca já que suas notas foram 5,00, 5,50 e 5,50 respectivamente. Uma ou outra diferença decorre da definição individual de cada examinador.

De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 –

(...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um segundo turno de avaliações das provas.

O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”

E isso foi regiadamente feito.

4.

Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor.

A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5.

E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato.

Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial).

Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas.

Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, nada há para ser alterado.

DO EXPOSTO,



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

CONHEÇO do recurso interposto pelo candidato autor da prova nº “540” da primeira prova escrita da segunda fase do LX Concurso para provimento do cargo de Juiz Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região e, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO** para manter as notas que lhe foram atribuídas quando da correção de sua prova pela Banca Examinadora.

Geraldo Baraldi Junior

- Relator -

Nº do Recurso

RECURSO Nº 39

Identificação do Candidato

Josenaldo Nunes Cordeiro

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins.

VOTO (RELATOR)

Vistos, examinados, etc.

Trata-se de recurso interposto em face do resultado obtido na 1ª prova escrita discursiva – 2ª etapa do XXXIX Concurso para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, identificado com o número 39. Em síntese, impugna o resultado de todas as questões para obter a aprovação com no mínimo nota 6. Pede a revisão da sua nota.

É o relatório.

Decide-se:

1. Conheço do recurso, eis que regular e tempestivo, conforme certificado pela Secretaria da Comissão do Concurso a fls. 02.

2. No mérito, verifica-se que o candidato, apesar da vista de prova a que teve direito e do tempo transcorrido para melhor reflexão sobre as questões, não foi capaz de promover uma autocrítica e identificar as próprias falhas, pretendendo estabelecer um diálogo com a Comissão Examinadora.

3. Na questão 1, normalmente é usada a expressão lay off. Os jornais usam a expressão lay off, o que é de conhecimento de todos.

O concurso não é um processo judicial para se aplicar ao artigo 156 do CPC.

A questão está dentro do ponto 23 de Direito do Trabalho, previsto no edital.

O candidato faz referência na prova que os salários continuam sendo pagos, mas isso não ocorre, salvo se fosse previsto em norma coletiva.

A finalidade não é exatamente cessar a produção, mas adequar a produção ao momento econômico da empresa.

Não é o caso de anular a questão. Restra impossível aumentar a nota atribuída à prova do candidato, pois ela é incompleta ou errada.

4. A questão n. 2 está contida do edital, no tema processo do trabalho, item 16, arrematação, adjudicação. A questão compreende aspectos da validade e eficiência da alienação, verificando os privilégios em relação ao crédito trabalhista. Trata-se de incidente na execução da sentença trabalhista, que está na competência da Justiça do Trabalho. Não é o caso de anulação da questão.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

A cultura jurídica do candidato que almeja o cargo de Juiz do Trabalho deve ser apta a solucionar a situação proposta, com a qual ele irá se deparar no exercício da função.

Entretanto, a letra b tinha que ser respondida com base no parágrafo único do artigo 130 do CTN. A questão não era, portanto, relativa a edital. A resposta está errada.

Não há referência na prova ao parágrafo único do artigo 130 do CTN, que era a resposta da questão b.

O candidato respondeu a questão com base no Código Civil e fez referência preço vil, que são respostas erradas para a questão.

Sua resposta é insuficiente para o aumento da nota.

5. Na questão 3, o candidato emitiu o conceito e explicou a finalidade. Entretanto, não explicou os requisitos da greve e não fez distinção entre ilegal e abusiva. O candidato fala em geral da greve, mas não emite conceito. Item considerado errado. Foram feitas afirmações genéricas.

Logo, não poderia ter sido dada a nota integral na questão.

6. Na questão 4, a resposta foi considerada correta quanto ao titular do direito de ação.

A categoria não é titular do direito de ação. Titulares são os trabalhadores.

Os empregadores não são titulares de direito, pois nada pedem e, geralmente, não têm interesse em conceder direitos aos empregados.

Abordar significa chegar à beira ou borda de; abalroar uma embarcação para tomá-la de assalto. É originária do francês *aborder*. Constitui galicismo desnecessário o emprego da palavra no sentido de tratar de um assunto.²⁴⁸ O candidato não tratou devidamente do foi objeto de questionamento. Não se trata de abordar, mas de tratar.

Por isso, não pode ser dada nota integral à questão.

7. A questão 5 foi considerada correta. Não sabe, portanto, o candidato o que está impugnando.

8. A questão 6 não tem resposta completa.

Determina o inciso IV do artigo 5.º do artigo do Decreto-lei n.º 200/67 que fundação pública é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

Distingue-se a fundação pública da fundação privada.

Afirma Adilson de Abreu Dallari que “quando a lei cria diretamente uma fundação tem-se uma fundação pública, dotada de personalidade de direito público, até porque a lei não pode criar pessoa privada”.²⁴⁹ É o que ocorre quando a fundação é instituída por lei federal, estadual ou municipal. A Administração Pública direta ou indireta está sujeita ao princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição), a só fazer aquilo que a lei determina.

Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona que a fundação tem natureza pública quando “é instituída pelo poder público com patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e, destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de auto administração e

²⁴⁸ ROMITA, Arion Sayão. Direito do trabalho. Temas em aberto. São Paulo: LTr, 1998, p. 144.

²⁴⁹ DALLARI, Adilson de Abreu. Regime constitucional dos servidores públicos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 44.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei”.²⁵⁰ Destaca as suas características: a- dotação patrimonial ou inicial do ente governamental; b- personalidade jurídica; c- desempenho de atividade atribuída ao Estado no âmbito social; d- capacidade auto-administrativa; e- sujeição ao controle administrativo ou tutela por parte da Administração direta.²⁵¹

Celso Antonio Bandeira de Mello leciona que “é absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as fundações públicas são pessoas de Direito Privado. Na verdade, são pessoas de Direito Público,....; Saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda, que se lhe atribua outra qualificação. Entretanto, foram batizadas de pessoas de Direito Privado apenas para se evadirem destes controles moralizadores ou, então, para permitir que seus agentes acumulassem cargos e empregos, o que lhes seria vedado se fossem reconhecidas como pessoas de Direito Público”.²⁵²

A fundação pública não tem fins lucrativos. É formada por meio de dotação do Estado. São recursos da Fundação as dotações, subvenções, contribuições que o Estado anualmente consignar em seus orçamentos. No caso de extinção da fundação, seus bens e direitos são incorporados ao patrimônio do ente público que a criou.

Tem direito a fundação pública a isenção de tributos em relação ao ente da Administração Pública que pertencer.

A fundação pública não pode aplicar em despesas administrativas, inclusive de pessoal, mais que determinado porcentual do seu orçamento. Isso também mostra que se trata de determinação de Direito Administrativo.

Atendidos tais requisitos a fundação é considerada pública e não privada.

O STF já afirmou que “nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o §2.º do art. 99 da Constituição Federal” (RE 101.126/84, Rel. Min. Moreira Alves).

A jurisprudência do TST indica quando a fundação é considerada pública:

FUNDAÇÃO PÚBLICA. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. ESTABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. 1 - Reconhecidamente criada por lei, com fins assistenciais de indiscutível escopo público e alcance social, a FURP, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, reveste-se de natureza eminentemente pública, devendo reger-se pelas normas e princípios de Direito Público.

2 - Consoante o disposto no artigo 19 do ADCT, a estabilidade especial no serviço público abarca os servidores das fundações públicas que já estavam em exercício há, pelo menos, cinco anos continuados na data da promulgação da Constituição Federal e que não tenham sido admitidos por meio concurso público.

3 - Na hipótese, o reclamante foi admitido em 2/4/1982, vindo a ser dispensado em 9/8/1994, quando contava com mais de 13 (treze) anos de serviço continuado para a

²⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 320.

²⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, p. 320.

²⁵² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 15ª ed, São Paulo: Malheiros, 2003, 169.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Fundação. Atendidos todos os requisitos constantes do artigo 19 do ADCT, necessários para assegurar a estabilidade no emprego, dá-se provimento ao recurso de revista para determinar a reintegração do reclamante no emprego. (1ª Turma, RR - 689676-57.2000.5.02.0314, j. 2/4/2008, Relator Ministro: Lélío Bentes Corrêa, DJ 2/5/2008).

FUNDAÇÃO PÚBLICA. ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL. ARTIGO 19 DO ADCT/CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. FURP. A fundação pública, cuja noção está definida pelo artigo 5º, inciso IV e § 3º, do Decreto-Lei nº 200/67, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, ostenta natureza pública, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988, em face do que consta especialmente da redação dos seus artigos 37, XIX, 39 e 40, caput. Seus empregados, assim, são abarcados pela estabilidade especial no serviço público regulada pelo artigo 19 do ADCT, que também alude expressamente aos servidores das fundações públicas, desde que observados os requisitos delineados no seu caput e parágrafos, sendo, portanto, nula a dispensa do servidor nessas circunstâncias, porquanto implementados todos os pressupostos de natureza constitucional para a referida estabilização, daí por que se lhe assegura a reintegração no serviço público do qual fora ilícitamente afastado. Incidência dos arts. 37, XIX, e 39 da Constituição Federal e 19 do ADCT. Recurso do reclamante conhecido e provido (1ª Turma, RR - 678030-43.2000.5.02.5555, j. 24/9/2003, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, DJ 5/3/2004).

Sendo Fundação Pública, o processamento da execução é por precatório (art. 100 da Constituição). O TST já decidiu no mesmo sentido em relação a reclamada, por considerá-la Fundação Pública (TST, 5ª T., AIRR 1.576/1995-311-02-40.6, j. 25.6.2008, Rel. Min. Brito Pereira, DJ 01/08/2008; 1ª T., ED-RR 788.028/01.8, j. 25.5.2005, Rel. Guilherme Augusto Caputo Bastos).

Têm direito à isenção das custas as fundações públicas federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica (art. 790-A da CLT).

As fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que não explorem atividade econômica têm direito a dispensa do depósito recursal. Têm prazo em dobro para recorrer e de 20 dias para marcar audiência. Está dispensada de fazer assistência no sindicato na rescisão do contrato de trabalho (art. 1º do Decreto-lei n.º 779/69). Não estão sujeitas as fundações ao procedimento sumaríssimo (§ único do art. 852-A da CLT).

Se o empregado tiver cinco anos de trabalho antes da vigência da Constituição de 1988, tem direito a estabilidade (art. 19 do ADCT).

O pagamento das Fundações Públicas tem de ser feito por precatório (art. 100 da Constituição).

A resposta à questão 6 está incompleta. Não é possível aumentar a nota que foi dada ao candidato.

9. Na questão 7, o candidato desconhece a alteração feita nos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213.

Houve resposta apenas se há suspensão dos efeitos do contrato de trabalho e sobre os cinco anos.

O candidato desconhece a alteração dos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91.

A concessão definitiva da aposentadoria por invalidez pode levar muito tempo para ser decidida pelo órgão previdenciário. Enquanto isso, o empregador não sabe o que fazer. Já afirmou Raimundo Cerqueira Ally, sobre prolongamento do afastamento do empregado



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

por doença e a ocupação de imóvel do empregador, que “o problema é crítico e não encontra na lei, na doutrina e na jurisprudência solução plausível”.²⁵³

Dispõe o artigo 475 da CLT, que tem a redação original de 1943, que o empregado aposentado por invalidez tem seu contrato de trabalho suspenso durante o prazo fixado pelas leis de previdência para a efetivação do benefício (art. 475 da CLT). Reza o parágrafo 1.º do artigo 475 da CLT, com a redação determinada pela Lei n.º 4.824, de 5 de novembro de 1965, que recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria.

Prevvia o parágrafo 3.º do artigo 4.º da Lei n.º 3.332, de 26 de janeiro de 1957, que a aposentadoria por invalidez era definitiva, quando completava cinco anos de vigência.

Determinava o parágrafo 6.º do artigo 27 da Lei n.º 3.807/60 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional. Entendia-se com base nesse dispositivo que, após os 55 anos, a aposentadoria por invalidez era definitiva e o segurado não tinha mais condições de se recuperar, tanto que não mais se exigiam exames médicos.

O antigo Prejulgado n.º 37 do TST, de 21 de setembro de 1971, estabeleceu que “cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei”.

Estabelecia o parágrafo 7.º do artigo 6.º da Lei n.º 5.890/73 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional.

Prescrevia o artigo 7.º da Lei n.º 5.890/73 que a aposentadoria por invalidez seria mantida enquanto a incapacidade do segurado persistisse, ficando ele obrigado a submeter-se aos exames que, a qualquer tempo, fossem julgados necessários para verificação da manutenção, ou não, dessas condições. Verificada a recuperação da capacidade de trabalho do segurado aposentado, procedia-se da seguinte forma: I- se, dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria, ou de três anos, contados da data em que terminou o auxílio-doença em cujo gozo se encontrava, for o aposentado declarado apto para o trabalho, o benefício ficará extinto: a- imediatamente, para o segurado empregado, a quem assistirão os direitos resultantes do disposto no artigo 475 e respectivos parágrafos da CLT, valendo como título hábil, para esse fim, o certificado de capacidade fornecido pela previdência social; ... II- se a recuperação da capacidade de trabalho ocorrer após os prazos estabelecidos no item anterior, bem assim quando, a qualquer tempo, essa recuperação não for total, ou for o segurado declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo do trabalho, sendo reduzida em 18 meses até sua extinção.

Estabeleceu o Decreto n.º 83.080/79 (Regulamento de Benefícios da Previdência Social) que “se o segurado é declarado apto para o trabalho após o prazo do item I, se, a qualquer tempo a recuperação não é total ou se o segurado é declarado pela previdência social apto para o trabalho diverso do que anteriormente exercia, a aposentadoria é mantida, sem prejuízo da volta ao trabalho” (art. 119, II). Trabalho é o esforço da pessoa para um determinado fim econômico.

²⁵³ ALLY, Raimundo Cerqueira. Normas previdenciárias no direito do trabalho. 3ª ed. São Paulo: IOB, 1989, p. 111.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

A Resolução Administrativa 102/82 do TST, publicada no Diário de Justiça da União de 11 de outubro de 1982, transformou o Prejulgado 37 na Súmula 160.

A redação do Decreto n.º 89.312/84 é um pouco diferente do regulamento anterior: “Quando a recuperação ocorre após o período do item I, ou não é total, ou o segurado é declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a aposentadoria é mantida, sem prejuízo da volta à atividade” (art. 31, II). Atividade é a atribuição ou serviço desempenhado pela pessoa.

Mostra o artigo 42 da Lei n.º 8.213/91 que o benefício de aposentadoria por invalidez é devido enquanto permanecer nesta condição (for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência).

O inciso I do artigo 47 da Lei n.º 8.213/91 dispõe que quando a recuperação do aposentado por invalidez ocorrer dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a antecedeu sem interrupção, o benefício cessará. Mostra o inciso II do mesmo artigo que se a recuperação for parcial, ou ocorrer após o prazo de cinco anos, ou ainda quando o segurado for declarado apto para o exercício de trabalho diverso do qual habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo da volta à atividade, sendo o benefício extinto no prazo de 18 meses a contar da recuperação da capacidade.

Disponha o artigo 101 da Lei n.º 8.213, na sua redação original, que o segurado em gozo de aposentadoria por invalidez ou de auxílio-doença e o pensionista inválido, enquanto não completassem 55 anos, estavam obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado. Esse artigo teve a redação alterada pela Lei n.º 9.032/95, que não mais fez referência à idade de 55 anos. Assim, não existia mais idade limite de 55 anos para o segurado fazer exames médicos em caso de invalidez para ser considerada definitiva a aposentadoria.

Posteriormente, passou-se a entender que a aposentadoria por invalidez é provisória, pois o segurado pode, em certos casos, recuperar-se.²⁵⁴

O STJ já entendeu que a aposentadoria por invalidez não é definitiva, mesmo depois de cinco anos, se o aposentado recupera a capacidade de trabalho (REsp 460.331, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 20.11.2006, DJ 11.12.1006, p. 405).

A Instrução Normativa INSS/ PRES 77, de 21 de janeiro de 2015, afirmava que a perícia médica deveria rever o benefício de aposentadoria por invalidez a cada dois anos (art. 222).

Outra solução poderia ser que a aposentadoria é compulsória para o empregado que completa 70 anos de idade e para a empregada com 65 anos (art. 51 da Lei n.º 8.213/91). Atingidas as referidas idades, a aposentadoria por invalidez também seria definitiva e não provisória.

Prescreve o artigo 475 da CLT:

“Art. 475 - O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

§ 1º - Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização

²⁵⁴ MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 348.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região
deverá ser paga na forma do art. 497. ([Redação dada pela Lei nº 4.824, de 5.11.1965](#))

§ 2º - Se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da interinidade ao ser celebrado o contrato”.

Sob o ângulo trabalhista, a aposentadoria por invalidez é hipótese de suspensão dos efeitos do contrato de trabalho.

Determina o artigo 475 da CLT que o empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

Não há na lei previdenciária prazo de duração para a efetivação da aposentadoria por invalidez.²⁵⁵

Em Portugal, por exemplo, a reforma do trabalhador por velhice ou invalidez importa a caducidade do contrato de trabalho (art. 343, c, do Código de Trabalho), com a cessação automática do pacto laboral. Ensina Antonio Lemos de Monteiro Fernandes que a preocupação do legislador foi “de libertar efetivamente postos de trabalho a partir de certo momento - o da obtenção da reforma - preocupação surgida no contexto de uma grave crise de desemprego”.²⁵⁶

O Código de Trabalho português mostra que a suspensão do contrato de trabalho pode fundamentar-se na impossibilidade temporária (art. 330º, 1). Logo, não pode ser definitiva nem durar longo tempo.

A suspensão dos efeitos do contrato de trabalho não poderia ser indefinida, pois causa insegurança jurídica ao empregador, que não sabe quando ou se poderá contar com o empregado que foi aposentado por invalidez.

A aposentadoria por invalidez não é permanente. Ela é provisória até que o médico diga que o trabalhador não tem mais capacidade de recuperação, quando será considerada definitiva.²⁵⁷

A Lei n.º 13.063, de 30 de dezembro de 2014, acrescentou os parágrafos 1.º e 2.º ao artigo 101 da Lei n.º 8.213/91:

“Art. 101. O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

§ 1.º O aposentado por invalidez e o pensionista inválido estarão isentos do exame de que trata o caput após completarem 60 (sessenta) anos de idade.

§ 2.º A isenção de que trata o § 1.º não se aplica quando o exame tem as seguintes finalidades:

I - verificar a necessidade de assistência permanente de outra pessoa para a concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício, conforme dispõe o art. 45;

II - verificar a recuperação da capacidade de trabalho, mediante solicitação do aposentado ou pensionista que se julgar apto;

²⁵⁵ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários às Súmulas do TST. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.103.

²⁵⁶ FERNANDES, Antonio Lemos de Monteiro. Direito do Trabalho. 8ª edição. Coimbra: Almedina, 1992, p. 438.

²⁵⁷ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários á CLT. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 508.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

III - subsidiar autoridade judiciária na concessão de curatela, conforme dispõe o art. 110”.

Na verdade, não se trata de isenção, pois esta diz respeito a dispensa legal do pagamento de tributo. Trata-se da dispensa de se fazer o exame médico.

A norma jurídica regulamentou situação da prática, em que em alguns casos já se deixava de fazer perícia depois do segurado atingir a idade de 60 anos.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia afirma que “há possibilidade de se entender que, após essa idade (60 anos), a situação passa a ter contornos mais definitivos, permitindo a extinção do contrato de trabalho pelo empregador”.²⁵⁸

A conclusão que se extrai da alteração feita no parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 é que a partir de 60 anos o INSS não fará mais exame médico pericial o aposentado por invalidez e pensionista inválido não mais está obrigado a fazer exame médico periódico bienal quando completarem 60 anos (§1.º do art. 101 da Lei n.º 8.213), que está de acordo com a idade do idoso (art. 1.º da Lei n.º 10.741/03). Assim, a aposentadoria por invalidez será definitiva. Há presunção legal de que aos 60 anos não precisa ser feita perícia. Logo, os efeitos do contrato de trabalho do empregado com o empregador não estarão mais suspensos, pois estará efetivado o benefício (art. 475 da CLT) e poderá ser rescindido o contrato de trabalho do aposentado por invalidez.

A redação da lei não faz distinção quanto a sexo. Logo, tanto homem como mulher não mais precisam fazer perícia por invalidez depois dos 60 anos.

Com a determinação da Lei n.º 13.063/14 fica derogado o artigo 71 da Lei n.º 8.212/91 não ponto em que exige que o INSS faça revisão periódica do benefício de aposentadoria por invalidez.

Foram estabelecidas três exceções no parágrafo 2.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91 para efeito de continuar a ser feito o exame médico:

- a- se há necessidade de assistência permanente de outra pessoa, referente ao acréscimo de 25%;
- b- se o próprio aposentado solicita retorno ao trabalho;
- c- se a autoridade judiciária solicita a perícia para fins de curatela.

O candidato não fez referência aos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91.

A conclusão que se chega hoje é de que a aposentadoria por invalidez, de um modo geral, é provisória. Ela só será definitiva quando o médico assim entender, pois o segurado não é mais susceptível de recuperação. Passados cinco anos da concessão da aposentadoria por invalidez, não importa que ela venha a ser definitiva, pois o trabalhador pode se recuperar.

Leciona Lilian Gonçalves que “não restam dúvidas de que, sob o prisma previdenciário, a aposentadoria por invalidez não pode ser tida como definitiva, irreversível, total, plena e incondicional. Ao contrário, diante dos inquestionáveis e crescentes avanços da medicina, inovações terapêuticas e tecnológicas, bem como do sucesso das técnicas de reabilitação profissional, o trabalhador pode recuperar sua aptidão para o trabalho. Desse modo, o benefício deve ser mantido somente enquanto perdurar a condição de incapacidade, nada justificando onerar o sistema público, quando inexistente verdadeiro fato desencadeador e mantenedor da benesse”.²⁵⁹

O empregador, porém, não pode ficar aguardando indefinidamente o empregado, pois necessita de trabalhador para fazer o serviço daquele. Na prática, muitas vezes a empresa contrata substituto interinamente.

²⁵⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito da seguridade social. São Paulo: Gen/Forense, 2015, p. 399.

²⁵⁹ GONÇALVES, Lilian, Aposentadoria por invalidez: Análise crítica de seus efeitos no contrato de trabalho. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2012, p. 55.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Com a nova redação do parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 pode ser dito que a partir de 60 anos o INSS a aposentadoria por invalidez será definitiva, pois não haverá mais necessidade de se fazer exame médico pericial no aposentado por invalidez e pensionista inválido.

Isso mostra que a resposta do candidato está incompleta e é impossível acolher a sua pretensão de obter nota máxima.

10. A questão 8 está totalmente errada, pois convênio não é hipótese de terceirização e não implica responsabilidade subsidiária.

Prevê o artigo 241 da Constituição que “a União, os Estados, do Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”. A Lei n.º 13.019, de 31 de julho de 2024, estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias.

Na prova não há explicação sobre o que é o convênio.

Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro que convênio é uma “forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”.²⁶⁰

O convênio compreende um objetivo comum, parceria, cooperação. No convênio não existe exatamente tomador dos serviços.

Convênio é “o ajuste entre órgão ou entidades do poder público ou entre estes e entidades privadas, visando à realização de projetos ou atividades de interesse comum, em regime de mútua cooperação”.²⁶¹

Convênios administrativos “são convenções, mas não contratos, pois nestes as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultante e não soma), ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns”.²⁶²

Convênios “administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”.²⁶³

Alexandre Mazza assevera que “convênio é o acordo administrativo multilateral firmado entre entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, visando a cooperação recíproca para alcançar objetivos de interesse comum a todos os conveniados”.²⁶⁴

Afirma Irene Nohara que “os convênios abarcam interesses recíprocos com metas institucionais comuns e objetivam, portanto, um resultado comum alcançado mediante mútua colaboração”.²⁶⁵

²⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

²⁶¹ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 244.

²⁶² ARAÚJO, Edmir Netto de. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 676.

²⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 358.

²⁶⁴ MAZZA, Alexandre. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 456.

²⁶⁵ NOHARA, Irene Patrícia. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 461.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

O convênio não é um contrato,²⁶⁶ mas um ajuste administrativo.²⁶⁷ O objetivo é um resultado comum, mediante mútua colaboração. Nos contratos as vontades são antagônicas; os interesses são opostos e diversos.

Os convênios são atos complexos. São acordos de vontades não contratuais celebrados pelo ente público e outra pessoa. São acordos de cooperação.

No convênio e na parceria há colaboração mútua e não prestação de serviços ao ente público.

Nos convênios, os interesses são recíprocos e os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns, reunindo-se para alcançá-los. Objetiva um resultado comum, com mútua colaboração.

Nos convênios e em outros ajustes similares não existe a “estipulação de obrigações recíprocas”.

Assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o convênio:

“O convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas.

O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei nº 8.666/93, quando, no art. 116, *caput*, determina que suas normas se aplicam aos convênios “no que couber”. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos artigos 1º e 2º”.²⁶⁸

Leciona José dos Santos Carvalho Filho:

“No contrato, os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Nesse tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a cooperação, e não o lucro procurado por celebrar contratos.

(...) Nos convênios, ao revés, podem ser vários os polos, havendo um inter-relacionamento múltiplo, de modo que cada participante tem, na verdade, relação jurídica com cada um dos integrantes dos demais pólos”.²⁶⁹

Para legislar sobre a matéria de licitação e contratos, observa a Administração Pública o disposto no XXVII do artigo 22 da Constituição.

Dispõe o artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 que: “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

Pode ocorrer de o convênio exigir licitação e em outros casos não. O artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 usa a expressão “no que couber”. Logo, pode não ser exigida a licitação no convênio, se não couber.

Ensina José dos Santos Carvalho Filho:

“A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra. É verdade que a Lei 8.666/93 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação ocorre no que couber. Como é lógico, raramente será possível a competitividade que

²⁶⁶ No mesmo sentido MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 21ª ed. São Paulo: Malheiros. 1990, p. 358. Há também julgamento nesse sentido no STF (RTJ 141/619).

²⁶⁷ GASPARINI, Diógenes. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 303.

²⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28ª edição, São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

²⁶⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28ª edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 228.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. Por outro lado, no verdadeiro convênio inexistente perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação”.²⁷⁰

A celebração de convênio depende de prévia aprovação pela organização interessada, como se extrai do parágrafo 1º do artigo 116 da citada lei:

“A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações...”.

No convênio administrativo, quando do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da entidade conveniada, não existe intervenção por parte do ente público, não podendo lhe ser imposto o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo conveniado.

Quando a Administração Pública se utiliza de licitação e nos casos de celebração de convênio, não se pode falar em responsabilidade subsidiária.

O parágrafo 6.º do artigo 37 da Constituição se aplica quando a Administração Pública é prestadora de serviço público ou por delegação a particular. Na terceirização, a Administração Pública é tomadora do serviço.

A Administração Pública age de acordo com o princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição). Observa o procedimento de licitação (art. 37, XXI, da Constituição) na contratação de prestadores de serviços.

A utilização de licitação, regra geral, é a forma pela qual são praticados os atos da Administração Pública. As instituições são contratadas mediante concorrência pública.

Não existe culpa *in eligendo* em razão da necessidade de ser feita licitação para a contratação do prestador de serviço.

Na relação de convênio não existe terceirização de mão de obra. O caso, portanto, não é de aplicação do inciso IV da Súmula 331 do TST. O TST inclusive mudou a redação do referido inciso, não mais constando a exclusão da aplicação do parágrafo 1.º do artigo 71 da Lei n.º 8.666/93.

No mesmo sentido os seguintes julgados do TST:

RECURSO DE REVISTA - MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO-CONVÊNIO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - NÃO CONFIGURAÇÃO.

O convênio firmado entre o Município do Rio de Janeiro e a Associação de Moradores e Amigos da Serra Morena não configura contrato administrativo, mas acordo de vontades estabelecido entre o poder público e entidade privada com o intuito de fomentar iniciativas privadas de utilidade pública, não atraindo, por esse motivo, a incidência da responsabilização subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331, IV, desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido (1ª Turma, RR-1.241/2003-031-01-00.0, j. 7.11.2007, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DJ de 14/12/07).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Federação Metropolitana de Centros Comunitários e Associações de Moradores emecam, visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família, não rende

²⁷⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 229. O STF já entendeu não precisar de licitação (Inq. 1.957-PR, Rel. Min. Carlos Velloso, em 11.5.2005, Informativo STF n.º 387, maio de 2005).



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil objetivando mútua cooperação. Precedentes desta Corte superior (RR-114/2006-014-08-00.2, Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ de 11/10/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Comissão de Bairros de Belém visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil objetivando mútua cooperação. Precedentes desta Corte superior (RR-1.074/2005-003-08-00.1, Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ de 11/10/2007).

RECURSO DE REVISTA - CONVÊNIO CELEBRADO COM ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - INAPLICABILIDADE. Do fato do convênio não se confundir com contrato administrativo, não se há de falar em terceirização de serviços, tampouco em responsabilização subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331 do TST, tendo em vista que houve a celebração de acordo de vontades entre o Município e a entidade privada, com escopo no fomento de atividades de utilidade pública. Ressalte-se que as responsabilidades do ente público, descritas no art. 18 da Lei nº 8.080/90, referem-se à sua competência para avaliar, fiscalizar e controlar a execução dos serviços de utilidade da comunidade prestados pela entidade privada, não se confundindo com a culpa in vigilando, motivo da responsabilização subsidiária, já que não está adstrito ao exame do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa conveniada (RR-553/2006-014-08-40.0, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, DJ 24/8/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Federação Metropolitana de Centros Comunitários e Associações de Moradores FEMECAM visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil, visando à mútua cooperação (RR-1.255/2005-002-08-00.1, j. 5/9/2007, Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. EMPREGADO CONTRATADO POR ENTIDADE PARTICULAR QUE FIRMOU CONVÊNIO COM MUNICÍPIO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. I - Convênio é o acordo de vontades estabelecido entre o Estado e entidades privadas com o escopo de fomentar iniciativas privadas de utilidade pública. II - Não se confunde com terceirização, já que não se trata de contrato, não se aplicando ao caso os termos da Súmula 331 do TST, pois, como o Município não está firmando nenhum tipo de contrato, muito menos de prestação de serviços, não pode ser responsabilizado subsidiariamente. III - As responsabilidades do ente público a que aludem os incisos X e XI do art. 18 da Lei nº 8.080/90 dizem respeito à avaliação, controle e fiscalização da execução dos serviços de saúde por entidades privadas, e não à obrigação do ente público em fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo conveniado, de forma que não há falar em culpa in eligendo e in vigilando. V - Recurso conhecido e provido. VI - Prejudicado o exame dos outros



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

tópicos do recurso de revista (4ª T., RR 161800-84.2005.5.08.0011, j. 20/6/2007, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DJ 10/8/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATAÇÃO DE EMPREGADO POR ENTIDADE PARTICULAR. CONVÊNIO FIRMADO COM O ESTADO DO PARANÁ. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DO TEOR DO ITEM IV DA SÚMULA Nº 331 DESTA CORTE.

1. Ao fomentar a educação ou a saúde - direitos constitucionais sociais insculpidos no artigo 6º da Constituição de 1988, o Estado atua de maneira a efetivar os direitos fundamentais, por todos os meios permitidos em nosso ordenamento jurídico, de forma centralizada ou descentralizada. Nesse contexto, o mero repasse de verbas, por meio de convênio, para a Associação Mantenedora Saint Germain de Curitiba, com vistas à contratação de trabalhadores objetivando a promoção de ensino especial de pessoas carentes, não configura intervenção ou atuação econômica do Estado, mas implementação dos direitos fundamentais sociais, que se erigem em escopos precípuos da nação, motivo pelo qual não se pode reconhecer responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado do Paraná. 2. Recurso de revista conhecido e provido (5ª T., RR v 28.289/2000-005-09-00.2, , j. 27.6.2007, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DJ 10.8.2007).

A Orientação Jurisprudencial nº 185 da SDI-I do TST pode ser aplicada por analogia em casos de convênios:

“Contrato de trabalho com a Associação de Pais e Mestres - APM. Inexistência de responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado.

O Estado-Membro não é responsável subsidiária ou solidariamente com a Associação de Pais e Mestres pelos encargos trabalhistas dos empregados contratados por esta última, que deverão ser suportados integral e exclusivamente pelo real empregador”.

Não existe responsabilidade subsidiária do ente público quando celebra convênio com outras instituições, seja por falta de previsão legal ou pelo fato de que o convênio não é exatamente uma prestação de serviço. A Súmula 331 do TST não se aplica à questão, pois não se trata de terceirização. Não é, portanto, possível mudar a nota do candidato na questão.

Não há grau de subjetividade na questão, pois a resposta era em relação a qualquer entidade.

11. Na questão 9, o candidato obteve 1,0. Não sabe, portanto, o que está impugnando.

Não foi dito que o candidato fugiu do tema.

12. Na questão 10, seu conceito é incompleto.

A matéria trazida no enunciado não é polêmica, mas deveria ter sido respondida de forma objetiva pelo candidato para saber seu conhecimento sobre o tema.

Flaviana Rampazzo Soares afirma que dano existencial é “a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social”.²⁷¹

Leciona Hidemberg Alves da Frota que o “dano existencial se subdivide no dano ao projeto de vida e no dano à vida de relações”.²⁷²

Dano existencial é a conduta praticada por alguém que causa à vítima prejuízo à sua vida pessoal, familiar ou social. Não se trata de um dano patrimonial, mas de uma privação que a pessoa sofre. A vítima tem um prejuízo no seu projeto de vida, no seu projeto familiar.

²⁷¹ SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 44.

²⁷² FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial, Revista do Tribunal Regional da 13ª Região, João Pessoa: v. 17, n.º 1, 2010, p. 204.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

O dano existencial, segundo a Seção Única Suprema Corte de Cassação da Itália, “consiste em cada prejuízo (de natureza não meramente emotiva e interior, mas objetivamente avaliável) provocada por uma ação de fazer do sujeito, que altera o seu costume e a sua relação própria, induzindo-o a escolha de via diversa quanto à expressão e realização da sua personalidade no mundo externo” (Sentença n.º 6.572/2006).

O candidato não fez a distinção de forma clara entre dano existencial e o moral.

As respostas aos tópicos cumulação e fixação não estão integralmente expressas na prova.

Se o dano é decorrente de situações distintas ou se é possível separar cada uma delas, será possível também a cumulação da indenização por danos morais e existenciais. Não há proibição na legislação a respeito da cumulação de danos.

Um fato pode dar origem a um dano moral e ao dano estético. A pessoa se sente violada na sua intimidade e teve um dano estético. As indenizações são cumuláveis.

Mostra a Súmula 37 do STJ que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. A Súmula 387 do STJ afirma que é lícita a cumulação “das indenizações de dano estético e dano moral”.

Se, porém, o dano é decorrente do mesmo fato, a parte não vai ter direito a uma indenização por dano moral e a outra indenização por dano existencial. Aparentemente, uma indenização vai compreender a outra.

Costuma-se dizer que a dor não tem preço, daí porque se fixar um valor para compensá-la e não indenizá-la. No dano existencial, também haverá esse mesmo problema.

O objetivo do valor da indenização é a reparação integral, o *restitutio in integrum*.

O juiz deve levar em conta os seguintes elementos para fixar o valor da indenização:

- a- situação financeira dos litigantes;
- b- discernimento do ofensor sobre a gravidade do fato;
- c- gravidade do ato;
- d- grau de cultura e posição social do ofensor;
- e- estabelecer punição pedagógica, visando evitar a reincidência no ato;
- f- intensidade do dolo ou da culpa;
- g- a repercussão da ofensa, como na sociedade e no ambiente de trabalho;
- h- posição social do ofendido, verificando a moral do homem médio. Empregados mais conhecidos na empresa devem ter indenização maior se a divulgação é do conhecimento geral.

Dispôs a Lei n.º 12.846/13 sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. O artigo 7.º da Lei n.º 12.846/13 estabeleceu que “serão levados em consideração na aplicação das sanções:

- I - a gravidade da infração;
- II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- III - a consumação ou não da infração;
- IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;
- V - o efeito negativo produzido pela infração;
- VI - a situação econômica do infrator;
- VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados”.

A Seção Única da Suprema Corte de Cassação de Itália asseverou que a reparabilidade do dano existencial exige, unicamente, a presença da: a- injustiça do dano; b- lesão a uma posição constitucionalmente garantida (Sentença n.º 500/1999).

Deve o magistrado sopesar os itens acima para fixar a justa indenização para cada caso em concreto. Não poderá fixar, porém, a indenização de forma arbitrária. O juiz deverá fixar a indenização de forma prudente e moderada. Não poderá, portanto, fixar indenização de forma exagerada ou desproporcional.

O juiz deve, por conseguinte, ter bom senso na fixação da indenização. Não pode ser fixada indenização exagerada.

Na fixação da indenização por dano deve atentar o juiz para o antigo artigo 400 do Código Civil de 1916, que indica o binômio necessidade/possibilidade na fixação de alimentos: “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”. O artigo 1.695 do Código Civil de 2002 tem uma redação um pouco diferente, mas dá a entender o mesmo: “são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”.

Assim, deve-se usar da razoabilidade na fixação da indenização, da lógica do razoável de que nos fala Recaséns Siches.²⁷³ Razoável é o comedido, moderado, sensato. O valor é fixado de forma proporcional ao dano cometido.

Mostra indiretamente o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil que a indenização deve ser fixada de forma proporcional ao agravo sofrido. Isso indica a utilização do princípio da proporcionalidade, da razoabilidade.

A indenização tem objetivos pedagógicos, de evitar que o réu incorra no mesmo ato novamente. Visa desestimular ou inibir situações semelhantes, pois é sabido que o bolso é a parte mais sensível do corpo humano, como se diz no âmbito popular. Tendo o ofensor um dispêndio financeiro com o ato que praticou, vai evitar a prática novamente do mesmo ato.

Como afirma Valdir Florindo: o montante da indenização deve traduzir-se em advertência ao lesante e à sociedade, de que comportamentos dessa ordem não se tolerará.²⁷⁴

Leciona Carlos Alberto Bittar que “a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante”.²⁷⁵ “Coaduna-se essa postura, ademais, com a própria índole da teoria em debate, possibilitando que se realize com maior ênfase, a sua função inibidora, ou indutora de comportamentos. Com efeito, o peso do

²⁷³ RECASÉNS SICHES, Luis. Nueva filosofía de la interpretación del derecho, México, Fondo de Cultura Económica, 1956.

²⁷⁴ FLORINDO, Valdir. Dano moral e o Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, p. 206.

²⁷⁵ BITTAR, Carlos Alberto. A reparação civil por danos morais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 220.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

ônus financeiro é, em um mundo em que cintilam interesses econômicos, a resposta pecuniária mais adequada a lesões de ordem moral”.²⁷⁶

A indenização por dano moral não pode, porém, ser fundamento para o enriquecimento do lesado, mas apenas compensar ou reparar o dano causado. Não pode também ser fundamento para arruinar financeiramente o réu, que deixará de pagar a indenização. Não pode constituir um prêmio de loteria. Como afirma Caio Mário da Silva Pereira, a indenização não pode ser “tão grande que converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva”.²⁷⁷

A jurisprudência adotou a mesma orientação:

“... A indenização a ser arbitrada deverá ser, nem tão grande que se converta em enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva, como se extrai da lição escoreita de Caio Mário Pereira da Silva” (TRT 3ª R., 2ª T., RO 21719/99, Rel. Juiz Wanderson A da Silva, DJ MG 21.6.2000, p. 17, RDT 07/00, p. 53).

Dispõe o artigo 953 do Código Civil que a indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. O parágrafo único do artigo 953 do Código Civil determina que se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

A resposta está incompleta.

O nome da Constituição não é Constituição Federal, mas Constituição da República Federativa do Brasil.

Logo, não é possível alterar a nota do candidato.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. Isso foi regamente feito.

Não cabe, portanto, o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem liberdade para essa valoração.

Há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se faça. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca

²⁷⁶ BITTAR, Carlos Alberto. A reparação civil por danos morais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 222.

²⁷⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro. Forense, 1990, p. 176.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

A exposição fática e jurídica do candidato não é suficiente para obter 6,0. O conhecimento demonstrado não possibilita o aumento da nota.

A finalidade do recurso não é rever toda a prova, como pretende o recorrente.

O examinador não tem de ficar explicando o que o candidato acertou ou errou na questão para justificar a nota dada. Não se está na Faculdade de Direito para justificar a correção da questão ao candidato.

Em síntese, a pretensão do candidato não merece acolhimento, cumprindo assinalar que todas as respostas foram cuidadosamente analisadas pelos membros da comissão examinadora, não havendo registro de atribuição de nota no caderno de prova para assegurar a independência de cada integrante, ao avaliar a compreensão da questão pelo candidato, fundamentação adequada, conhecimento da língua pátria e da existência de relevante controvérsia em nível doutrinário e jurisprudencial.

Pelo exposto, conheço do recurso e, no mérito, **nego-lhe provimento**, mantendo as notas que foram atribuídas ao candidato recorrente.

São Paulo, 12 de novembro de 2015.

Sergio Pinto Martins

Relator

Nº do Recurso

RECURSO Nº 40

Identificação do Candidato

Ernesto Heráclio do Rego Neto

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro.

VOTO (RELATOR)

Natureza: **RECURSO Nº 40 – XL Concurso para Ingresso na Magistratura**

Recorrente: Candidato 363

Relator: Desembargador Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro

Notas do Candidato: Examinadores:

Dr. Sergio Pinto Martins: 5,5

Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro: 5,5

Dr. Geraldo Baraldi Júnior: 5,5

Vistos, etc.

1. O candidato pede a majoração da sua nota na 1ª prova discursiva. Para tanto, o candidato tenta justificar as ideias defendidas nas respostas de 10 questões, citando, inclusive, jurisprudência em abono às posições adotadas durante a prova. De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 – (...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2. O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um “segundo turno” de avaliações das provas. O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3. A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. E isso foi regiadamente feito.

4. Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5. E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6. Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7. Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

8. Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, NEGOU PROVIMENTO do recurso.

São Paulo, 28 de outubro de 2015.

DR. RAFAEL E. PUGLIESE RIBEIRO
Desembargador Federal – Relator



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

DR. SÉRGIO PINTO MARTINS

Desembargador Federal

RECURSO Nº 41

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Ilmo. Sr. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

DR. GERALDO BARALDI JÚNIOR

Rep. Ordem dos Advogados do Brasil

Nathalia Gheller Heidmann

VOTO (RELATOR)

Recurso interposto quanto às notas apresentadas pela Banca Examinadora da primeira prova escrita da segunda fase do concurso.

Recurso 41

Prova: 217

Vistos, etc.

Trata-se de recurso interposto por candidato que realizou prova escrita acima destacada na segunda fase do Concurso para o cargo de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região.

Em resumo, sustenta que todas as notas finais atribuídas pelos Examinadores devem ser majoradas pelas razões expostas no respectivo apelo. Pede, ainda, a nulidade na pergunta 02 do certame por entender que seu conteúdo não fazia parte do Edital.

É o relatório

V O T O

XI. NULIDADE DA PERGUNTA 02 DA PRIMEIRA PROVA DISCURSIVA

O candidato sustenta que a questão nº 2 versava matéria tributária e esta não se encontrava prevista no edital de concurso. O equívoco do candidato é notório. 9.1. A questão versa sobre uma das realidades do cotidiano do Juiz do Trabalho, alusiva à possibilidade jurídica e utilidade prática de uma alienação de bem imóvel em hasta pública que conte com crédito tributário. A pendência de crédito tributário sobre o bem imóvel adquirido em hasta pública abre questão para numerosas situações jurídicas, que vão desde a inviabilidade de venda do bem, até à solução de incidentes póstumos à alienação, como a possível desistência do arrematante pelo bem, caso não tenha constado do edital os ônus pretéritos. Era muito importante que o candidato soubesse solucionar as duas situações práticas apresentadas, e dentre elas, em especial, a hipótese de o crédito tributário se revelar SUPERIOR ao produto da alienação. Isso estava a exigir do candidato conhecimento sobre a ordem de preferência do crédito trabalhista frente ao crédito tributário, e como solucionar o problema apresentado. A questão não exigiu do candidato NENHUM conceito de direito tributário, nenhuma definição tributária, senão conhecimentos específicos de direito processual, ou seja, conhecimento de arrematação, validade da arrematação, destinação de parte do produto arrecadado para pagamento do crédito tributário e preferência do crédito trabalhista. Não se pediu para definir "fato gerador", não se pediu para definir "crédito tributário". A cultura jurídica do candidato que almeja o cargo de Juiz do Trabalho deve ser apta a solucionar a situação proposta, com a qual ele irá se deparar no exercício da função.

Assim, não há nulidade a ser declarada.

XII. MÉRITO



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Inicialmente, enfatiza-se que o candidato não obteve aprovação no certame de nenhum dos 03 examinadores da banca.

De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 –

(...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2.

O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um segundo turno de avaliações das provas.

O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora "(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição"

.

E isso foi regamente feito.

4.

Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor.

A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5.

E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato.

Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial).

Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas.

Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, nada há para ser alterado.

DO EXPOSTO,

CONHEÇO do recurso interposto pelo candidato autor da prova nº “217” da primeira prova escrita da segunda fase do LX Concurso para provimento do cargo de Juiz Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região para, afastando a alegação de nulidade da Questão 02, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO** para manter as notas que lhe foram atribuídas quando da correção de sua prova pela Banca Examinadora.

Geraldo Baraldi Junior

- Relator -

Nº do Recurso

RECURSO Nº 42

Identificação do Candidato

Marina Pereira Ximenes

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins.

VOTO (RELATOR)

Vistos, examinados, etc.

Trata-se de recurso interposto em face do resultado obtido na 1ª prova escrita discursiva – 2ª etapa do XXXIX Concurso para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, identificado com o número 42. Em síntese, impugna o resultado das questões 1, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10 para obter a aprovação com no mínimo nota 6. Pede a revisão da sua nota.

É o relatório.

Decide-se:

1. Conheço do recurso, eis que regular e tempestivo, conforme certificado pela Secretaria da Comissão do Concurso a fls. 02.

2. No mérito, verifica-se que o candidato, apesar da vista de prova a que teve direito e do tempo transcorrido para melhor reflexão sobre as questões, não foi capaz de



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

promover uma autocrítica e identificar as próprias falhas, pretendendo estabelecer um diálogo com a Comissão Examinadora.

Em primeiro lugar, todas as questões foram consideradas e analisadas pela banca, independentemente do número de páginas usadas pelo candidato. Não houve punição ao candidato.

3. Na questão 1, o candidato respondeu sobre o conceito da suspensão para qualificação profissional, falou sobre a necessidade de participação do Sindicato, mas não fez referência a prazos.

4. Na questão 3, o candidato fez referência apenas ao conceito legal, sem melhores aprofundamentos e explicações para mostrar o grau de conhecimento do candidato.

Falou sobre greve ambiental, que não foi perguntada.

Os demais itens foram respondidos.

5. Na questão 4, o candidato não fez referência ao Ministério Público do Trabalho e se o presidente do TRT pode suscitar o dissídio coletivo.

O empregado não é titular do direito, pois não tem interesse em nada. Não há nenhum direito seu estabelecido.

O titular do direito “ são os próprios empregado” (sic). O titular do direito é ou então os titulares do direito são. Ou então são os próprios empregados os titulares do direito.

Não foi pedido na questão para o candidato falar sobre comum acordo.

Não foi feita distinção entre greve ilegal e abusiva.

6. A questão 5 foi considerada integralmente correta. O candidato não sabe o que está impugnando, implicando perda de tempo para a banca.

7. Na questão 7, as afirmações constantes da prova não são suficientes para mudar a nota.

Abordar significa chegar à beira ou borda de; abalroar uma embarcação para tomá-la de assalto. É originária do francês *aborder*. Constitui galicismo desnecessário o emprego da palavra no sentido de tratar de um assunto.²⁷⁸ O candidato não tratou devidamente do foi objeto de questionamento. Não se trata de abordar, mas de tratar.

O candidato desconhece a alteração dos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91.

A concessão definitiva da aposentadoria por invalidez pode levar muito tempo para ser decidida pelo órgão previdenciário. Enquanto isso, o empregador não sabe o que fazer. Já afirmou Raimundo Cerqueira Ally, sobre prolongamento do afastamento do empregado por doença e a ocupação de imóvel do empregador, que “o problema é crítico e não encontra na lei, na doutrina e na jurisprudência solução plausível”.²⁷⁹

Leciona Mozart Victor Russomano que “aposentadoria por invalidez é o benefício decorrente da incapacidade do segurado para o trabalho, sem perspectiva de reabilitação para o exercício de atividade capaz de lhe assegurar a subsistência”.²⁸⁰

Dispõe o artigo 475 da CLT, que tem a redação original de 1943, que o empregado aposentado por invalidez tem seu contrato de trabalho suspenso durante o prazo fixado pelas leis de previdência para a efetivação do benefício (art. 475 da CLT). Reza o parágrafo 1.º do artigo 475 da CLT, com a redação determinada pela Lei n.º 4.824, de 5 de novembro de 1965, que recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a

²⁷⁸ ROMITA, Arion Sayão. Direito do trabalho. Temas em aberto. São Paulo: LTr, 1998, p. 144.

²⁷⁹ ALLY, Raimundo Cerqueira. Normas previdenciárias no direito do trabalho. 3ª ed. São Paulo: IOB, 1989, p. 111.

²⁸⁰ RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 135.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria.

Prevvia o parágrafo 3.º do artigo 4.º da Lei n.º 3.332, de 26 de janeiro de 1957, que a aposentadoria por invalidez era definitiva, quando completava cinco anos de vigência.

Determinava o parágrafo 6.º do artigo 27 da Lei n.º 3.807/60 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional. Entendia-se com base nesse dispositivo que, após os 55 anos, a aposentadoria por invalidez era definitiva e o segurado não tinha mais condições de se recuperar, tanto que não mais se exigiam exames médicos.

A Súmula 217 do STF foi editada em 11 de julho de 1963, quando foi publicada no Diário de Justiça da União. Seu fundamento é o artigo 475 da CLT. Esclarece que tem direito de retornar ao emprego, ou ser indenizado em caso de recusa do empregador, o aposentado que recupera a capacidade de trabalho dentro de cinco anos a contar da aposentadoria, que se torna definitiva após esse prazo.

O antigo Prejulgado n.º 37 do TST, de 21 de setembro de 1971, estabeleceu que “cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei”.

Estabelecia o parágrafo 7.º do artigo 6.º da Lei n.º 5.890/73 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional.

Prescrevia o artigo 7.º da Lei n.º 5.890/73 que a aposentadoria por invalidez seria mantida enquanto a incapacidade do segurado persistisse, ficando ele obrigado a submeter-se aos exames que, a qualquer tempo, fossem julgados necessários para verificação da manutenção, ou não, dessas condições. Verificada a recuperação da capacidade de trabalho do segurado aposentado, procedia-se da seguinte forma: I- se, dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria, ou de três anos, contados da data em que terminou o auxílio-doença em cujo gozo se encontrava, for o aposentado declarado apto para o trabalho, o benefício ficará extinto: a- imediatamente, para o segurado empregado, a quem assistirão os direitos resultantes do disposto no artigo 475 e respectivos parágrafos da CLT, valendo como título hábil, para esse fim, o certificado de capacidade fornecido pela previdência social; ... II- se a recuperação da capacidade de trabalho ocorrer após os prazos estabelecidos no item anterior, bem assim quando, a qualquer tempo, essa recuperação não for total, ou for o segurado declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo do trabalho, sendo reduzida em 18 meses até sua extinção.

Estabeleceu o Decreto n.º 83.080/79 (Regulamento de Benefícios da Previdência Social) que “se o segurado é declarado apto para o trabalho após o prazo do item I, se, a qualquer tempo a recuperação não é total ou se o segurado é declarado pela previdência social apto para o trabalho diverso do que anteriormente exercia, a aposentadoria é mantida, sem prejuízo da volta ao trabalho” (art. 119, II). Trabalho é o esforço da pessoa para um determinado fim econômico.

A Resolução Administrativa 102/82 do TST, publicada no Diário de Justiça da União de 11 de outubro de 1982, transformou o Prejulgado 37 na Súmula 160.

A redação do Decreto n.º 89.312/84 é um pouco diferente do regulamento anterior: “Quando a recuperação ocorre após o período do item I, ou não é total, ou o segurado é declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

aposentadoria é mantida, sem prejuízo da volta à atividade” (art. 31, II). Atividade é a atribuição ou serviço desempenhado pela pessoa.

Mostra o artigo 42 da Lei n.º 8.213/91 que o benefício de aposentadoria por invalidez é devido enquanto permanecer nesta condição (for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência).

O inciso I do artigo 47 da Lei n.º 8.213/91 dispõe que quando a recuperação do aposentado por invalidez ocorrer dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a antecedeu sem interrupção, o benefício cessará. Mostra o inciso II do mesmo artigo que se a recuperação for parcial, ou ocorrer após o prazo de cinco anos, ou ainda quando o segurado for declarado apto para o exercício de trabalho diverso do qual habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo da volta à atividade, sendo o benefício extinto no prazo de 18 meses a contar da recuperação da capacidade.

Disponha o artigo 101 da Lei n.º 8.213, na sua redação original, que o segurado em gozo de aposentadoria por invalidez ou de auxílio-doença e o pensionista inválido, enquanto não completassem 55 anos, estavam obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado. Esse artigo teve a redação alterada pela Lei n.º 9.032/95, que não mais fez referência à idade de 55 anos. Assim, não existia mais idade limite de 55 anos para o segurado fazer exames médicos em caso de invalidez para ser considerada definitiva a aposentadoria.

Posteriormente, passou-se a entender que a aposentadoria por invalidez é provisória, pois o segurado pode, em certos casos, recuperar-se.²⁸¹

O STJ já entendeu que a aposentadoria por invalidez não é definitiva, mesmo depois de cinco anos, se o aposentado recupera a capacidade de trabalho (REsp 460.331, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 20.11.2006, DJ 11.12.1006, p. 405).

A Instrução Normativa INSS/ PRES 77, de 21 de janeiro de 2015, afirmava que a perícia médica deveria rever o benefício de aposentadoria por invalidez a cada dois anos (art. 222).

Outra solução poderia ser que a aposentadoria é compulsória para o empregado que completa 70 anos de idade e para a empregada com 65 anos (art. 51 da Lei n.º 8.213/91). Atingidas as referidas idades, a aposentadoria por invalidez também seria definitiva e não provisória.

Prescreve o artigo 475 da CLT:

“Art. 475 - O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

§ 1º - Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização deverá ser paga na forma do art. 497. ([Redação dada pela Lei nº 4.824, de 5.11.1965](#))

§ 2º - Se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde

²⁸¹ MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 348.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região
que tenha havido ciência inequívoca da interinidade ao ser celebrado o contrato”.

Sob o ângulo trabalhista, a aposentadoria por invalidez é hipótese de suspensão dos efeitos do contrato de trabalho.

Determina o artigo 475 da CLT que o empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

Não há na lei previdenciária prazo de duração para a efetivação da aposentadoria por invalidez.²⁸²

Em Portugal, por exemplo, a reforma do trabalhador por velhice ou invalidez importa a caducidade do contrato de trabalho (art. 343, c, do Código de Trabalho), com a cessação automática do pacto laboral. Ensina Antonio Lemos de Monteiro Fernandes que a preocupação do legislador foi “de libertar efetivamente postos de trabalho a partir de certo momento - o da obtenção da reforma - preocupação surgida no contexto de uma grave crise de desemprego”.²⁸³

O Código de Trabalho português mostra que a suspensão do contrato de trabalho pode fundamentar-se na impossibilidade temporária (art. 330º, 1). Logo, não pode ser definitiva nem durar longo tempo.

A suspensão dos efeitos do contrato de trabalho não poderia ser indefinida, pois causa insegurança jurídica ao empregador, que não sabe quando ou se poderá contar com o empregado que foi aposentado por invalidez.

A aposentadoria por invalidez não é permanente. Ela é provisória até que o médico diga que o trabalhador não tem mais capacidade de recuperação, quando será considerada definitiva.²⁸⁴

A Lei n.º 13.063, de 30 de dezembro de 2014, acrescentou os parágrafos 1.º e 2.º ao artigo 101 da Lei n.º 8.213/91:

“Art. 101. O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

§ 1.º O aposentado por invalidez e o pensionista inválido estarão isentos do exame de que trata o caput após completarem 60 (sessenta) anos de idade.

§ 2.º A isenção de que trata o § 1.º não se aplica quando o exame tem as seguintes finalidades:

I - verificar a necessidade de assistência permanente de outra pessoa para a concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício, conforme dispõe o art. 45;

II - verificar a recuperação da capacidade de trabalho, mediante solicitação do aposentado ou pensionista que se julgar apto;

III - subsidiar autoridade judiciária na concessão de curatela, conforme dispõe o art. 110”.

Na verdade, não se trata de isenção, pois esta diz respeito a dispensa legal do pagamento de tributo. Trata-se da dispensa de se fazer o exame médico.

A norma jurídica regulamentou situação da prática, em que em alguns casos já se deixava de fazer perícia depois do segurado atingir a idade de 60 anos.

²⁸² MARTINS, Sergio Pinto. Comentários às Súmulas do TST. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.103.

²⁸³ FERNANDES, Antonio Lemos de Monteiro. Direito do Trabalho. 8ª edição. Coimbra: Almedina, 1992, p. 438.

²⁸⁴ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários á CLT. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 508.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Gustavo Filipe Barbosa Garcia afirma que “há possibilidade de se entender que, após essa idade (60 anos), a situação passa a ter contornos mais definitivos, permitindo a extinção do contrato de trabalho pelo empregador”.²⁸⁵

A conclusão que se extrai da alteração feita no parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 é que a partir de 60 anos o INSS não fará mais exame médico pericial o aposentado por invalidez e pensionista inválido não mais está obrigado a fazer exame médico periódico bienal quando completarem 60 anos (§1.º do art. 101 da Lei n.º 8.213), que está de acordo com a idade do idoso (art. 1.º da Lei n.º 10.741/03). Assim, a aposentadoria por invalidez será definitiva. Há presunção legal de que aos 60 anos não precisa ser feita perícia. Logo, os efeitos do contrato de trabalho do empregado com o empregador não estarão mais suspensos, pois estará efetivado o benefício (art. 475 da CLT) e poderá ser rescindido o contrato de trabalho do aposentado por invalidez.

A redação da lei não faz distinção quanto a sexo. Logo, tanto homem como mulher não mais precisam fazer perícia por invalidez depois dos 60 anos.

Com a determinação da Lei n.º 13.063/14 fica derogado o artigo 71 da Lei n.º 8.212/91 não ponto em que exige que o INSS faça revisão periódica do benefício de aposentadoria por invalidez.

Foram estabelecidas três exceções no parágrafo 2.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91 para efeito de continuar a ser feito o exame médico:

- a- se há necessidade de assistência permanente de outra pessoa, referente ao acréscimo de 25%;
- b- se o próprio aposentado solicita retorno ao trabalho;
- c- se a autoridade judiciária solicita a perícia para fins de curatela.

O candidato não fez referência aos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91

A conclusão que se chega hoje é de que a aposentadoria por invalidez, de um modo geral, é provisória. Ela só será definitiva quando o médico assim entender, pois o segurado não é mais susceptível de recuperação. Passados cinco anos da concessão da aposentadoria por invalidez, não importa que ela venha a ser definitiva, pois o trabalhador pode se recuperar.

Leciona Lilian Gonçalves que “não restam dúvidas de que, sob o prisma previdenciário, a aposentadoria por invalidez não pode ser tida como definitiva, irreversível, total, plena e incondicional. Ao contrário, diante dos inquestionáveis e crescentes avanços da medicina, inovações terapêuticas e tecnológicas, bem como do sucesso das técnicas de reabilitação profissional, o trabalhador pode recuperar sua aptidão para o trabalho. Desse modo, o benefício deve ser mantido somente enquanto perdurar a condição de incapacidade, nada justificando onerar o sistema público, quando inexistente verdadeiro fato desencadeador e mantenedor da benesse”.²⁸⁶

O empregador, porém, não pode ficar aguardando indefinidamente o empregado, pois necessita de trabalhador para fazer o serviço daquele. Na prática, muitas vezes a empresa contrata substituto interinamente.

Com a nova redação do parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 pode ser dito que a partir de 60 anos o INSS a aposentadoria por invalidez será definitiva, pois não haverá mais necessidade de se fazer exame médico pericial no aposentado por invalidez e pensionista inválido.

²⁸⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito da seguridade social. São Paulo: Gen/Forense, 2015, p. 399.

²⁸⁶ GONÇALVES, Lilian, Aposentadoria por invalidez: Análise crítica de seus efeitos no contrato de trabalho. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2012, p. 55.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

O candidato somente fez referência à suspensão dos efeitos do contrato de trabalho e ao prazo de cinco anos. As demais hipóteses acima não foram mencionadas. O candidato não examinou todos os requisitos necessários para ser alterada a sua nota. Foi atribuída ao candidato a nota que merece. A resposta do candidato é insuficiente para ser mudada sua nota.

8. Na questão 8, a resposta do candidato é totalmente errada.

O candidato não explica o que é o convênio para chegar à conclusão que chegou, que, de fato, é que não existe responsabilidade subsidiária.

Prevê o artigo 241 da Constituição que “a União, os Estados, do Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”. A Lei n.º 13.019, de 31 de julho de 2024, estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias.

Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro que convênio é uma “forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”.²⁸⁷

O convênio compreende um objetivo comum, parceria, cooperação. No convênio não existe exatamente tomador dos serviços.

Convênio é “o ajuste entre órgão ou entidades do poder público ou entre estes e entidades privadas, visando à realização de projetos ou atividades de interesse comum, em regime de mútua cooperação”.²⁸⁸

Convênios administrativos “são convenções, mas não contratos, pois nestes as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultante e não soma), ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns”.²⁸⁹

Convênios “administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”.²⁹⁰

Alexandre Mazza assevera que “convênio é o acordo administrativo multilateral firmado entre entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, visando a cooperação recíproca para alcançar objetivos de interesse comum a todos os conveniados”.²⁹¹

Afirma Irene Nohara que “os convênios abarcam interesses recíprocos com metas institucionais comuns e objetivam, portanto, um resultado comum alcançado mediante mútua colaboração”.²⁹²

²⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

²⁸⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 244.

²⁸⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 676.

²⁹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 358.

²⁹¹ MAZZA, Alexandre. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 456.

²⁹² NOHARA, Irene Patrícia. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 461.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

O convênio não é um contrato,²⁹³ mas um ajuste administrativo.²⁹⁴ O objetivo é um resultado comum, mediante mútua colaboração. Nos contratos as vontades são antagônicas; os interesses são opostos e diversos.

Os convênios são atos complexos. São acordos de vontades não contratuais celebrados pelo ente público e outra pessoa. São acordos de cooperação.

No convênio e na parceria há colaboração mútua e não prestação de serviços ao ente público.

Nos convênios, os interesses são recíprocos e os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns, reunindo-se para alcançá-los. Objetiva um resultado comum, com mútua colaboração.

Nos convênios e em outros ajustes similares não existe a “estipulação de obrigações recíprocas”.

Assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o convênio:

“O convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas.

O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei nº 8.666/93, quando, no art. 116, *caput*, determina que suas normas se aplicam aos convênios “no que couber”. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos artigos 1º e 2º”.²⁹⁵

Leciona José dos Santos Carvalho Filho:

“No contrato, os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Nesse tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a cooperação, e não o lucro procurado por celebrar contratos.

(...) Nos convênios, ao revés, podem ser vários os polos, havendo um inter-relacionamento múltiplo, de modo que cada participante tem, na verdade, relação jurídica com cada um dos integrantes dos demais pólos”.²⁹⁶

Para legislar sobre a matéria de licitação e contratos, observa a Administração Pública o disposto no XXVII do artigo 22 da Constituição.

Dispõe o artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 que: “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

Pode ocorrer de o convênio exigir licitação e em outros casos não. O artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 usa a expressão “no que couber”. Logo, pode não ser exigida a licitação no convênio, se não couber.

Ensina José dos Santos Carvalho Filho:

“A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra. É verdade que a Lei 8.666/93 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação ocorre no que couber. Como é lógico, raramente será possível a competitividade que

²⁹³ No mesmo sentido MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 21ª ed. São Paulo: Malheiros. 1990, p. 358. Há também julgamento nesse sentido no STF (RTJ 141/619).

²⁹⁴ GASPARINI, Diógenes. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 303.

²⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28ª edição, São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

²⁹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28ª edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 228.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. Por outro lado, no verdadeiro convênio inexistiu perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação”.²⁹⁷

A celebração de convênio depende de prévia aprovação pela organização interessada, como se extrai do parágrafo 1º do artigo 116 da citada lei:

“A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações...”.

No convênio administrativo, quando do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da entidade conveniada, não existe intervenção por parte do ente público, não podendo lhe ser imposto o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo conveniado.

Quando a Administração Pública se utiliza de licitação e nos casos de celebração de convênio, não se pode falar em responsabilidade subsidiária.

O parágrafo 6.º do artigo 37 da Constituição se aplica quando a Administração Pública é prestadora de serviço público ou por delegação a particular. Na terceirização, a Administração Pública é tomadora do serviço.

A Administração Pública age de acordo com o princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição). Observa o procedimento de licitação (art. 37, XXI, da Constituição) na contratação de prestadores de serviços.

A utilização de licitação, regra geral, é a forma pela qual são praticados os atos da Administração Pública. As instituições são contratadas mediante concorrência pública.

Não existe culpa *in eligendo* em razão da necessidade de ser feita licitação para a contratação do prestador de serviço.

Na relação de convênio não existe terceirização de mão de obra. O caso, portanto, não é de aplicação do inciso IV da Súmula 331 do TST. O TST inclusive mudou a redação do referido inciso, não mais constando a exclusão da aplicação do parágrafo 1.º do artigo 71 da Lei n.º 8.666/93.

Mesmo assim, foi considerada parte da questão.

O caso da SP Trans é completamente diferente, pois o trabalho não é feito nas suas dependências. O exemplo dado pelo candidato não é de convênio, mas de concessão e não serve para responder a questão.

9. A questão 9 foi considerada integralmente correta. O candidato não sabe o que está impugnando.

10. Na questão 10, não existe conceito. Existe enumeração de situações que ocorrem no dano existencial.

Flaviana Rampazzo Soares afirma que dano existencial é “a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social”.²⁹⁸

²⁹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 229. O STF já entendeu não precisar de licitação (Inq. 1.957-PR, Rel. Min. Carlos Velloso, em 11.5.2005, Informativo STF n.º 387, maio de 2005).

²⁹⁸ SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 44.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Leciona Hidemberg Alves da Frota que o “dano existencial se subdivide no dano ao projeto de vida e no dano à vida de relações”.²⁹⁹

Dano existencial é a conduta praticada por alguém que causa à vítima prejuízo à sua vida pessoal, familiar ou social. Não se trata de um dano patrimonial, mas de uma privação que a pessoa sofre. A vítima tem um prejuízo no seu projeto de vida, no seu projeto familiar.

A família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado (art. 226 da Constituição).

O dano existencial, segundo a Seção Única Suprema Corte de Cassação da Itália, “consiste em cada prejuízo (de natureza não meramente emotiva e interior, mas objetivamente avaliável) provocada por uma ação de fazer do sujeito, que altera o seu costume e a sua relação própria, induzindo-o a escolha de via diversa quanto à expressão e realização da sua personalidade no mundo externo” (Sentença n.º 6.572/2006).

Fica caracterizado o dano existencial quando o empregado não goza férias por vários anos, trabalha em horas extras de forma excessiva, não tem repouso semanal, impedindo-o de ter contato com sua família, de ter convívio social, de ter lazer (art. 6.º da Constituição), de ir à Igreja, do direito à felicidade,³⁰⁰ do direito à desconexão do trabalho.³⁰¹ Importa prejuízo à existência da pessoa, que se vê privada de fazer o que quiser. É o caso de empregados que trabalham diuturnamente, que levam serviço para casa, trabalham nas férias, no avião. Estão constantemente conectados com a empresa por meio de equipamentos eletrônicos.

O empregado pode, portanto, deixar de ter contato com seus amigos, deixar de ver o crescimento de seus filhos ou de ajudá-los com seus deveres de escola. Há uma frustração ao seu projeto de vida, à sua existência.

Em decorrência disso pode ter problemas de saúde, mas também ter prejuízos familiares, sociais, educacionais, etc.

O sofrimento pode ou não existir em razão da frustração ao seu projeto de vida ou de perder a possibilidade de realizar alguma coisa.

Julio César Bebber afirma que o impacto gerado no empregado “provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital”.³⁰²

Todas as pessoas pensam em ser felizes e ter, portanto, uma plena existência, uma existência digna. Isso não pode ser vilipendiado pelo empregador, trazendo prejuízo ao empregado. A dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da Constituição) é um direito fundamental. É o núcleo da existência da pessoa. Ingo Sarlet assevera que “o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informadoras de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e nesse ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material”.³⁰³ Leciona José Afonso da Silva que a dignidade da pessoa

²⁹⁹ FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial, Revista do Tribunal Regional da 13ª Região, João Pessoa: v. 17, n.º 1, 2010, p. 204.

³⁰⁰ Sobre o tema: **LEAL, Saul Tourinho. Direito à felicidade**: história, teoria, posituação e jurisdição. São Paulo: 2013. 357 f. Doutorado em **Direito** Constitucional. PUC SP.

³⁰¹ Sobre o tema: MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP, ano 1, 2006, n.º 1, São Paulo: USP, p. 91.

³⁰² BEBBER, Julio Cesar. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) – breves considerações. Revista LTr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 73, n. 1, p. 26-29, jan. 2009.

³⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 64.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

humana “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

A Constituição determina: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem” (art. 5.º, V); “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5.º, X).

A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma (art. 21 do Código Civil).

O artigo 186 do Código Civil prevê regra genérica no sentido de que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. O dispositivo faz referência a causar dano a outrem. Não prevê expressamente a hipótese de dano, nem enumera hipóteses cabíveis de dano, como ocorre com o Código Civil italiano. Logo, é perfeitamente cabível o dano existencial no Direito brasileiro, desde que fique provado o prejuízo causado à pessoa.

Nos casos *West v. Shepard*, em 1964 e em *Lim v. Camdem*, em 1980, os tribunais americanos decidiram que deve haver a separação entre os danos morais puros e a privação de sensações, do prazer de viver.

No direito americano, no caso *Bennet v. Lembo*, o primeiro causou acidente automobilístico, que causou prejuízos ao segundo, que teve lesões na coluna cervical e não mais podia viajar nas férias, dirigir e deixou de visitar os netos. O tribunal do júri, em 2000, entendeu que deveriam ser separados os diversos danos e deferiu indenização por dano existencial.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu, em 1998, que o dano existencial é uma hipótese de lesão à pessoa, considerando sua “vocalização, atitudes, circunstâncias, potencialidades, aspirações, que lhe permite fixar razoavelmente a determinadas expectativas e aceder a elas”.

O Tribunal da Relação de Guimarães decidiu sobre dano existencial e psíquico decorrente de sequelas de acidente de trânsito para jovem vitimado, que ficou dependente de terceiros.³⁰⁴

O Tribunal da Relação do Porto declarou que uma empregada doméstica de meia-idade, que sofreu acidente de trânsito, teve dano existencial em razão da dificuldade das relações sociais da pessoa, da incapacidade para o desempenho da atividade profissional de empregada doméstica.³⁰⁵

A Corte Constitucional da Itália considerou que o dano não patrimonial biológico, à saúde, independe de repercussão financeira ou econômica (Sentença n.º 184, de 14 de julho de 1986).

O Tribunal de Relação de Coimbra afirmou que “a privação da capacidade de desempenho de uma atividade relacionada com a habilitação profissional superior específica de que o autor é titular, com restrições no âmbito da prestação intelectual, traduz-se num dano biológico limitativo da capacidade de gozar a vida, num prejuízo concreto de afirmação pessoal – *prejudice d’agrément*, ou de fruição dos prazeres da vida”.³⁰⁶

³⁰⁴ Proc. 1.152/04.2, Apelação n.º 560/2000, Acórdão de 23 de maio de 2004, Rel. juiz desembargador José M. C. Vieira e Cunha.

³⁰⁵ Acórdão de 31 de março de 2009, Proc. 3.3138/06.7TBMTS.P1, rel. juiz desembargador José Manuela Cabrita Vieira e Cunha.

³⁰⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 93.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Não foi dito na prova expressamente qual é a distinção entre dano moral e existencial.

Wilson de Melo da Silva afirma que “danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”.³⁰⁷

Silvio de Salvo Venosa menciona que dano moral é “o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, abrangendo também os direitos da personalidade, direito à imagem, ao nome, à privacidade, etc.”.³⁰⁸

Consiste o dano moral na lesão sofrida pela pessoa no tocante à sua personalidade. Compreende, portanto, o dano moral um aspecto não econômico, não patrimonial, mas que atinge a pessoa no seu âmago.³⁰⁹

Atinge o dano moral a honra, a intimidade, a imagem da pessoa, a personalidade, o íntimo do ser humano. Implica dor, angústia da pessoa com o ato praticado por alguém.

O dano moral envolve um aborrecimento extremo, um desgosto profundo, uma contrariedade. É uma perturbação da psique do indivíduo.³¹⁰ É o que a pessoa sente.

O dano existencial é algo que causa prejuízo ao empregado em razão da continuidade do ato que deixou de proporcionar ao trabalhador o contato com sua família, com os amigos, de praticar um esporte, etc. Compreende um aspecto de não mais poder fazer aquilo que queria. Pode decorrer da frustração que o trabalhador tem por não ter feito um curso ou ter terminado a faculdade em razão do excesso de trabalho exigido pelo empregador. A pessoa não vai mais poder fazer aquilo que pretendia.³¹¹

Se o dano é denominado existencial, não é, portanto, moral.

O prejuízo em valor que a pessoa teve é dano material e não dano existencial.

No dano existencial, há necessidade de que o autor prove suas alegações para fazer jus a indenização. Não é possível presumir o dano existencial.

Logo, não poderia ter sido dada a nota integral ao candidato, mas foram consideradas as respostas para cumulação e fixação.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. Isso foi regidamente feito.

Não cabe, portanto, o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem liberdade para essa valoração.

³⁰⁷ SILVA, Wilson Melo da. Dano moral e sua reparação. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 1.

³⁰⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. Responsabilidade civil. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 35.

³⁰⁹ MARTINS, Sergio Pinto. Dano moral decorrente do contrato de trabalho. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23.

³¹⁰ ALMEIDA NETO, Amaro Alves. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista de Direito Privado, n.º 24, outubro-dezembro de 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 34.

³¹¹ Pontes de Miranda já entendia que havia impropriedade técnica na equiparação de danos extrapatrimoniais ao dano moral (Tratado de direito privado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. XXVI, p. 30-31.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se faça. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

A exposição fática e jurídica do candidato não é suficiente para obter 6,0. O conhecimento demonstrado não possibilita o aumento da nota.

A finalidade do recurso não é rever praticamente toda a prova, como pretende o recorrente.

O examinador não tem de ficar explicando o que o candidato acertou ou errou na questão para justificar a nota dada. Não se está na Faculdade de Direito para justificar a correção da questão ao candidato.

Em síntese, a pretensão do candidato não merece acolhimento, cumprindo assinalar que todas as respostas foram cuidadosamente analisadas pelos membros da comissão examinadora, não havendo registro de atribuição de nota no caderno de prova para assegurar a independência de cada integrante, ao avaliar a compreensão da questão pelo candidato, fundamentação adequada, conhecimento da língua pátria e da existência de relevante controvérsia em nível doutrinário e jurisprudencial.

Pelo exposto, conheço do recurso e, no mérito, **nego-lhe provimento**, mantendo as notas que foram atribuídas ao candidato recorrente.

São Paulo, 12 de novembro de 2015.

Sergio Pinto Martins

Relator

Nº do Recurso

RECURSO Nº 43

Identificação do Candidato

Hantony Cássio Ferreira da Costa

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro

VOTO (RELATOR)

Natureza: **RECURSO Nº 43 – XL Concurso**



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

para Ingresso na Magistratura

Recorrente: Candidato 421
Relator: Desembargador Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro
Notas do Candidato: Examinadores:
Dr. Sergio Pinto Martins: 5,5
Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro: 5,5
Dr. Geraldo Baraldi Júnior: 5,5

Vistos, etc.

1. O candidato pede a majoração da sua nota na 1ª prova discursiva. Para tanto, o candidato tenta justificar as ideias defendidas nas respostas de 8 questões. De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 – (...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2. O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um “segundo turno” de avaliações das provas. O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3. A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. E isso foi regiadamente feito.

4. Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5. E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6. Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas,



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7. Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

8. Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, NEGÓ PROVIMENTO do recurso.

São Paulo, 29 de outubro de 2015.

DR. RAFAEL E. PUGLIESE RIBEIRO

Desembargador Federal do Trabalho

Relator

DR. SÉRGIO PINTO MARTINS

Desembargador Federal

RECURSO Nº 44

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Ilmo. Sr. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

VOTO (RELATOR)

Recurso interposto quanto às notas apresentadas pela Banca Examinadora da primeira prova escrita da segunda fase do concurso.

Recurso 44

Prova: 602

Vistos, etc.

Trata-se de recurso interposto por candidato que realizou prova escrita acima destacada na segunda fase do Concurso para o cargo de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região.

Em resumo, sustenta que as notas finais atribuídas pelos Examinadores devem ser majoradas pelas razões constante do apelo.

É o relatório

VOTO

NÃO CONHECIMENTO POR INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO

Compulsando-se os autos, verifica-se que o apelo apresentado pelo candidato ocorreu as 00:22:48 do dia 22/10/2015 ao passo que, o termo final para apresentação de Recurso, pelas regras do certame, o prazo final para apresentação de recursos pelos candidatos venciam em as 00:00 do 21/10/2015.

O Edital do presente Concurso é bem clara ao fixar as datas do certame:

A Presidente do Tribunal e da Comissão do XL Concurso Público para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Desembargadora Silvia Regina Pondé Galvão Devonald, comunica que:



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

- Ficam **alteradas as datas** constantes no Anexo XI do Edital do Concurso em relação à **Sessão Pública para divulgação do resultado da Primeira Prova Escrita Discursiva (2ª Etapa)** e demais atos subsequentes, bem como, a data da Sessão Pública de desidentificação da Segunda Prova Escrita - Sentença, o quanto segue:

2- SEGUNDA ETAPA

a- PRIMEIRA PROVA ESCRITA DISCURSIVA

Sessão Pública de identificação da 1ª prova escrita discursiva (resultado): 07/10/2015, às 15:00 horas
Publicação do resultado: 14/10/2015
Vista da Prova: 16 e 19/10/2015
Interposição de Recursos: 20 e 21/10/2015
Sessão pública para distribuição ao Relator, por sorteio, dos recursos: 27/10/2015, às 13:00 horas
Sessão pública para julgamento dos recursos: 04/11/2015, às 15:00 horas
Publicação: 09/11/2015

Logo, diante da intempestividade do Recurso, não deve o mesmo ser conhecido.

DO EXPOSTO,

NÃO CONHEÇO do recurso interposto pelo candidato autor da prova nº “602” da primeira prova escrita da segunda fase do LX Concurso para provimento do cargo de Juiz Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, mantendo-se íntegras todas as Notas atribuída ao candidato pela Banca Examinadora.

Geraldo Baraldi Junior

- Relator –

Nº do Recurso

RECURSO Nº 45

Identificação do Candidato

Carla Soares de Oliveira

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins.

VOTO (RELATOR)

Vistos, examinados, etc.

Trata-se de recurso interposto em face do resultado obtido na 1ª prova escrita discursiva – 2ª etapa do XXXIX Concurso para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, identificado com o número 45. Em síntese, afirma que atendeu os requisitos para obter a nota 6. Respondeu a questão n. 8. Entende que a questão 2 não faz parte do edital. Pretende o candidato a reavaliação dos pontos atribuídos às questões 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9 e 10. Pretende a revisão das notas das questões citadas.

É o relatório.

Decide-se:

1. Conheço do recurso, eis que regular e tempestivo, conforme certificado pela Secretaria da Comissão do Concurso a fls. 02.

2. No mérito, verifica-se que o candidato, apesar da vista de prova a que teve direito e do tempo transcorrido para melhor reflexão sobre as questões, não foi capaz de promover uma autocrítica e identificar as próprias falhas, pretendendo estabelecer um diálogo com a Comissão Examinadora.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

O candidato pede a revisão das notas das questões, mas não constam anotações na sua prova a respeito de qual nota foi dada a cada uma das questões.

3. Abordar significa chegar à beira ou borda de; abalroar uma embarcação para tomá-la de assalto. É originária do francês *aborder*. Constitui galicismo desnecessário o emprego da palavra no sentido de tratar de um assunto.³¹² O candidato não tratou devidamente do foi objeto de questionamento. Não se trata de abordar, mas de tratar.

A questão n. 2 está contida do edital, no tema processo do trabalho, item 16, arrematação, adjudicação. A questão compreende aspectos da validade e eficiência da alienação, verificando os privilégios em relação ao crédito trabalhista. Trata-se de incidente na execução da sentença trabalhista, que está na competência da Justiça do Trabalho. Não é o caso de anulação da questão.

A cultura jurídica do candidato que almeja o cargo de Juiz do Trabalho deve ser apta a solucionar a situação proposta, com a qual ele irá se deparar no exercício da função.

4. A questão n. 1 foi atribuída nota integral de 1,0 por este relator. Não há, portanto, o que rever. O candidato impugna, portanto, algo que está certo. Não sabe, por conseguinte, o que está impugnando.

5. Na questão 3, o conceito de greve está incompleto, pois só foi falado sobre suspensão contratual. Os requisitos são mencionados de forma genérica, como aviso-prévio de greve de 48 horas ou 72 horas. A explicação sobre greve ilegal está errada. Por isso, não foi dada integralmente a nota.

Na questão 4, não foi falado sobre a possibilidade do Presidente do TRT apresentar o dissídio. O candidato não explica especificamente quem é o titular do direito. Não é possível dar nota integral na questão.

Na questão 5, o candidato não enfrentou a questão do crime de trabalho escravo que poderia ocorrer no domicílio. Logo, não pode obter a nota máxima.

Na questão 6 faltou muita coisa, pois o candidato não estabeleceu a distinção entre a Fundação Pública e Privada. Fez afirmações pontuais, mas não fez a distinção. Esperava-se resposta no seguinte sentido:

Determina o inciso IV do artigo 5.º do artigo do Decreto-lei n.º 200/67 que fundação pública é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

Dispõe o inciso XIX do artigo 37 da Constituição que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”. Essa lei complementar não existe até o momento.

Distingue-se a fundação pública da fundação privada.

As fundações privadas são pessoas jurídicas de direito privado (art. 44, III, do Código Civil). A fundação privada será criada por escritura pública ou testamento, com dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. (art. 62 do Código Civil). A fundação privada somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência. A fundação pública será criada por lei ou a lei autorizará a sua criação. Não será criada a fundação pública por escritura pública ou por testamento.

³¹² ROMITA, Arion Sayão. Direito do trabalho. Temas em aberto. São Paulo: LTr, 1998, p. 144.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Afirma Adilson de Abreu Dallari que “quando a lei cria diretamente uma fundação tem-se uma fundação pública, dotada de personalidade de direito público, até porque a lei não pode criar pessoa privada”.³¹³ É o que ocorre quando a fundação é instituída por lei federal, estadual ou municipal. A Administração Pública direta ou indireta está sujeita ao princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição), a só fazer aquilo que a lei determina.

Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona que a fundação tem natureza pública quando “é instituída pelo poder público com patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e, destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de auto administração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei”.³¹⁴ Destaca as suas características: a- dotação patrimonial ou inicial do ente governamental; b- personalidade jurídica; c- desempenho de atividade atribuída ao Estado no âmbito social; d- capacidade auto-administrativa; e- sujeição ao controle administrativo ou tutela por parte da Administração direta.³¹⁵

Celso Antonio Bandeira de Mello leciona que “é absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as fundações públicas são pessoas de Direito Privado. Na verdade, são pessoas de Direito Público,....; Saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda, que se lhe atribua outra qualificação. Entretanto, foram batizadas de pessoas de Direito Privado apenas para se evadirem destes controles moralizadores ou, então, para permitir que seus agentes acumulassem cargos e empregos, o que lhes seria vedado se fossem reconhecidas como pessoas de Direito Público”.³¹⁶

A fundação pública não tem fins lucrativos. É formada por meio de dotação do Estado. São recursos da Fundação as dotações, subvenções, contribuições que o Estado anualmente consignar em seus orçamentos. No caso de extinção da fundação, seus bens e direitos são incorporados ao patrimônio do ente público que a criou.

Tem direito a fundação pública a isenção de tributos em relação ao ente da Administração Pública que pertencer.

A fundação pública não pode aplicar em despesas administrativas, inclusive de pessoal, mais que determinado porcentual do seu orçamento. Isso também mostra que se trata de determinação de Direito Administrativo.

Atendidos tais requisitos a fundação é considerada pública e não privada.

O STF já afirmou que “nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o §2.º do art. 99 da Constituição Federal” (RE 101.126/84, Rel. Min. Moreira Alves).

A jurisprudência do TST indica quando a fundação é considerada pública:

³¹³ DALLARI, Adilson de Abreu. Regime constitucional dos servidores públicos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 44.

³¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 320.

³¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, p. 320.

³¹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 15ª ed, São Paulo: Malheiros, 2003, 169.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

FUNDAÇÃO PÚBLICA. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. ESTABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. 1 - Reconhecidamente criada por lei, com fins assistenciais de indiscutível escopo público e alcance social, a FURP, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, reveste-se de natureza eminentemente pública, devendo reger-se pelas normas e princípios de Direito Público.

2 - Consoante o disposto no artigo 19 do ADCT, a estabilidade especial no serviço público abarca os servidores das fundações públicas que já estavam em exercício há, pelo menos, cinco anos continuados na data da promulgação da Constituição Federal e que não tenham sido admitidos por meio concurso público.

3 - Na hipótese, o reclamante foi admitido em 2/4/1982, vindo a ser dispensado em 9/8/1994, quando contava com mais de 13 (treze) anos de serviço continuado para a Fundação. Atendidos todos os requisitos constantes do artigo 19 do ADCT, necessários para assegurar a estabilidade no emprego, dá-se provimento ao recurso de revista para determinar a reintegração do reclamante no emprego. (1ª Turma, RR - 689676-57.2000.5.02.0314, j. 2/4/2008, Relator Ministro: Lélío Bentes Corrêa, DJ 2/5/2008).

FUNDAÇÃO PÚBLICA. ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL. ARTIGO 19 DO ADCT/CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. FURP. A fundação pública, cuja noção está definida pelo artigo 5º, inciso IV e § 3º, do Decreto-Lei nº 200/67, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, ostenta natureza pública, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988, em face do que consta especialmente da redação dos seus artigos 37, XIX, 39 e 40, caput. Seus empregados, assim, são abrangidos pela estabilidade especial no serviço público regulada pelo artigo 19 do ADCT, que também alude expressamente aos servidores das fundações públicas, desde que observados os requisitos delineados no seu caput e parágrafos, sendo, portanto, nula a dispensa do servidor nessas circunstâncias, porquanto implementados todos os pressupostos de natureza constitucional para a referida estabilização, daí por que se lhe assegura a reintegração no serviço público do qual fora ilicitamente afastado. Incidência dos arts. 37, XIX, e 39 da Constituição Federal e 19 do ADCT. Recurso do reclamante conhecido e provido (1ª Turma, RR - 678030-43.2000.5.02.5555, j. 24/9/2003, Relator Ministro: Lélío Bentes Corrêa, DJ 5/3/2004).

Sendo Fundação Pública, o processamento da execução é por precatório (art. 100 da Constituição). O TST já decidiu no mesmo sentido em relação a reclamada, por considerá-la Fundação Pública (TST, 5ª T., AIRR 1.576/1995-311-02-40.6, j. 25.6.2008, Rel. Min. Brito Pereira, DJ 01/08/2008; 1ª T., ED-RR 788.028/01.8, j. 25.5.2005, Rel. Guilherme Augusto Caputo Bastos).

Têm direito à isenção das custas as fundações públicas federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica (art. 790-A da CLT).

O candidato não fez referência a prazo em quádruplo para ser marcada audiência (art. 841 da CLT), remessa de ofício das decisões que lhe sejam total ou parcialmente contrárias. Está dispensada de fazer assistência no sindicato na rescisão do contrato de trabalho (art. 1º do Decreto-lei n.º 779/69). Não estão sujeitas as fundações ao procedimento sumaríssimo (§ único do art. 852-A da CLT).

O candidato somente faz referência a os empregados serem regidos pela CLT (§1.º do art. 2.º da CLT).

A Justiça do Trabalho tem competência para examinar as ações propostas por trabalhadores contra as fundações públicas, se forem empregados públicos (art. 114, I, da Constituição). Será incompetente a Justiça do Trabalho para tratar de ações de funcionários



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

públicos, que têm regime estatutário, propostas contra fundações públicas, segundo o entendimento do STF (ADIn 3.395-6/DF, j. 5.4.06, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU 10.11.2006).

Se o empregado tiver cinco anos de trabalho antes da vigência da Constituição de 1988, tem direito a estabilidade (art. 19 do ADCT).

O candidato não faz referência a custas e depósito recursal. Sua resposta à questão 6 é incompleta e insuficiente, mas foram consideradas as demais afirmações feitas na prova. Não é possível alterar a nota.

Na questão 7, as afirmações constantes da prova não são suficientes para mudar a nota.

O candidato desconhece a alteração dos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91.

A concessão definitiva da aposentadoria por invalidez pode levar muito tempo para ser decidida pelo órgão previdenciário. Enquanto isso, o empregador não sabe o que fazer. Já afirmou Raimundo Cerqueira Ally, sobre prolongamento do afastamento do empregado por doença e a ocupação de imóvel do empregador, que “o problema é crítico e não encontra na lei, na doutrina e na jurisprudência solução plausível!”.³¹⁷

Leciona Mozart Victor Russomano que “aposentadoria por invalidez é o benefício decorrente da incapacidade do segurado para o trabalho, sem perspectiva de reabilitação para o exercício de atividade capaz de lhe assegurar a subsistência”.³¹⁸

Dispõe o artigo 475 da CLT, que tem a redação original de 1943, que o empregado aposentado por invalidez tem seu contrato de trabalho suspenso durante o prazo fixado pelas leis de previdência para a efetivação do benefício (art. 475 da CLT). Reza o parágrafo 1.º do artigo 475 da CLT, com a redação determinada pela Lei n.º 4.824, de 5 de novembro de 1965, que recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria.

Prevvia o parágrafo 3.º do artigo 4.º da Lei n.º 3.332, de 26 de janeiro de 1957, que a aposentadoria por invalidez era definitiva, quando completava cinco anos de vigência.

Determinava o parágrafo 6.º do artigo 27 da Lei n.º 3.807/60 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional. Entendia-se com base nesse dispositivo que, após os 55 anos, a aposentadoria por invalidez era definitiva e o segurado não tinha mais condições de se recuperar, tanto que não mais se exigiam exames médicos.

A Súmula 217 do STF foi editada em 11 de julho de 1963, quando foi publicada no Diário de Justiça da União. Seu fundamento é o artigo 475 da CLT. Esclarece que tem direito de retornar ao emprego, ou ser indenizado em caso de recusa do empregador, o aposentado que recupera a capacidade de trabalho dentro de cinco anos a contar da aposentadoria, que se torna definitiva após esse prazo.

O antigo Prejulgado n.º 37 do TST, de 21 de setembro de 1971, estabeleceu que “cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei”.

³¹⁷ ALLY, Raimundo Cerqueira. Normas previdenciárias no direito do trabalho. 3ª ed. São Paulo: IOB, 1989, p. 111.

³¹⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 135.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Estabelecia o parágrafo 7.º do artigo 6.º da Lei n.º 5.890/73 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional.

Prescrevia o artigo 7.º da Lei n.º 5.890/73 que a aposentadoria por invalidez seria mantida enquanto a incapacidade do segurado persistisse, ficando ele obrigado a submeter-se aos exames que, a qualquer tempo, fossem julgados necessários para verificação da manutenção, ou não, dessas condições. Verificada a recuperação da capacidade de trabalho do segurado aposentado, procedia-se da seguinte forma: I- se, dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria, ou de três anos, contados da data em que terminou o auxílio-doença em cujo gozo se encontrava, for o aposentado declarado apto para o trabalho, o benefício ficará extinto: a- imediatamente, para o segurado empregado, a quem assistirão os direitos resultantes do disposto no artigo 475 e respectivos parágrafos da CLT, valendo como título hábil, para esse fim, o certificado de capacidade fornecido pela previdência social; ... II- se a recuperação da capacidade de trabalho ocorrer após os prazos estabelecidos no item anterior, bem assim quando, a qualquer tempo, essa recuperação não for total, ou for o segurado declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo do trabalho, sendo reduzida em 18 meses até sua extinção.

Estabeleceu o Decreto n.º 83.080/79 (Regulamento de Benefícios da Previdência Social) que “se o segurado é declarado apto para o trabalho após o prazo do item I, se, a qualquer tempo a recuperação não é total ou se o segurado é declarado pela previdência social apto para o trabalho diverso do que anteriormente exercia, a aposentadoria é mantida, sem prejuízo da volta ao trabalho” (art. 119, II). Trabalho é o esforço da pessoa para um determinado fim econômico.

A Resolução Administrativa 102/82 do TST, publicada no Diário de Justiça da União de 11 de outubro de 1982, transformou o Prejulgado 37 na Súmula 160.

A redação do Decreto n.º 89.312/84 é um pouco diferente do regulamento anterior: “Quando a recuperação ocorre após o período do item I, ou não é total, ou o segurado é declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a aposentadoria é mantida, sem prejuízo da volta à atividade” (art. 31, II). Atividade é a atribuição ou serviço desempenhado pela pessoa.

Mostra o artigo 42 da Lei n.º 8.213/91 que o benefício de aposentadoria por invalidez é devido enquanto permanecer nesta condição (for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência).

O inciso I do artigo 47 da Lei n.º 8.213/91 dispõe que quando a recuperação do aposentado por invalidez ocorrer dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a antecedeu sem interrupção, o benefício cessará. Mostra o inciso II do mesmo artigo que se a recuperação for parcial, ou ocorrer após o prazo de cinco anos, ou ainda quando o segurado for declarado apto para o exercício de trabalho diverso do qual habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo da volta à atividade, sendo o benefício extinto no prazo de 18 meses a contar da recuperação da capacidade.

Disponha o artigo 101 da Lei n.º 8.213, na sua redação original, que o segurado em gozo de aposentadoria por invalidez ou de auxílio-doença e o pensionista inválido, enquanto não completassem 55 anos, estavam obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado. Esse artigo teve a redação alterada pela Lei n.º 9.032/95, que não mais fez referência à idade de 55 anos. Assim, não existia mais idade limite



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

de 55 anos para o segurado fazer exames médicos em caso de invalidez para ser considerada definitiva a aposentadoria.

Posteriormente, passou-se a entender que a aposentadoria por invalidez é provisória, pois o segurado pode, em certos casos, recuperar-se.³¹⁹

O STJ já entendeu que a aposentadoria por invalidez não é definitiva, mesmo depois de cinco anos, se o aposentado recupera a capacidade de trabalho (REsp 460.331, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 20.11.2006, DJ 11.12.1006, p. 405).

A Instrução Normativa INSS/ PRES 77, de 21 de janeiro de 2015, afirmava que a perícia médica deveria rever o benefício de aposentadoria por invalidez a cada dois anos (art. 222).

A Súmula 440 do TST afirma que o contrato de trabalho está suspenso na aposentadoria por invalidez, mas o empregado tem de ser mantido no Plano de Saúde.

Outra solução poderia ser que a aposentadoria é compulsória para o empregado que completa 70 anos de idade e para a empregada com 65 anos (art. 51 da Lei n.º 8.213/91). Atingidas as referidas idades, a aposentadoria por invalidez também seria definitiva e não provisória.

Prescreve o artigo 475 da CLT:

“Art. 475 - O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

§ 1º - Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização deverá ser paga na forma do art. 497. ([Redação dada pela Lei nº 4.824, de 5.11.1965](#))

§ 2º - Se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da interinidade ao ser celebrado o contrato”.

Sob o ângulo trabalhista, a aposentadoria por invalidez é hipótese de suspensão dos efeitos do contrato de trabalho.

Determina o artigo 475 da CLT que o empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

Não há na lei previdenciária prazo de duração para a efetivação da aposentadoria por invalidez.³²⁰

Em Portugal, por exemplo, a reforma do trabalhador por velhice ou invalidez importa a caducidade do contrato de trabalho (art. 343, c, do Código de Trabalho), com a cessação automática do pacto laboral. Ensina Antonio Lemos de Monteiro Fernandes que a preocupação do legislador foi “de libertar efetivamente postos de trabalho a partir de certo

³¹⁹ MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 348.

³²⁰ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários às Súmulas do TST. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.103.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

momento - o da obtenção da reforma - preocupação surgida no contexto de uma grave crise de desemprego”.³²¹

O Código de Trabalho português mostra que a suspensão do contrato de trabalho pode fundamentar-se na impossibilidade temporária (art. 330º, 1). Logo, não pode ser definitiva nem durar longo tempo.

A suspensão dos efeitos do contrato de trabalho não poderia ser indefinida, pois causa insegurança jurídica ao empregador, que não sabe quando ou se poderá contar com o empregado que foi aposentado por invalidez.

A aposentadoria por invalidez não é permanente. Ela é provisória até que o médico diga que o trabalhador não tem mais capacidade de recuperação, quando será considerada definitiva.³²²

A Lei n.º 13.063, de 30 de dezembro de 2014, acrescentou os parágrafos 1.º e 2.º ao artigo 101 da Lei n.º 8.213/91:

“Art. 101. O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

§ 1.º O aposentado por invalidez e o pensionista inválido estarão isentos do exame de que trata o caput após completarem 60 (sessenta) anos de idade.

§ 2.º A isenção de que trata o § 1.º não se aplica quando o exame tem as seguintes finalidades:

I - verificar a necessidade de assistência permanente de outra pessoa para a concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício, conforme dispõe o art. 45;

II - verificar a recuperação da capacidade de trabalho, mediante solicitação do aposentado ou pensionista que se julgar apto;

III - subsidiar autoridade judiciária na concessão de curatela, conforme dispõe o art. 110”.

Na verdade, não se trata de isenção, pois esta diz respeito a dispensa legal do pagamento de tributo. Trata-se da dispensa de se fazer o exame médico.

A norma jurídica regulamentou situação da prática, em que em alguns casos já se deixava de fazer perícia depois do segurado atingir a idade de 60 anos.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia afirma que “há possibilidade de se entender que, após essa idade (60 anos), a situação passa a ter contornos mais definitivos, permitindo a extinção do contrato de trabalho pelo empregador”.³²³

A conclusão que se extrai da alteração feita no parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 é que a partir de 60 anos o INSS não fará mais exame médico pericial o aposentado por invalidez e pensionista inválido não mais está obrigado a fazer exame médico periódico bienal quando completarem 60 anos (§1.º do art. 101 da Lei n.º 8.213), que está de acordo com a idade do idoso (art. 1.º da Lei n.º 10.741/03). Assim, a aposentadoria por invalidez será definitiva. Há presunção legal de que aos 60 anos não precisa ser feita perícia. Logo, os efeitos do contrato de trabalho do empregado com o empregador não estarão mais suspensos, pois estará efetivado o benefício (art. 475 da CLT) e poderá ser rescindido o contrato de trabalho do aposentado por invalidez.

³²¹ FERNANDES, Antonio Lemos de Monteiro. Direito do Trabalho. 8ª edição. Coimbra: Almedina, 1992, p. 438.

³²² MARTINS, Sergio Pinto. Comentários á CLT. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 508.

³²³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito da seguridade social. São Paulo: Gen/Forense, 2015, p. 399.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

A redação da lei não faz distinção quanto a sexo. Logo, tanto homem como mulher não mais precisam fazer perícia por invalidez depois dos 60 anos.

Com a determinação da Lei n.º 13.063/14 fica derogado o artigo 71 da Lei n.º 8.212/91 não ponto em que exige que o INSS faça revisão periódica do benefício de aposentadoria por invalidez.

Foram estabelecidas três exceções no parágrafo 2.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91 para efeito de continuar a ser feito o exame médico:

- a- se há necessidade de assistência permanente de outra pessoa, referente ao acréscimo de 25%;
- b- se o próprio aposentado solicita retorno ao trabalho;
- c- se a autoridade judiciária solicita a perícia para fins de curatela.

O candidato não fez referência aos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91

A conclusão que se chega hoje é de que a aposentadoria por invalidez, de um modo geral, é provisória. Ela só será definitiva quando o médico assim entender, pois o segurado não é mais susceptível de recuperação. Passados cinco anos da concessão da aposentadoria por invalidez, não importa que ela venha a ser definitiva, pois o trabalhador pode se recuperar.

Leciona Lilian Gonçalves que “não restam dúvidas de que, sob o prisma previdenciário, a aposentadoria por invalidez não pode ser tida como definitiva, irreversível, total, plena e incondicional. Ao contrário, diante dos inquestionáveis e crescentes avanços da medicina, inovações terapêuticas e tecnológicas, bem como do sucesso das técnicas de reabilitação profissional, o trabalhador pode recuperar sua aptidão para o trabalho. Desse modo, o benefício deve ser mantido somente enquanto perdurar a condição de incapacidade, nada justificando onerar o sistema público, quando inexistente verdadeiro fato desencadeador e mantenedor da benesse”.³²⁴

O empregador, porém, não pode ficar aguardando indefinidamente o empregado, pois necessita de trabalhador para fazer o serviço daquele. Na prática, muitas vezes a empresa contrata substituto interinamente.

Com a nova redação do parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 pode ser dito que a partir de 60 anos o INSS a aposentadoria por invalidez será definitiva, pois não haverá mais necessidade de se fazer exame médico pericial no aposentado por invalidez e pensionista inválido.

O candidato somente fez referência à suspensão dos efeitos do contrato de trabalho e ao prazo de cinco anos. As demais hipóteses acima não foram mencionadas. A resposta do candidato é insuficiente para ser mudada sua nota.

Na questão 7 o candidato não tem que falar sobre a decisão do STF, que tem por base os parágrafos do artigo 453 da CLT e é anterior à alteração dos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213.

Na questão 8, no caso não se aplica a Súmula 331 do TST.

Prevê o artigo 241 da Constituição que “a União, os Estados, do Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”. A Lei n.º 13.019, de 31 de julho de 2024, estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias.

³²⁴ GONÇALVES, Lilian, Aposentadoria por invalidez: Análise crítica de seus efeitos no contrato de trabalho. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2012, p. 55.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro que convênio é uma “forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”.³²⁵

O convênio compreende um objetivo comum, parceria, cooperação. No convênio não existe exatamente tomador dos serviços.

Convênio é “o ajuste entre órgão ou entidades do poder público ou entre estes e entidades privadas, visando à realização de projetos ou atividades de interesse comum, em regime de mútua cooperação”.³²⁶

Convênios administrativos “são convenções, mas não contratos, pois nestes as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultante e não soma), ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns”.³²⁷

Convênios “administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”.³²⁸

Alexandre Mazza assevera que “convênio é o acordo administrativo multilateral firmado entre entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, visando a cooperação recíproca para alcançar objetivos de interesse comum a todos os conveniados”.³²⁹

Afirma Irene Nohara que “os convênios abarcam interesses recíprocos com metas institucionais comuns e objetivam, portanto, um resultado comum alcançado mediante mútua colaboração”.³³⁰

O convênio não é um contrato,³³¹ mas um ajuste administrativo.³³² O objetivo é um resultado comum, mediante mútua colaboração. Nos contratos as vontades são antagônicas; os interesses são opostos e diversos.

Os convênios são atos complexos. São acordos de vontades não contratuais celebrados pelo ente público e outra pessoa. São acordos de cooperação.

No convênio e na parceria há colaboração mútua e não prestação de serviços ao ente público.

Nos convênios, os interesses são recíprocos e os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns, reunindo-se para alcançá-los. Objetiva um resultado comum, com mútua colaboração.

Nos convênios e em outros ajustes similares não existe a “estipulação de obrigações recíprocas”.

Assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o convênio:

“O convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou

³²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

³²⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 244.

³²⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 676.

³²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 358.

³²⁹ MAZZA, Alexandre. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 456.

³³⁰ NOHARA, Irene Patrícia. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 461.

³³¹ No mesmo sentido MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros. 1990, p. 358. Há também julgamento nesse sentido no STF (RTJ 141/619).

³³² GASPARINI, Diógenes. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 303.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

com entidades privadas.

O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei nº 8.666/93, quando, no art. 116, *caput*, determina que suas normas se aplicam aos convênios “no que couber”. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos artigos 1º e 2º”.³³³

Leciona José dos Santos Carvalho Filho:

“No contrato, os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Nesse tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a cooperação, e não o lucro procurado por celebrar contratos.

(...) Nos convênios, ao revés, podem ser vários os polos, havendo um inter-relacionamento múltiplo, de modo que cada participante tem, na verdade, relação jurídica com cada um dos integrantes dos demais pólos”.³³⁴

Para legislar sobre a matéria de licitação e contratos, observa a Administração Pública o disposto no XXVII do artigo 22 da Constituição.

Dispõe o artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 que: “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

Pode ocorrer de o convênio exigir licitação e em outros casos não. O artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 usa a expressão “no que couber”. Logo, pode não ser exigida a licitação no convênio, se não couber.

Ensina José dos Santos Carvalho Filho:

“A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra. É verdade que a Lei 8.666/93 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação ocorre no que couber. Como é lógico, raramente será possível a competitividade que marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. Por outro lado, no verdadeiro convênio inexistente perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação”.³³⁵

A celebração de convênio depende de prévia aprovação pela organização interessada, como se extrai do parágrafo 1º do artigo 116 da citada lei:

“A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações...”.

No convênio administrativo, quando do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da entidade conveniada, não existe intervenção por parte do ente público, não podendo lhe ser imposto o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo conveniado.

³³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28ª edição, São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

³³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28ª edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 228.

³³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 229. O STF já entendeu não precisar de licitação (Inq. 1.957-PR, Rel. Min. Carlos Velloso, em 11.5.2005, Informativo STF n.º 387, maio de 2005).



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Quando a Administração Pública se utiliza de licitação e nos casos de celebração de convênio, não se pode falar em responsabilidade subsidiária.

O parágrafo 6.º do artigo 37 da Constituição se aplica quando a Administração Pública é prestadora de serviço público ou por delegação a particular. Na terceirização, a Administração Pública é tomadora do serviço.

A Administração Pública age de acordo com o princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição). Observa o procedimento de licitação (art. 37, XXI, da Constituição) na contratação de prestadores de serviços.

A utilização de licitação, regra geral, é a forma pela qual são praticados os atos da Administração Pública. As instituições são contratadas mediante concorrência pública.

Não existe culpa *in eligendo* em razão da necessidade de ser feita licitação para a contratação do prestador de serviço.

Na relação de convênio não existe terceirização de mão de obra. O caso, portanto, não é de aplicação do inciso IV da Súmula 331 do TST. O TST inclusive mudou a redação do referido inciso, não mais constando a exclusão da aplicação do parágrafo 1.º do artigo 71 da Lei n.º 8.666/93.

No mesmo sentido os seguintes julgados do TST:

RECURSO DE REVISTA - MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO-CONVÊNIO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - NÃO CONFIGURAÇÃO.

O convênio firmado entre o Município do Rio de Janeiro e a Associação de Moradores e Amigos da Serra Morena não configura contrato administrativo, mas acordo de vontades estabelecido entre o poder público e entidade privada com o intuito de fomentar iniciativas privadas de utilidade pública, não atraindo, por esse motivo, a incidência da responsabilização subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331, IV, desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido (1ª Turma, RR-1.241/2003-031-01-00.0, j. 7.11.2007, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DJ de 14/12/07).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Federação Metropolitana de Centros Comunitários e Associações de Moradores emecam, visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família, não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil objetivando mútua cooperação. Precedentes desta Corte superior (RR-114/2006-014-08-00.2, Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ de 11/10/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Comissão de Bairros de Belém visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil objetivando mútua cooperação. Precedentes desta Corte superior (RR-1.074/2005-003-08-00.1, Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ de 11/10/2007).

RECURSO DE REVISTA - CONVÊNIO CELEBRADO COM ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - INAPLICABILIDADE. Do fato do convênio não se confundir com contrato administrativo, não se há de falar em terceirização de serviços, tampouco em responsabilização subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331 do



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

TST, tendo em vista que houve a celebração de acordo de vontades entre o Município e a entidade privada, com escopo no fomento de atividades de utilidade pública. Ressalte-se que as responsabilidades do ente público, descritas no art. 18 da Lei nº 8.080/90, referem-se à sua competência para avaliar, fiscalizar e controlar a execução dos serviços de utilidade da comunidade prestados pela entidade privada, não se confundindo com a culpa in vigilando, motivo da responsabilização subsidiária, já que não está adstrito ao exame do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa conveniada (RR-553/2006-014-08-40.0, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, DJ 24/8/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Federação Metropolitana de Centros Comunitários e Associações de Moradores FEMECAM visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil, visando à mútua cooperação (RR-1.255/2005-002-08-00.1, j. 5/9/2007, Rel. Min. Lélcio Bentes Corrêa).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. EMPREGADO CONTRATADO POR ENTIDADE PARTICULAR QUE FIRMOU CONVÊNIO COM MUNICÍPIO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. I - Convênio é o acordo de vontades estabelecido entre o Estado e entidades privadas com o escopo de fomentar iniciativas privadas de utilidade pública. II - Não se confunde com terceirização, já que não se trata de contrato, não se aplicando ao caso os termos da Súmula 331 do TST, pois, como o Município não está firmando nenhum tipo de contrato, muito menos de prestação de serviços, não pode ser responsabilizado subsidiariamente. III - As responsabilidades do ente público a que aludem os incisos X e XI do art. 18 da Lei nº 8.080/90 dizem respeito à avaliação, controle e fiscalização da execução dos serviços de saúde por entidades privadas, e não à obrigação do ente público em fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo conveniado, de forma que não há falar em culpa in eligendo e in vigilando. V - Recurso conhecido e provido. VI - Prejudicado o exame dos outros tópicos do recurso de revista (4ª T., RR 161800-84.2005.5.08.0011, j. 20/6/2007, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DJ 10/8/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATAÇÃO DE EMPREGADO POR ENTIDADE PARTICULAR. CONVÊNIO FIRMADO COM O ESTADO DO PARANÁ. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DO TEOR DO ITEM IV DA SÚMULA Nº 331 DESTA CORTE.

1. Ao fomentar a educação ou a saúde - direitos constitucionais sociais insculpidos no artigo 6º da Constituição de 1988, o Estado atua de maneira a efetivar os direitos fundamentais, por todos os meios permitidos em nosso ordenamento jurídico, de forma centralizada ou descentralizada. Nesse contexto, o mero repasse de verbas, por meio de convênio, para a Associação Mantenedora Saint Germain de Curitiba, com vistas à contratação de trabalhadores objetivando a promoção de ensino especial de pessoas carentes, não configura intervenção ou atuação econômica do Estado, mas implementação dos direitos fundamentais sociais, que se erigem em escopos precípuos da nação, motivo pelo qual não se pode reconhecer responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado do Paraná. 2. Recurso de revista conhecido e provido (5ª T., RR v 28.289/2000-005-09-00.2, j. 27.6.2007, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DJ 10.8.2007).

A Orientação Jurisprudencial nº 185 da SDI-I do TST pode ser aplicada por analogia em casos de convênios:



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

“Contrato de trabalho com a Associação de Pais e Mestres - APM. Inexistência de responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado.

O Estado-Membro não é responsável subsidiária ou solidariamente com a Associação de Pais e Mestres pelos encargos trabalhistas dos empregados contratados por esta última, que deverão ser suportados integral e exclusivamente pelo real empregador”.

Não existe responsabilidade subsidiária do ente público quando celebra convênio com outras instituições, seja por falta de previsão legal ou pelo fato de que o convênio não é exatamente uma prestação de serviço. A Súmula 331 do TST não se aplica à questão, pois não se trata de terceirização. Não é, portanto, possível mudar a nota do candidato na questão.

A questão 9 foi considerada integralmente certa. Não se sabe o que o candidato está impugnando, pois na prova não consta anotação de notas para cada uma das questões.

Na questão 10, o candidato não soube distinguir o dano. O candidato acertou o conceito e a cumulação. Suas respostas não são suficientes para aumentar o valor dado na questão.

O conceito do candidato de dano existencial é superficial, pois faz referência apenas à dignidade da pessoa humana.

Flaviana Rampazzo Soares afirma que dano existencial é “a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social”.³³⁶

Leciona Hidemberg Alves da Frota que o “dano existencial se subdivide no dano ao projeto de vida e no dano à vida de relações”.³³⁷

Dano existencial é a conduta praticada por alguém que causa à vítima prejuízo à sua vida pessoal, familiar ou social. Não se trata de um dano patrimonial, mas de uma privação que a pessoa sofre. A vítima tem um prejuízo no seu projeto de vida, no seu projeto familiar.

A família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado (art. 226 da Constituição).

O dano existencial, segundo a Seção Única Suprema Corte de Cassação da Itália, “consiste em cada prejuízo (de natureza não meramente emotiva e interior, mas objetivamente avaliável) provocada por uma ação de fazer do sujeito, que altera o seu costume e a sua relação própria, induzindo-o a escolha de via diversa quanto à expressão e realização da sua personalidade no mundo externo” (Sentença n.º 6.572/2006).

Os doutrinadores não fazem referência a aspecto objetivo, pois inclusive não há lei regulando a matéria.

Fica caracterizado o dano existencial quando o empregado não goza férias por vários anos, trabalha em horas extras de forma excessiva, não tem repouso semanal, impedindo-o de ter contato com sua família, de ter convívio social, de ter lazer (art. 6.º da Constituição), de ir à Igreja, do direito à felicidade,³³⁸ do direito à desconexão do trabalho.³³⁹ Importa prejuízo à existência da pessoa, que se vê privada de fazer o que quiser. É o caso de

³³⁶ SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 44.

³³⁷ FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial, Revista do Tribunal Regional da 13ª Região, João Pessoa: v. 17, n.º 1, 2010, p. 204.

³³⁸ Sobre o tema: **LEAL, Saul Tourinho. Direito à felicidade**: história, teoria, positividade e jurisdição. São Paulo: 2013. 357 f. Doutorado em **Direito** Constitucional. PUC SP.

³³⁹ Sobre o tema: MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP, ano 1, 2006, n.º 1, São Paulo: USP, p. 91.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

empregados que trabalham diuturnamente, que levam serviço para casa, trabalham nas férias, no avião. Estão constantemente conectados com a empresa por meio de equipamentos eletrônicos.

O empregado pode, portanto, deixar de ter contato com seus amigos, deixar de ver o crescimento de seus filhos ou de ajudá-los com seus deveres de escola. Há uma frustração ao seu projeto de vida, à sua existência.

Em decorrência disso pode ter problemas de saúde, mas também ter prejuízos familiares, sociais, educacionais, etc.

O sofrimento pode ou não existir em razão da frustração ao seu projeto de vida ou de perder a possibilidade de realizar alguma coisa.

Julio César Bebber afirma que o impacto gerado no empregado “provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital”.³⁴⁰

Todas as pessoas pensam em ser felizes e ter, portanto, uma plena existência, uma existência digna. Isso não pode ser vilipendiado pelo empregador, trazendo prejuízo ao empregado. A dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da Constituição) é um direito fundamental. É o núcleo da existência da pessoa. Ingo Sarlet assevera que “o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informadoras de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e nesse ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material”.³⁴¹ Leciona José Afonso da Silva que a dignidade da pessoa humana “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

A Constituição determina: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem” (art. 5.º, V); “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5.º, X).

A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma (art. 21 do Código Civil).

O artigo 186 do Código Civil prevê regra genérica no sentido de que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. O dispositivo faz referência a causar dano a outrem. Não prevê expressamente a hipótese de dano, nem enumera hipóteses cabíveis de dano, como ocorre com o Código Civil italiano. Logo, é perfeitamente cabível o dano existencial no Direito brasileiro, desde que fique provado o prejuízo causado à pessoa.

Nos casos *West v. Shepard*, em 1964 e em *Lim v. Camdem*, em 1980, os tribunais americanos decidiram que deve haver a separação entre os danos morais puros e a privação de sensações, do prazer de viver.

No direito americano, no caso *Bennet v. Lembo*, o primeiro causou acidente automobilístico, que causou prejuízos ao segundo, que teve lesões na coluna cervical e não mais podia viajar nas férias, dirigir e deixou de visitar os netos. O tribunal do júri, em 2000, entendeu que deveriam ser separados os diversos danos e deferiu indenização por dano existencial.

³⁴⁰ BEBBER, Julio Cesar. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) – breves considerações. Revista LTr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 73, n. 1, p. 26-29, jan. 2009.

³⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 64.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu, em 1998, que o dano existencial é uma hipótese de lesão à pessoa, considerando sua “vocaçãõ, atitudes, circunstâncias, potencialidades, aspirações, que lhe permite fixar razoavelmente a determinadas expectativas e aceder a elas”.

O Tribunal da Relaçãõ de Guimarães decidiu sobre dano existencial e psíquico decorrente de sequelas de acidente de trânsito para jovem vitimado, que ficou dependente de terceiros.³⁴²

O Tribunal da Relaçãõ do Porto declarou que uma empregada doméstico de meia-idade, que sofreu acidente de trânsito, teve dano existencial em razãõ da dificuldade das relações sociais da pessoa, da incapacidade para o desempenho da atividade profissional de empregado doméstica.³⁴³

A Corte Constitucional da Itália considerou que o dano não patrimonial biológico, à saúde, independe de repercussãõ financeira ou econômica (Sentença n.º 184, de 14 de julho de 1986).

O Tribunal de Relaçãõ de Coimbra afirmou que “a privaçãõ da capacidade de desempenho de uma atividade relacionada com a habilitaçãõ profissional superior específica de que o autor é titular, com restrições no âmbito da prestaçãõ intelectual, traduz-se num dano biológico limitativo da capacidade de gozar a vida, num prejuízo concreto de afirmaçãõ pessoal – *prejudice d’agrément*, ou de fruiçãõ dos prazeres da vida”.³⁴⁴

Wilson de Melo da Silva afirma que “danos morais sãõ lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposiçãõ ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”.³⁴⁵

Silvio de Salvo Venosa menciona que dano moral é “o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, abrangendo também os direitos da personalidade, direito à imagem, ao nome, à privacidade, etc.”.³⁴⁶

Consiste o dano moral na lesãõ sofrida pela pessoa no tocante à sua personalidade. Compreende, portanto, o dano moral um aspecto não econômico, não patrimonial, mas que atinge a pessoa no seu âmago.³⁴⁷

Atinge o dano moral a honra, a intimidade, a imagem da pessoa, a personalidade, o íntimo do ser humano. Implica dor, angústia da pessoa com o ato praticado por alguém.

O dano moral envolve um aborrecimento extremo, um desgosto profundo, uma contrariedade. É uma perturbaçãõ da psique do indivíduo.³⁴⁸ É o que a pessoa sente.

O dano existencial é algo que causa prejuízo ao empregado em razãõ da continuidade do ato que deixou de proporcionar ao trabalhador o contato com sua família, com

³⁴² Proc. 1.152/04.2, Apelaçãõ n.º 560/2000, Acórdãõ de 23 de maio de 2004, Rel. juiz desembargador José M. C. Vieira e Cunha.

³⁴³ Acórdãõ de 31 de março de 2009, Proc. 3.3138/06.7TBM.TS.P1, rel. juiz desembargador José Manuela Cabrita Vieira e Cunha.

³⁴⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 93.

³⁴⁵ SILVA, Wilson Melo da. Dano moral e sua reparaçãõ. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 1.

³⁴⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. Responsabilidade civil. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 35.

³⁴⁷ MARTINS, Sergio Pinto. Dano moral decorrente do contrato de trabalho. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23.

³⁴⁸ ALMEIDA NETO, Amaro Alves. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista de Direito Privado, n.º 24, outubro-dezembro de 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 34.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

os amigos, de praticar um esporte, etc. Compreende um aspecto de não mais poder fazer aquilo que queria. Pode decorrer da frustração que o trabalhador tem por não ter feito um curso ou ter terminado a faculdade em razão do excesso de trabalho exigido pelo empregador. A pessoa não vai mais poder fazer aquilo que pretendia.³⁴⁹

Se o dano é denominado existencial, não é, portanto, moral.

O prejuízo em valor que a pessoa teve é dano material e não dano existencial.

Tem-se dito que o dano moral independe de prova, ou seja, prova-se por si mesmo, presume-se sua existência (*in re ipsa*). Exemplo pode ser da mãe que perdeu o filho. Presume-se que ela tem uma dor moral. Não há necessidade de prova, segundo essa teoria. Ao contrário, no dano existencial, há necessidade de que o autor prove suas alegações para fazer jus a indenização. Não é possível presumir o dano existencial.

O candidato não respondeu integralmente o que abaixo segue:

Costuma-se dizer que a dor não tem preço, daí porque se fixar um valor para compensá-la e não indenizá-la. No dano existencial, também haverá esse mesmo problema.

O objetivo do valor da indenização é a reparação integral, o *restitutio in integrum*.

O juiz deve levar em conta os seguintes elementos para fixar o valor da indenização:

- a- situação financeira dos litigantes;
- b- discernimento do ofensor sobre a gravidade do fato;
- c- gravidade do ato;
- d- grau de cultura e posição social do ofensor;
- e- estabelecer punição pedagógica, visando evitar a reincidência no ato;
- f- intensidade do dolo ou da culpa;
- g- a repercussão da ofensa, como na sociedade e no ambiente de trabalho;
- h- posição social do ofendido, verificando a moral do homem médio. Empregados mais conhecidos na empresa devem ter indenização maior se a divulgação é do conhecimento geral.

Dispôs a Lei n.º 12.846/13 sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. O artigo 7.º da Lei n.º 12.846/13 estabeleceu que “serão levados em consideração na aplicação das sanções:

- I - a gravidade da infração;
- II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- III - a consumação ou não da infração;
- IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;
- V - o efeito negativo produzido pela infração;
- VI - a situação econômica do infrator;
- VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;
- VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;
- IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados”.

³⁴⁹ Pontes de Miranda já entendia que havia impropriedade técnica na equiparação de danos extrapatrimoniais ao dano moral (Tratado de direito privado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. XXVI, p. 30-31.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

A Seção Única da Suprema Corte de Cassação de Itália asseverou que a reparabilidade do dano existencial exige, unicamente, a presença da: a- injustiça do dano; b- lesão a uma posição constitucionalmente garantida (Sentença n.º 500/1999).

Deve o magistrado sopesar os itens acima para fixar a justa indenização para cada caso em concreto. Não poderá fixar, porém, a indenização de forma arbitrária. O juiz deverá fixar a indenização de forma prudente e moderada. Não poderá, portanto, fixar indenização de forma exagerada ou desproporcional.

O juiz deve, por conseguinte, ter bom senso na fixação da indenização. Não pode ser fixada indenização exagerada.

Na fixação da indenização por dano deve atentar o juiz para o antigo artigo 400 do Código Civil de 1916, que indica o binômio necessidade/possibilidade na fixação de alimentos: “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”. O artigo 1.695 do Código Civil de 2002 tem uma redação um pouco diferente, mas dá a entender o mesmo: “são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”.

Assim, deve-se usar da razoabilidade na fixação da indenização, da lógica do razoável de que nos fala Recaséns Siches.³⁵⁰ Razoável é o comedido, moderado, sensato. O valor é fixado de forma proporcional ao dano cometido.

Mostra indiretamente o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil que a indenização deve ser fixada de forma proporcional ao agravo sofrido. Isso indica a utilização do princípio da proporcionalidade, da razoabilidade.

A indenização tem objetivos pedagógicos, de evitar que o réu incorra no mesmo ato novamente. Visa desestimular ou inibir situações semelhantes, pois é sabido que o bolso é a parte mais sensível do corpo humano, como se diz no âmbito popular. Tendo o ofensor um dispêndio financeiro com o ato que praticou, vai evitar a prática novamente do mesmo ato.

Como afirma Valdir Florindo: o montante da indenização deve traduzir-se em advertência ao lesante e à sociedade, de que comportamentos dessa ordem não se tolerará.³⁵¹

Leciona Carlos Alberto Bittar que “a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante”.³⁵² “Coaduna-se essa postura, ademais, com a própria índole da teoria em debate, possibilitando que se realize com maior ênfase, a sua função inibidora, ou indutora de comportamentos. Com efeito, o peso do ônus financeiro é, em um mundo em que cintilam interesses econômicos, a resposta pecuniária mais adequada a lesionamentos de ordem moral”.³⁵³

A indenização por dano moral não pode, porém, ser fundamento para o enriquecimento do lesado, mas apenas compensar ou reparar o dano causado. Não pode também ser fundamento para arruinar financeiramente o réu, que deixará de pagar a indenização. Não

³⁵⁰ RECASÉNS SICHES, Luis. Nueva filosofía de la interpretación del derecho, México, Fondo de Cultura Económica, 1956.

³⁵¹ FLORINDO, Valdir. Dano moral e o Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, p. 206.

³⁵² BITTAR, Carlos Alberto. A reparação civil por danos morais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 220.

³⁵³ BITTAR, Carlos Alberto. A reparação civil por danos morais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 222.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

pode constituir um prêmio de loteria. Como afirma Caio Mário da Silva Pereira, a indenização não pode ser “tão grande que converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva”.³⁵⁴

A jurisprudência adotou a mesma orientação:

“... A indenização a ser arbitrada deverá ser, nem tão grande que se converta em enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva, como se extrai da lição escoreita de Caio Mário Pereira da Silva” (TRT 3ª R., 2ª T., RO 21719/99, Rel. Juiz Wanderson A da Silva, DJ MG 21.6.2000, p. 17, RDT 07/00, p. 53).

Dispõe o artigo 953 do Código Civil que a indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. O parágrafo único do artigo 953 do Código Civil determina que se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. Isso foi regamente feito.

Não cabe, portanto, o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem liberdade para essa valoração.

Há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se faça. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

A exposição fática e jurídica do candidato não é suficiente para obter 6,0. O conhecimento demonstrado não possibilita o aumento da nota.

A finalidade do recurso não é rever praticamente toda a prova, como pretende o recorrente.

O examinador não tem de ficar explicando o que o candidato acertou ou errou na questão para justificar a nota dada. Não se está na Faculdade de Direito para justificar a correção da questão ao candidato.

³⁵⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro. Forense, 1990, p. 176.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Em síntese, a pretensão do candidato não merece acolhimento, cumprindo assinalar que todas as respostas foram cuidadosamente analisadas pelos membros da comissão examinadora, não havendo registro de atribuição de nota no caderno de prova para assegurar a independência de cada integrante, ao avaliar a compreensão da questão pelo candidato, fundamentação adequada, conhecimento da língua pátria e da existência de relevante controvérsia em nível doutrinário e jurisprudencial.

Pelo exposto, conheço do recurso e, no mérito, **nego-lhe provimento**, mantendo as notas que foram atribuídas ao candidato recorrente.

São Paulo, 12 de novembro de 2015.

Sergio Pinto Martins

Relator

Nº do Recurso

RECURSO Nº 46

Identificação do Candidato

Bruno Leite Pinto

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro.

VOTO (RELATOR)

Natureza: **RECURSO Nº 46 – XL Concurso para Ingresso na Magistratura**

Recorrente: Candidato 533

Relator: Desembargador Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro

Notas do Candidato: Examinadores:

Dr. Sergio Pinto Martins: 4,0

Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro: 4,5

Dr. Geraldo Baraldi Júnior: 4,0

Vistos, etc.

1. O candidato pede a majoração da sua nota na 1ª prova discursiva. Para tanto, o candidato tenta justificar as ideias defendidas nas respostas de 8 questões, citando, inclusive, jurisprudência em abono às posições adotadas durante a prova. De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 – (...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2. O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um “segundo turno” de avaliações das provas. O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3. A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. E isso foi regiadamente feito.

4. Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5. E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6. Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7. Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

8. Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, NEGOU PROVIMENTO do recurso.

São Paulo, 28 de outubro de 2015.

DR. RAFAEL E. PUGLIESE RIBEIRO

Desembargador Federal – Relator

DR. SÉRGIO PINTO MARTINS

Desembargador Federal

DR. GERALDO BARALDI JÚNIOR

Rep. Ordem dos Advogados do Brasil

Nº do Recurso

RECURSO Nº 47

Identificação do candidato

Thiago Silva Junqueira

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Relator: Ilmo. Sr. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

VOTO (RELATOR)

Recurso interposto quanto às notas apresentadas pela Banca Examinadora da primeira prova escrita da segunda fase do concurso.

Recurso 47

Prova: 560

Vistos, etc.

Trata-se de recurso interposto por candidato que realizou prova escrita acima destacada na segunda fase do Concurso para o cargo de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região.

Em resumo, sustenta que todas as notas finais atribuídas pelos Examinadores devem ser majoradas pelas razões expostas no respectivo apelo. Pede, ainda, a nulidade parcial na pergunta 02 do certame, em especial, letra “b” e “c” em vista da matéria contida nas alíneas não fazerem parte do Edital do Concurso.

É o relatório

V O T O

XIII. NULIDADE DA PERGUNTA 02 DA PRIMEIRA PROVA DISCURSIVA

O candidato sustenta que a questão nº 2 versava matéria tributária e esta não se encontrava prevista no edital de concurso. O equívoco do candidato é notório. 9.1. A questão versa sobre uma das realidades do cotidiano do Juiz do Trabalho, alusiva à possibilidade jurídica e utilidade prática de uma alienação de bem imóvel em hasta pública que conte com crédito tributário. A pendência de crédito tributário sobre o bem imóvel adquirido em hasta pública abre questão para numerosas situações jurídicas, que vão desde a inviabilidade de venda do bem, até à solução de incidentes póstumos à alienação, como a possível desistência do arrematante pelo bem, caso não tenha constado do edital os ônus pretéritos. Era muito importante que o candidato soubesse solucionar as duas situações práticas apresentadas, e dentre elas, em especial, a hipótese de o crédito tributário se revelar SUPERIOR ao produto da alienação. Isso estava a exigir do candidato conhecimento sobre a ordem de preferência do crédito trabalhista frente ao crédito tributário, e como solucionar o problema apresentado. A questão não exigiu do candidato NENHUM conceito de direito tributário, nenhuma definição tributária, senão conhecimentos específicos de direito processual, ou seja, conhecimento de arrematação, validade da arrematação, destinação de parte do produto arrecadado para pagamento do crédito tributário e preferência do crédito trabalhista. Não se pediu para definir “fato gerador”, não se pediu para definir “crédito tributário”. A cultura jurídica do candidato que almeja o cargo de Juiz do Trabalho deve ser apta a solucionar a situação proposta, com a qual ele irá se deparar no exercício da função.

Assim, não há nulidade a ser declarada.

XIV. MÉRITO

Inicialmente, enfatiza-se que o candidato não obteve aprovação no certame de nenhum dos 03 examinadores da banca já que suas notas foram 5,50, 5,50 e 5,00 respectivamente. Uma ou outra diferença decorria, se fosse o caso, da definição individual de cada examinador.

De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 –

(...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2.

O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova.

As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um segundo turno de avaliações das provas.

O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”

E isso foi regamente feito.

4.

Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor.

A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5.

E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato.

Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial).

Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas.

Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, nada há para ser alterado.

DO EXPOSTO,

CONHEÇO do recurso interposto pelo candidato autor da prova nº “560” da primeira prova escrita da segunda fase do LX Concurso para provimento do cargo de Juiz Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região e, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO** para manter as notas que lhe foram atribuídas quando da correção de sua prova pela Banca Examinadora.

Geraldo Baraldi Junior

- Relator -

Relator

Nº do Recurso

RECURSO Nº 48

Identificação do Candidato

Saulo Caetano Coelho

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins.

VOTO (RELATOR)

Vistos, examinados, etc.

Trata-se de recurso interposto em face do resultado obtido na 1ª prova escrita discursiva – 2ª etapa do XXXIX Concurso para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, identificado com o número 48. Em síntese, pretende o candidato a reavaliação dos pontos atribuídos às questões 4, 5, 6, 7, 9 e 10. Pretende a revisão das notas das questões citadas.

É o relatório.

Decide-se:

1. Conheço do recurso, eis que regular e tempestivo, conforme certificado pela Secretaria da Comissão do Concurso a fls. 02.

2. No mérito, verifica-se que o candidato, apesar da vista de prova a que teve direito e do tempo transcorrido para melhor reflexão sobre as questões, não foi capaz de promover uma autocrítica e identificar as próprias falhas, pretendendo estabelecer um diálogo com a Comissão Examinadora.

O candidato pede a revisão das notas das questões, mas não constam anotações na sua prova a respeito de qual nota foi dada a cada uma das questões.

O entendimento do candidato é absolutamente errado a respeito do dissídio coletivo, pois não se trata de hipótese de substituição processual. O Sindicato, no caso, representa a categoria em juízo (art. 513, a, da CLT). É hipótese de representação processual.³⁵⁵

³⁵⁵ No mesmo sentido Magano, Octavio Bueno. Direito coletivo do trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1993, vol. III, p. 137.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

A jurisprudência citada no recurso, que não consta da prova, diz respeito a processos em que Sindicato postula como substituto processual em relação a substituídos e não quanto a dissídio coletivo.

Na questão não foi falado sobre se o Ministério Público do Trabalho pode propor o dissídio e em que casos. Não foi dito na prova se o Presidente do TRT pode ainda suscitar dissídio coletivo. O titular do direito não é a categoria, mas são os trabalhadores. A categoria tem conceito sociológico. A questão não pede para falar a respeito de comum acordo.

Na questão 5 não era o caso de comparar dois valores: a inspeção do trabalho e a inviolabilidade de domicílio, mas só o último. O candidato não tratou do flagrante delito, que poderia ocorrer no trabalho escravo em domicílio. O artigo 11-A da Lei n.º 10.593/02 foi considerado respondido pela comissão. Considerei 0,9 na questão.

Na questão 6 faltou muita coisa, pois o candidato não estabeleceu a distinção entre a Fundação Pública e Privada. Fez afirmações pontuais, mas não fez a distinção. Esperava-se resposta no seguinte sentido:

Determina o inciso IV do artigo 5.º do artigo do Decreto-lei n.º 200/67 que fundação pública é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

Dispõe o inciso XIX do artigo 37 da Constituição que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”. Essa lei complementar não existe até o momento.

Distingue-se a fundação pública da fundação privada.

As fundações privadas são pessoas jurídicas de direito privado (art. 44, III, do Código Civil). A fundação privada será criada por escritura pública ou testamento, com dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. (art. 62 do Código Civil). A fundação privada somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência. A fundação pública será criada por lei ou a lei autorizará a sua criação. Não será criada a fundação pública por escritura pública ou por testamento.

Afirma Adilson de Abreu Dallari que “quando a lei cria diretamente uma fundação tem-se uma fundação pública, dotada de personalidade de direito público, até porque a lei não pode criar pessoa privada”.³⁵⁶ É o que ocorre quando a fundação é instituída por lei federal, estadual ou municipal. A Administração Pública direta ou indireta está sujeita ao princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição), a só fazer aquilo que a lei determina.

Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona que a fundação tem natureza pública quando “é instituída pelo poder público com patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e, destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de auto administração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei”.³⁵⁷ Destaca as suas características: a- dotação patrimonial ou inicial do ente governamental; b- personalidade jurídica; c- desempenho de atividade atribuída ao Estado no âmbito social; d- capacidade auto-

³⁵⁶ DALLARI, Adilson de Abreu. Regime constitucional dos servidores públicos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 44.

³⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 320.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

administrativa; e- sujeição ao controle administrativo ou tutela por parte da Administração direta.³⁵⁸

Celso Antonio Bandeira de Mello leciona que “é absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as fundações públicas são pessoas de Direito Privado. Na verdade, são pessoas de Direito Público,...; Saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda, que se lhe atribua outra qualificação. Entretanto, foram batizadas de pessoas de Direito Privado apenas para se evadirem destes controles moralizadores ou, então, para permitir que seus agentes acumulassem cargos e empregos, o que lhes seria vedado se fossem reconhecidas como pessoas de Direito Público”.³⁵⁹

A fundação pública não tem fins lucrativos. É formada por meio de dotação do Estado. São recursos da Fundação as dotações, subvenções, contribuições que o Estado anualmente consignar em seus orçamentos. No caso de extinção da fundação, seus bens e direitos são incorporados ao patrimônio do ente público que a criou.

Tem direito a fundação pública a isenção de tributos em relação ao ente da Administração Pública que pertencer.

A fundação pública não pode aplicar em despesas administrativas, inclusive de pessoal, mais que determinado porcentual do seu orçamento. Isso também mostra que se trata de determinação de Direito Administrativo.

Atendidos tais requisitos a fundação é considerada pública e não privada.

O STF já afirmou que “nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o §2.º do art. 99 da Constituição Federal” (RE 101.126/84, Rel. Min. Moreira Alves).

A jurisprudência do TST indica quando a fundação é considerada pública:

FUNDAÇÃO PÚBLICA. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. ESTABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. 1 - Reconhecidamente criada por lei, com fins assistenciais de indiscutível escopo público e alcance social, a FURP, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, reveste-se de natureza eminentemente pública, devendo reger-se pelas normas e princípios de Direito Público.

2 - Consoante o disposto no artigo 19 do ADCT, a estabilidade especial no serviço público abarca os servidores das fundações públicas que já estavam em exercício há, pelo menos, cinco anos continuados na data da promulgação da Constituição Federal e que não tenham sido admitidos por meio concurso público.

3 - Na hipótese, o reclamante foi admitido em 2/4/1982, vindo a ser dispensado em 9/8/1994, quando contava com mais de 13 (treze) anos de serviço continuado para a Fundação. Atendidos todos os requisitos constantes do artigo 19 do ADCT, necessários para assegurar a estabilidade no emprego, dá-se provimento ao recurso de revista para determinar a reintegração do reclamante no emprego. (1ª Turma, RR - 689676-57.2000.5.02.0314, j. 2/4/2008, Relator Ministro: Lélío Bentes Corrêa, DJ 2/5/2008).

³⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, p. 320.

³⁵⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 15ª ed, São Paulo: Malheiros, 2003, 169.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

FUNDAÇÃO PÚBLICA. ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL. ARTIGO 19 DO ADCT/CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. FURP. A fundação pública, cuja noção está definida pelo artigo 5º, inciso IV e § 3º, do Decreto-Lei nº 200/67, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, ostenta natureza pública, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988, em face do que consta especialmente da redação dos seus artigos 37, XIX, 39 e 40, caput. Seus empregados, assim, são abarcados pela estabilidade especial no serviço público regulada pelo artigo 19 do ADCT, que também alude expressamente aos servidores das fundações públicas, desde que observados os requisitos delineados no seu caput e parágrafos, sendo, portanto, nula a dispensa do servidor nessas circunstâncias, porquanto implementados todos os pressupostos de natureza constitucional para a referida estabilização, daí por que se lhe assegura a reintegração no serviço público do qual fora ilicitamente afastado. Incidência dos arts. 37, XIX, e 39 da Constituição Federal e 19 do ADCT. Recurso do reclamante conhecido e provido (1ª Turma, RR - 678030-43.2000.5.02.5555, j. 24/9/2003, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, DJ 5/3/2004). Sendo Fundação Pública, o processamento da execução é por precatório (art. 100 da Constituição). O TST já decidiu no mesmo sentido em relação a reclamada, por considerá-la Fundação Pública (TST, 5ª T., AIRR 1.576/1995-311-02-40.6, j. 25.6.2008, Rel. Min. Brito Pereira, DJ 01/08/2008; 1ª T., ED-RR 788.028/01.8, j. 25.5.2005, Rel. Guilherme Augusto Caputo Bastos).

Têm direito à isenção das custas as fundações públicas federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica (art. 790-A da CLT).

As fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que não explorem atividade econômica têm direito a dispensa do depósito recursal, prazo em quádruplo para ser marcada audiência (art. 841 da CLT) e em dobro para recorrer, remessa de ofício das decisões que lhe sejam total ou parcialmente contrárias. Está dispensada de fazer assistência no sindicato na rescisão do contrato de trabalho (art. 1º do Decreto-lei n.º 779/69). Não estão sujeitas as fundações ao procedimento sumaríssimo (§ único do art. 852-A da CLT).

O pagamento das verbas devidas pela fundação pública é feito por meio de precatório (art. 100 da Constituição) ou de requisição de pequeno valor.

Os empregados da fundação pública são admitidos por concurso público (art. 37, II, da Constituição, S. 331, II, do TST), mas são regidos pela CLT (§1.º do art. 2.º da CLT). Não são funcionários públicos, mas se enquadram no gênero servidor público.

A Justiça do Trabalho tem competência para examinar as ações propostas por trabalhadores contra as fundações públicas, se forem empregados públicos (art. 114, I, da Constituição). Será incompetente a Justiça do Trabalho para tratar de ações de funcionários públicos, que têm regime estatutário, propostas contra fundações públicas, segundo o entendimento do STF (ADIn 3.395-6/DF, j. 5.4.06, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU 10.11.2006).

Se o empregado tiver cinco anos de trabalho antes da vigência da Constituição de 1988, tem direito a estabilidade (art. 19 do ADCT).

O candidato falou apenas do regime da CLT e da isenção das custas. Sua resposta à questão 6 é incompleta e insuficiente, mas foram consideradas as demais afirmações feitas na prova.

Quanto à questão 7, o candidato desconhece a alteração dos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91.

A concessão definitiva da aposentadoria por invalidez pode levar muito tempo para ser decidida pelo órgão previdenciário. Enquanto isso, o empregador não sabe o que fazer. Já afirmou Raimundo Cerqueira Ally, sobre prolongamento do afastamento do empregado



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

por doença e a ocupação de imóvel do empregador, que “o problema é crítico e não encontra na lei, na doutrina e na jurisprudência solução plausível”.³⁶⁰

Leciona Mozart Victor Russomano que “aposentadoria por invalidez é o benefício decorrente da incapacidade do segurado para o trabalho, sem perspectiva de reabilitação para o exercício de atividade capaz de lhe assegurar a subsistência”.³⁶¹

Dispõe o artigo 475 da CLT, que tem a redação original de 1943, que o empregado aposentado por invalidez tem seu contrato de trabalho suspenso durante o prazo fixado pelas leis de previdência para a efetivação do benefício (art. 475 da CLT). Reza o parágrafo 1.º do artigo 475 da CLT, com a redação determinada pela Lei n.º 4.824, de 5 de novembro de 1965, que recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria.

Prevvia o parágrafo 3.º do artigo 4.º da Lei n.º 3.332, de 26 de janeiro de 1957, que a aposentadoria por invalidez era definitiva, quando completava cinco anos de vigência.

Determinava o parágrafo 6.º do artigo 27 da Lei n.º 3.807/60 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional. Entendia-se com base nesse dispositivo que, após os 55 anos, a aposentadoria por invalidez era definitiva e o segurado não tinha mais condições de se recuperar, tanto que não mais se exigiam exames médicos.

A Súmula 217 do STF foi editada em 11 de julho de 1963, quando foi publicada no Diário de Justiça da União. Seu fundamento é o artigo 475 da CLT. Esclarece que tem direito de retornar ao emprego, ou ser indenizado em caso de recusa do empregador, o aposentado que recupera a capacidade de trabalho dentro de cinco anos a contar da aposentadoria, que se torna definitiva após esse prazo.

O antigo Prejulgado n.º 37 do TST, de 21 de setembro de 1971, estabeleceu que “cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei”.

Estabelecia o parágrafo 7.º do artigo 6.º da Lei n.º 5.890/73 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional.

Prescrevia o artigo 7.º da Lei n.º 5.890/73 que a aposentadoria por invalidez seria mantida enquanto a incapacidade do segurado persistisse, ficando ele obrigado a submeter-se aos exames que, a qualquer tempo, fossem julgados necessários para verificação da manutenção, ou não, dessas condições. Verificada a recuperação da capacidade de trabalho do segurado aposentado, procedia-se da seguinte forma: I- se, dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria, ou de três anos, contados da data em que terminou o auxílio-doença em cujo gozo se encontrava, for o aposentado declarado apto para o trabalho, o benefício ficará extinto: a- imediatamente, para o segurado empregado, a quem assistirão os direitos resultantes do disposto no artigo 475 e respectivos parágrafos da CLT, valendo como título hábil, para esse fim, o certificado de capacidade fornecido pela previdência social; ... II- se a recuperação da capacidade de trabalho ocorrer após os prazos estabelecidos no item anterior, bem assim quando, a qualquer tempo, essa recuperação não for total, ou for o segurado

³⁶⁰ ALLY, Raimundo Cerqueira. Normas previdenciárias no direito do trabalho. 3ª ed. São Paulo: IOB, 1989, p. 111.

³⁶¹ RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 135.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo do trabalho, sendo reduzida em 18 meses até sua extinção.

Estabeleceu o Decreto n.º 83.080/79 (Regulamento de Benefícios da Previdência Social) que “se o segurado é declarado apto para o trabalho após o prazo do item I, se, a qualquer tempo a recuperação não é total ou se o segurado é declarado pela previdência social apto para o trabalho diverso do que anteriormente exercia, a aposentadoria é mantida, sem prejuízo da volta ao trabalho” (art. 119, II). Trabalho é o esforço da pessoa para um determinado fim econômico.

A Resolução Administrativa 102/82 do TST, publicada no Diário de Justiça da União de 11 de outubro de 1982, transformou o Prejulgado 37 na Súmula 160.

A redação do Decreto n.º 89.312/84 é um pouco diferente do regulamento anterior: “Quando a recuperação ocorre após o período do item I, ou não é total, ou o segurado é declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a aposentadoria é mantida, sem prejuízo da volta à atividade” (art. 31, II). Atividade é a atribuição ou serviço desempenhado pela pessoa.

Mostra o artigo 42 da Lei n.º 8.213/91 que o benefício de aposentadoria por invalidez é devido enquanto permanecer nesta condição (for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência).

O inciso I do artigo 47 da Lei n.º 8.213/91 dispõe que quando a recuperação do aposentado por invalidez ocorrer dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a antecedeu sem interrupção, o benefício cessará. Mostra o inciso II do mesmo artigo que se a recuperação for parcial, ou ocorrer após o prazo de cinco anos, ou ainda quando o segurado for declarado apto para o exercício de trabalho diverso do qual habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo da volta à atividade, sendo o benefício extinto no prazo de 18 meses a contar da recuperação da capacidade.

Disponha o artigo 101 da Lei n.º 8.213, na sua redação original, que o segurado em gozo de aposentadoria por invalidez ou de auxílio-doença e o pensionista inválido, enquanto não completassem 55 anos, estavam obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado. Esse artigo teve a redação alterada pela Lei n.º 9.032/95, que não mais fez referência à idade de 55 anos. Assim, não existia mais idade limite de 55 anos para o segurado fazer exames médicos em caso de invalidez para ser considerada definitiva a aposentadoria.

Posteriormente, passou-se a entender que a aposentadoria por invalidez é provisória, pois o segurado pode, em certos casos, recuperar-se.³⁶²

O STJ já entendeu que a aposentadoria por invalidez não é definitiva, mesmo depois de cinco anos, se o aposentado recupera a capacidade de trabalho (REsp 460.331, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 20.11.2006, DJ 11.12.1006, p. 405).

A Instrução Normativa INSS/ PRES 77, de 21 de janeiro de 2015, afirmava que a perícia médica deveria rever o benefício de aposentadoria por invalidez a cada dois anos (art. 222).

A Súmula 440 do TST afirma que o contrato de trabalho está suspenso na aposentadoria por invalidez, mas o empregado tem de ser mantido no Plano de Saúde.

Outra solução poderia ser que a aposentadoria é compulsória para o empregado que completa 70 anos de idade e para a empregada com 65 anos (art. 51 da Lei n.º

³⁶² MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 348.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

8.213/91). Atingidas as referidas idades, a aposentadoria por invalidez também seria definitiva e não provisória.

Prescreve o artigo 475 da CLT:

“Art. 475 - O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

§ 1º - Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização deverá ser paga na forma do art. 497. ([Redação dada pela Lei nº 4.824, de 5.11.1965](#))

§ 2º - Se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da interinidade ao ser celebrado o contrato”.

Sob o ângulo trabalhista, a aposentadoria por invalidez é hipótese de suspensão dos efeitos do contrato de trabalho.

Determina o artigo 475 da CLT que o empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

Não há na lei previdenciária prazo de duração para a efetivação da aposentadoria por invalidez.³⁶³

Em Portugal, por exemplo, a reforma do trabalhador por velhice ou invalidez importa a caducidade do contrato de trabalho (art. 343, c, do Código de Trabalho), com a cessação automática do pacto laboral. Ensina Antonio Lemos de Monteiro Fernandes que a preocupação do legislador foi “de libertar efetivamente postos de trabalho a partir de certo momento - o da obtenção da reforma - preocupação surgida no contexto de uma grave crise de desemprego”.³⁶⁴

O Código de Trabalho português mostra que a suspensão do contrato de trabalho pode fundamentar-se na impossibilidade temporária (art. 330º, 1). Logo, não pode ser definitiva nem durar longo tempo.

A suspensão dos efeitos do contrato de trabalho não poderia ser indefinida, pois causa insegurança jurídica ao empregador, que não sabe quando se poderá contar com o empregado que foi aposentado por invalidez.

A aposentadoria por invalidez não é permanente. Ela é provisória até que o médico diga que o trabalhador não tem mais capacidade de recuperação, quando será considerada definitiva.³⁶⁵

A Lei n.º 13.063, de 30 de dezembro de 2014, acrescentou os parágrafos 1.º e 2.º ao artigo 101 da Lei n.º 8.213/91:

“Art. 101. O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a

³⁶³ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários às Súmulas do TST. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.103.

³⁶⁴ FERNANDES, Antonio Lemos de Monteiro. Direito do Trabalho. 8ª edição. Coimbra: Almedina, 1992, p. 438.

³⁶⁵ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários á CLT. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 508.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

§ 1.º O aposentado por invalidez e o pensionista inválido estarão isentos do exame de que trata o caput após completarem 60 (sessenta) anos de idade.

§ 2.º A isenção de que trata o § 1.º não se aplica quando o exame tem as seguintes finalidades:

I - verificar a necessidade de assistência permanente de outra pessoa para a concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício, conforme dispõe o art. 45;

II - verificar a recuperação da capacidade de trabalho, mediante solicitação do aposentado ou pensionista que se julgar apto;

III - subsidiar autoridade judiciária na concessão de curatela, conforme dispõe o art. 110”.

Na verdade, não se trata de isenção, pois esta diz respeito a dispensa legal do pagamento de tributo. Trata-se da dispensa de se fazer o exame médico.

A norma jurídica regulamentou situação da prática, em que em alguns casos já se deixava de fazer perícia depois do segurado atingir a idade de 60 anos.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia afirma que “há possibilidade de se entender que, após essa idade (60 anos), a situação passa a ter contornos mais definitivos, permitindo a extinção do contrato de trabalho pelo empregador”.³⁶⁶

A conclusão que se extrai da alteração feita no parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 é que a partir de 60 anos o INSS não fará mais exame médico pericial o aposentado por invalidez e pensionista inválido não mais está obrigado a fazer exame médico periódico bienal quando completarem 60 anos (§1.º do art. 101 da Lei n.º 8.213), que está de acordo com a idade do idoso (art. 1.º da Lei n.º 10.741/03). Assim, a aposentadoria por invalidez será definitiva. Há presunção legal de que aos 60 anos não precisa ser feita perícia. Logo, os efeitos do contrato de trabalho do empregado com o empregador não estarão mais suspensos, pois estará efetivado o benefício (art. 475 da CLT) e poderá ser rescindido o contrato de trabalho do aposentado por invalidez.

A redação da lei não faz distinção quanto a sexo. Logo, tanto homem como mulher não mais precisam fazer perícia por invalidez depois dos 60 anos.

Com a determinação da Lei n.º 13.063/14 fica derogado o artigo 71 da Lei n.º 8.212/91 não ponto em que exige que o INSS faça revisão periódica do benefício de aposentadoria por invalidez.

Foram estabelecidas três exceções no parágrafo 2.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91 para efeito de continuar a ser feito o exame médico:

- a- se há necessidade de assistência permanente de outra pessoa, referente ao acréscimo de 25%;
- b- se o próprio aposentado solicita retorno ao trabalho;
- c- se a autoridade judiciária solicita a perícia para fins de curatela.

O candidato não fez referência aos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91

A conclusão que se chega hoje é de que a aposentadoria por invalidez, de um modo geral, é provisória. Ela só será definitiva quando o médico assim entender, pois o segurado não é mais susceptível de recuperação. Passados cinco anos da concessão da aposentadoria por invalidez, não importa que ela venha a ser definitiva, pois o trabalhador pode se recuperar.

³⁶⁶ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito da seguridade social. São Paulo: Gen/Forense, 2015, p. 399.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Lecliana Lilian Gonçalves que “não restam dúvidas de que, sob o prisma previdenciário, a aposentadoria por invalidez não pode ser tida como definitiva, irreversível, total, plena e incondicional. Ao contrário, diante dos inquestionáveis e crescentes avanços da medicina, inovações terapêuticas e tecnológicas, bem como do sucesso das técnicas de reabilitação profissional, o trabalhador pode recuperar sua aptidão para o trabalho. Desse modo, o benefício deve ser mantido somente enquanto perdurar a condição de incapacidade, nada justificando onerar o sistema público, quando inexistente verdadeiro fato desencadeador e mantenedor da benesse”.³⁶⁷

O empregador, porém, não pode ficar aguardando indefinidamente o empregado, pois necessita de trabalhador para fazer o serviço daquele. Na prática, muitas vezes a empresa contrata substituto interinamente.

Com a nova redação do parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 pode ser dito que a partir de 60 anos o INSS a aposentadoria por invalidez será definitiva, pois não haverá mais necessidade de se fazer exame médico pericial no aposentado por invalidez e pensionista inválido.

Nos casos em que o trabalhador se recupera e a aposentadoria é cancelada, o empregador poderá dispensar o trabalhador, pagando as verbas rescisórias pertinentes (§1.º do art. 475 da CLT).

Abordar significa chegar à beira ou borda de; abalroar uma embarcação para tomá-la de assalto. É originária do francês *aborder*. Constitui galicismo desnecessário o emprego da palavra no sentido de tratar de um assunto.³⁶⁸ O candidato não tratou devidamente do foi objeto de questionamento. Não se trata de abordar. Logo, não é o caso de rever a sua nota. Não é, portanto, possível atribuir a integralidade dos pontos da questão 7. Mesmo assim, foi atribuído 0,5 na questão.

Em relação às questões 9 e 10, foram consideradas integralmente certas. Eu atribui 1,0 a cada uma delas. Logo, não é o caso de impugnação, pois não há o que rever. O candidato impugna o que foi considerado correto. Não sabe, portanto, o que está impugnando.

A nota do candidato é 5,5, que foi atribuída por todos os membros da banca.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. Isso foi regimentalmente feito.

Não cabe, portanto, o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem liberdade para essa valoração.

Há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se faça. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

³⁶⁷ GONÇALVES, Lilian, Aposentadoria por invalidez: Análise crítica de seus efeitos no contrato de trabalho. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2012, p. 55.

³⁶⁸ ROMITA, Arion Sayão. Direito do trabalho. Temas em aberto. São Paulo: LTr, 1998, p. 144.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

O examinador não tem de ficar explicando o que o candidato acertou ou errou na questão para justificar a nota dada. Não se está na Faculdade de Direito para justificar a correção da questão ao candidato.

Em síntese, a pretensão do candidato não merece acolhimento, cumprindo assinalar que todas as respostas foram cuidadosamente analisadas pelos membros da comissão examinadora, não havendo registro de atribuição de nota no caderno de prova para assegurar a independência de cada integrante, ao avaliar a compreensão da questão pelo candidato, fundamentação adequada, conhecimento da língua pátria e da existência de relevante controvérsia em nível doutrinário e jurisprudencial.

Pelo exposto, conheço do recurso e, no mérito, **nego-lhe provimento**, mantendo as notas que foram atribuídas ao candidato recorrente.

São Paulo, 12 de novembro de 2015.

Sergio Pinto Martins

Relator

Nº do Recurso

RECURSO Nº 49

Identificação do Candidato

José Iraelcio de Souza Melo Júnior

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro.

VOTO (RELATOR)

Natureza: **RECURSO Nº 49 – XL Concurso para Ingresso na Magistratura**

Recorrente: Candidato 608

Relator: Desembargador Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro

Notas do Candidato: Examinadores:

Dr. Sergio Pinto Martins: 5,0

Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro: 5,0

Dr. Geraldo Baraldi Júnior: 5,5

Vistos, etc.

1. O candidato pede a majoração da sua nota na 1ª prova discursiva. Para tanto, o candidato tenta justificar as ideias defendidas nas respostas de 07 questões, e postula a anulação da questão nº 2, sustentando que versa matéria estranha ao edital.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

2. De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 – (...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

3. O recurso interposto pelo candidato impugna uma única questão da prova (questão nº 2). Em relação às outras questões, as razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um “segundo turno” de avaliações das provas. O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

4. A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. E isso foi regiadamente feito.

5. Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

6. E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

7. Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

8. Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

9. DA IMPUGNAÇÃO À QUESTÃO Nº 2. O candidato sustenta que a questão nº 2 versava matéria tributária e esta não se encontrava prevista no edital de concurso. O equívoco do candidato é notório.

9.1. A questão versa sobre uma das realidades do cotidiano do Juiz do Trabalho, alusiva à possibilidade jurídica e utilidade prática de uma alienação de bem imóvel em hasta pública que conte com crédito tributário. A pendência de crédito tributário sobre o bem imóvel adquirido em hasta pública abre questão para numerosas situações jurídicas, que vão desde a inviabilidade de venda do bem, até à solução de incidentes póstumos à alienação, como a possível desistência do arrematante pelo bem, caso não tenha constado do edital os ônus pretéritos. Era muito importante que o candidato soubesse solucionar as duas situações práticas apresentadas, e dentre elas, em especial, a hipótese de o crédito tributário se revelar SUPERIOR ao produto da alienação. Isso estava a exigir do candidato conhecimento sobre a ordem de preferência do crédito trabalhista frente ao crédito tributário, e como solucionar o problema apresentado. A questão não exigiu do candidato NENHUM conceito de direito tributário, nenhuma definição tributária, senão conhecimentos específicos de direito processual, ou seja, conhecimento de arrematação, validade da arrematação, destinação de parte do produto arrecadado para pagamento do crédito tributário e preferência do crédito trabalhista. Não se pediu para definir "fato gerador", não se pediu para definir "crédito tributário". A cultura jurídica do candidato que almeja o cargo de Juiz do Trabalho deve ser apta a solucionar a situação proposta, com a qual ele irá se deparar no exercício da função.

10. Pelo exposto, o recurso não subsiste para a reavaliação de questões, nem para a anulação da questão nº 2, e por isso, NEGO-LHE PROVIMENTO.

São Paulo, 29 de outubro de 2.015.

DR. RAFAEL E. PUGLIESE RIBEIRO

Desembargador Federal do Trabalho

Relator

DR. SÉRGIO PINTO MARTINS

Desembargador Federal

RECURSO Nº 50

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Ilmo. Sr. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

VOTO (RELATOR)

Recurso interposto quanto às notas apresentadas pela Banca Examinadora da primeira prova escrita da segunda fase do concurso.

Recurso 50

Prova: 428

Vistos, etc.

Trata-se de recurso interposto por candidato que realizou prova escrita acima destacada na segunda fase do Concurso para o cargo de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região.

Em resumo, sustenta que todas as notas finais atribuídas pelos Examinadores devem ser majoradas pelas razões expostas no respectivo apelo. Pede, ainda, a nulidade parcial



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

na pergunta 02 do certame, em especial, letra “b” e “c” em vista da matéria contida nas alíneas não fazerem parte do Edital do Concurso.

É o relatório

V O T O

XV. NULIDADE DA PERGUNTA 02 DA PRIMEIRA PROVA DISCURSIVA

O candidato sustenta que a questão nº 2 versava matéria tributária e esta não se encontrava prevista no edital de concurso. O equívoco do candidato é notório. 9.1. A questão versa sobre uma das realidades do cotidiano do Juiz do Trabalho, alusiva à possibilidade jurídica e utilidade prática de uma alienação de bem imóvel em hasta pública que conte com crédito tributário. A pendência de crédito tributário sobre o bem imóvel adquirido em hasta pública abre questão para numerosas situações jurídicas, que vão desde a inviabilidade de venda do bem, até à solução de incidentes póstumos à alienação, como a possível desistência do arrematante pelo bem, caso não tenha constado do edital os ônus pretéritos. Era muito importante que o candidato soubesse solucionar as duas situações práticas apresentadas, e dentre elas, em especial, a hipótese de o crédito tributário se revelar SUPERIOR ao produto da alienação. Isso estava a exigir do candidato conhecimento sobre a ordem de preferência do crédito trabalhista frente ao crédito tributário, e como solucionar o problema apresentado. A questão não exigiu do candidato NENHUM conceito de direito tributário, nenhuma definição tributária, senão conhecimentos específicos de direito processual, ou seja, conhecimento de arrematação, validade da arrematação, destinação de parte do produto arrecadado para pagamento do crédito tributário e preferência do crédito trabalhista. Não se pediu para definir “fato gerador”, não se pediu para definir “crédito tributário”. A cultura jurídica do candidato que almeja o cargo de Juiz do Trabalho deve ser apta a solucionar a situação proposta, com a qual ele irá se deparar no exercício da função.

Assim, não há nulidade a ser declarada.

XVI. MÉRITO

Inicialmente, enfatiza-se que o candidato não obteve aprovação no certame de nenhum dos 03 examinadores da banca já que suas notas foram 4,50, 4,50 e 4,50 respectivamente. Uma ou outra diferença decorria, se fosse o caso, da definição individual de cada examinador.

De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 –

(...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2.

O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um segundo turno de avaliações das provas.

O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”

E isso foi regidamente feito.

4.

Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor.

A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5.

E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato.

Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial).

Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas.

Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, nada há para ser alterado.

DO EXPOSTO,

CONHEÇO do recurso interposto pelo candidato autor da prova nº “428” da primeira prova escrita da segunda fase do LX Concurso para provimento do cargo de Juiz Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região para, afastando-se o pedido de



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

nulidade em relação q Questão 02 do certamente, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO** para manter as notas que lhe foram atribuídas quando da correção de sua prova pela Banca Examinadora.

Geraldo Baraldi Junior
- Relator -

Nº do Recurso
RECURSO Nº 51

Identificação do Candidato
Polyana de Fátima França

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins.

VOTO (RELATOR)

Vistos, examinados, etc.

Trata-se de recurso interposto em face do resultado obtido na 1ª prova escrita discursiva – 2ª etapa do XXXIX Concurso para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, identificado com o número 51. Em síntese, afirma que atendeu os requisitos para obter a de aprovação. Entende que respondeu todas as questões para receber a pontuação máxima, com exceção da questão 1. Pretende a revisão das notas das questões citadas.

É o relatório.

Decide-se:

1. Conheço do recurso, eis que regular e tempestivo, conforme certificado pela Secretaria da Comissão do Concurso a fls. 02.

2. No mérito, verifica-se que o candidato, apesar da vista de prova a que teve direito e do tempo transcorrido para melhor reflexão sobre as questões, não foi capaz de promover uma autocrítica e identificar as próprias falhas, pretendendo estabelecer um diálogo com a Comissão Examinadora.

O candidato pede a revisão das notas das questões, mas não constam anotações na sua prova a respeito de qual nota foi dada a cada uma das questões.

3. Na questão 2, o candidato respondeu que a relação jurídica é de um contrato de compra e venda, o que é absolutamente errado, pois não pode haver contrato venda e venda judicial, em que não há acordo de vontades. A fundamentação do candidato está absolutamente errada, pois o parágrafo 1.º do artigo 690 do CPC não dispõe dessa forma.

A resposta da letra b era o parágrafo único do artigo 130 do CTN, que foi considerada correta, mas não deveria ser respondida na letra c. Logo, a letra c não foi respondida. Não é possível o candidato obter a nota máxima.

4. O conceito de greve foi considerado correto na questão 3. Logo, o candidato não sabe o que está impugnando. O restante da questão foi considerado correto.

5. Quanto a questão 4, não há resposta para titular do direito e objeto da ação de dissídio coletivo.

Abordar significa chegar à beira ou borda de; abalroar uma embarcação para tomá-la de assalto. É originária do francês *aborder*. Constitui galicismo desnecessário o emprego da palavra no sentido de tratar de um assunto.³⁶⁹ O candidato não tratou devidamente do foi objeto de questionamento. Não se trata de abordar, mas de tratar.

³⁶⁹ ROMITA, Arion Sayão. Direito do trabalho. Temas em aberto. São Paulo: LTr, 1998, p. 144.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Os titulares do direito são os trabalhadores.

Não se pediu para falar em inconstitucionalidade do poder normativo, nem sobre comum acordo. Não fazem parte do enunciado da questão.

O objeto do dissídio coletivo não é por fim a conflito, mas estabelecer melhores condições de trabalho. Logo, não se pode dar nota máxima ao candidato.

6. Na questão 5, não respondeu o candidato sobre as alterações feitas em decorrência da Lei Complementar n.º 150/15. Não foi falado sobre crime de trabalho escravo em domicílio. O candidato não mostrou conhecimento suficiente. Não é possível dar nota máxima ao candidato, pois sua resposta é insuficiente.

7. Quanto à questão 6, parece que o candidato leu o meu artigo somente agora, pois não demonstrou conhecê-lo quando respondeu a questão.

Faltou muita coisa na resposta, pois o candidato não estabeleceu a distinção entre a Fundação Pública e Privada. Fez afirmações pontuais, mas não fez a distinção. Esperava-se resposta no seguinte sentido:

Determina o inciso IV do artigo 5.º do artigo do Decreto-lei n.º 200/67 que fundação pública é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

Dispõe o inciso XIX do artigo 37 da Constituição que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”. Essa lei complementar não existe até o momento.

Distingue-se a fundação pública da fundação privada.

As fundações privadas são pessoas jurídicas de direito privado (art. 44, III, do Código Civil). A fundação privada será criada por escritura pública ou testamento, com dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. (art. 62 do Código Civil). A fundação privada somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência. A fundação pública será criada por lei ou a lei autorizará a sua criação. Não será criada a fundação pública por escritura pública ou por testamento.

Afirma Adilson de Abreu Dallari que “quando a lei cria diretamente uma fundação tem-se uma fundação pública, dotada de personalidade de direito público, até porque a lei não pode criar pessoa privada”.³⁷⁰ É o que ocorre quando a fundação é instituída por lei federal, estadual ou municipal. A Administração Pública direta ou indireta está sujeita ao princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição), a só fazer aquilo que a lei determina.

Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona que a fundação tem natureza pública quando “é instituída pelo poder público com patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e, destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de auto administração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei”.³⁷¹ Destaca as suas características: a- dotação patrimonial ou inicial do ente governamental; b- personalidade jurídica; c- desempenho de atividade atribuída ao Estado no âmbito social; d- capacidade auto-

³⁷⁰ DALLARI, Adilson de Abreu. Regime constitucional dos servidores públicos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 44.

³⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 320.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

administrativa; e- sujeição ao controle administrativo ou tutela por parte da Administração direta.³⁷²

Celso Antonio Bandeira de Mello leciona que “é absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as fundações públicas são pessoas de Direito Privado. Na verdade, são pessoas de Direito Público,...; Saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda, que se lhe atribua outra qualificação. Entretanto, foram batizadas de pessoas de Direito Privado apenas para se evadirem destes controles moralizadores ou, então, para permitir que seus agentes acumulassem cargos e empregos, o que lhes seria vedado se fossem reconhecidas como pessoas de Direito Público”.³⁷³

A fundação pública não tem fins lucrativos. É formada por meio de dotação do Estado. São recursos da Fundação as dotações, subvenções, contribuições que o Estado anualmente consignar em seus orçamentos. No caso de extinção da fundação, seus bens e direitos são incorporados ao patrimônio do ente público que a criou.

Tem direito a fundação pública a isenção de tributos em relação ao ente da Administração Pública que pertencer.

A fundação pública não pode aplicar em despesas administrativas, inclusive de pessoal, mais que determinado porcentual do seu orçamento. Isso também mostra que se trata de determinação de Direito Administrativo.

Atendidos tais requisitos a fundação é considerada pública e não privada.

O STF já afirmou que “nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o §2.º do art. 99 da Constituição Federal” (RE 101.126/84, Rel. Min. Moreira Alves).

A jurisprudência do TST indica quando a fundação é considerada pública:

FUNDAÇÃO PÚBLICA. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. ESTABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. 1 - Reconhecidamente criada por lei, com fins assistenciais de indiscutível escopo público e alcance social, a FURP, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, reveste-se de natureza eminentemente pública, devendo reger-se pelas normas e princípios de Direito Público.

2 - Consoante o disposto no artigo 19 do ADCT, a estabilidade especial no serviço público abarca os servidores das fundações públicas que já estavam em exercício há, pelo menos, cinco anos continuados na data da promulgação da Constituição Federal e que não tenham sido admitidos por meio concurso público.

3 - Na hipótese, o reclamante foi admitido em 2/4/1982, vindo a ser dispensado em 9/8/1994, quando contava com mais de 13 (treze) anos de serviço continuado para a Fundação. Atendidos todos os requisitos constantes do artigo 19 do ADCT, necessários para assegurar a estabilidade no emprego, dá-se provimento ao recurso de revista para determinar a reintegração do reclamante no emprego. (1ª Turma, RR - 689676-57.2000.5.02.0314, j. 2/4/2008, Relator Ministro: Lélío Bentes Corrêa, DJ 2/5/2008).

³⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, p. 320.

³⁷³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 15ª ed, São Paulo: Malheiros, 2003, 169.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

FUNDAÇÃO PÚBLICA. ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL. ARTIGO 19 DO ADCT/CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR. FURP. A fundação pública, cuja noção está definida pelo artigo 5º, inciso IV e § 3º, do Decreto-Lei nº 200/67, ainda que dotada de personalidade jurídica de direito privado, ostenta natureza pública, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988, em face do que consta especialmente da redação dos seus artigos 37, XIX, 39 e 40, caput. Seus empregados, assim, são abarcados pela estabilidade especial no serviço público regulada pelo artigo 19 do ADCT, que também alude expressamente aos servidores das fundações públicas, desde que observados os requisitos delineados no seu caput e parágrafos, sendo, portanto, nula a dispensa do servidor nessas circunstâncias, porquanto implementados todos os pressupostos de natureza constitucional para a referida estabilização, daí por que se lhe assegura a reintegração no serviço público do qual fora ilicitamente afastado. Incidência dos arts. 37, XIX, e 39 da Constituição Federal e 19 do ADCT. Recurso do reclamante conhecido e provido (1ª Turma, RR - 678030-43.2000.5.02.5555, j. 24/9/2003, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, DJ 5/3/2004). Sendo Fundação Pública, o processamento da execução é por precatório (art. 100 da Constituição). O TST já decidiu no mesmo sentido em relação a reclamada, por considerá-la Fundação Pública (TST, 5ª T., AIRR 1.576/1995-311-02-40.6, j. 25.6.2008, Rel. Min. Brito Pereira, DJ 01/08/2008; 1ª T., ED-RR 788.028/01.8, j. 25.5.2005, Rel. Guilherme Augusto Caputo Bastos).

O candidato fez referência a custas, empregado regido pela CLT e prazos.

O candidato não fez referência a prazo em quádruplo para ser marcada audiência (art. 841 da CLT) e em dobro para recorrer, remessa de ofício das decisões que lhe sejam total ou parcialmente contrárias. Está dispensada de fazer assistência no sindicato na rescisão do contrato de trabalho (art. 1º do Decreto-lei n.º 779/69). Não estão sujeitas as fundações ao procedimento sumaríssimo (§ único do art. 852-A da CLT).

Os empregados da fundação pública são admitidos por concurso público (art. 37, II, da Constituição, S. 331, II, do TST). Não são funcionários públicos, mas se enquadram no gênero servidor público.

Não há referência a execução mediante precatório.

Logo, mais uma vez, não é possível dar a nota máxima ao candidato.

8. Na questão 7, as afirmações constantes da prova não são suficientes para mudar a nota.

A questão não era de aplicação da Medida Provisória 664/2014 e do aumento do prazo de 15 para 30 dias para o empregador pagar os salários, mas da Lei n.º 13.063, de dezembro de 2014, que estava em vigor no dia da prova.

O candidato desconhece a alteração dos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91.

A concessão definitiva da aposentadoria por invalidez pode levar muito tempo para ser decidida pelo órgão previdenciário. Enquanto isso, o empregador não sabe o que fazer. Já afirmou Raimundo Cerqueira Ally, sobre prolongamento do afastamento do empregado por doença e a ocupação de imóvel do empregador, que “o problema é crítico e não encontra na lei, na doutrina e na jurisprudência solução plausível”.³⁷⁴

Leciona Mozart Victor Russomano que “aposentadoria por invalidez é o benefício decorrente da incapacidade do segurado para o trabalho, sem perspectiva de reabilitação para o exercício de atividade capaz de lhe assegurar a subsistência”.³⁷⁵

³⁷⁴ ALLY, Raimundo Cerqueira. Normas previdenciárias no direito do trabalho. 3ª ed. São Paulo: IOB, 1989, p. 111.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Dispõe o artigo 475 da CLT, que tem a redação original de 1943, que o empregado aposentado por invalidez tem seu contrato de trabalho suspenso durante o prazo fixado pelas leis de previdência para a efetivação do benefício (art. 475 da CLT). Reza o parágrafo 1.º do artigo 475 da CLT, com a redação determinada pela Lei n.º 4.824, de 5 de novembro de 1965, que recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria.

Previo o parágrafo 3.º do artigo 4.º da Lei n.º 3.332, de 26 de janeiro de 1957, que a aposentadoria por invalidez era definitiva, quando completava cinco anos de vigência.

Determinava o parágrafo 6.º do artigo 27 da Lei n.º 3.807/60 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional. Entendia-se com base nesse dispositivo que, após os 55 anos, a aposentadoria por invalidez era definitiva e o segurado não tinha mais condições de se recuperar, tanto que não mais se exigiam exames médicos.

A Súmula 217 do STF foi editada em 11 de julho de 1963, quando foi publicada no Diário de Justiça da União. Seu fundamento é o artigo 475 da CLT. Esclarece que tem direito de retornar ao emprego, ou ser indenizado em caso de recusa do empregador, o aposentado que recupera a capacidade de trabalho dentro de cinco anos a contar da aposentadoria, que se torna definitiva após esse prazo.

O antigo Prejulgado n.º 37 do TST, de 21 de setembro de 1971, estabeleceu que “cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei”.

Estabelecia o parágrafo 7.º do artigo 6.º da Lei n.º 5.890/73 que a partir de 55 anos de idade, o segurado aposentado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional.

Prescrevia o artigo 7.º da Lei n.º 5.890/73 que a aposentadoria por invalidez seria mantida enquanto a incapacidade do segurado persistisse, ficando ele obrigado a submeter-se aos exames que, a qualquer tempo, fossem julgados necessários para verificação da manutenção, ou não, dessas condições. Verificada a recuperação da capacidade de trabalho do segurado aposentado, procedia-se da seguinte forma: I- se, dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria, ou de três anos, contados da data em que terminou o auxílio-doença em cujo gozo se encontrava, for o aposentado declarado apto para o trabalho, o benefício ficará extinto: a- imediatamente, para o segurado empregado, a quem assistirão os direitos resultantes do disposto no artigo 475 e respectivos parágrafos da CLT, valendo como título hábil, para esse fim, o certificado de capacidade fornecido pela previdência social; ... II- se a recuperação da capacidade de trabalho ocorrer após os prazos estabelecidos no item anterior, bem assim quando, a qualquer tempo, essa recuperação não for total, ou for o segurado declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo do trabalho, sendo reduzida em 18 meses até sua extinção.

Estabeleceu o Decreto n.º 83.080/79 (Regulamento de Benefícios da Previdência Social) que “se o segurado é declarado apto para o trabalho após o prazo do item I, se, a qualquer tempo a recuperação não é total ou se o segurado é declarado pela previdência social apto para o trabalho diverso do que anteriormente exercia, a aposentadoria é mantida,

³⁷⁵ RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 135.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

sem prejuízo da volta ao trabalho” (art. 119, II). Trabalho é o esforço da pessoa para um determinado fim econômico.

A Resolução Administrativa 102/82 do TST, publicada no Diário de Justiça da União de 11 de outubro de 1982, transformou o Prejulgado 37 na Súmula 160.

A redação do Decreto n.º 89.312/84 é um pouco diferente do regulamento anterior: “Quando a recuperação ocorre após o período do item I, ou não é total, ou o segurado é declarado apto para o exercício de trabalho diverso do que habitualmente exercia, a aposentadoria é mantida, sem prejuízo da volta à atividade” (art. 31, II). Atividade é a atribuição ou serviço desempenhado pela pessoa.

Mostra o artigo 42 da Lei n.º 8.213/91 que o benefício de aposentadoria por invalidez é devido enquanto permanecer nesta condição (for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência).

O inciso I do artigo 47 da Lei n.º 8.213/91 dispõe que quando a recuperação do aposentado por invalidez ocorrer dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a antecedeu sem interrupção, o benefício cessará. Mostra o inciso II do mesmo artigo que se a recuperação for parcial, ou ocorrer após o prazo de cinco anos, ou ainda quando o segurado for declarado apto para o exercício de trabalho diverso do qual habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo da volta à atividade, sendo o benefício extinto no prazo de 18 meses a contar da recuperação da capacidade.

Dispunha o artigo 101 da Lei n.º 8.213, na sua redação original, que o segurado em gozo de aposentadoria por invalidez ou de auxílio-doença e o pensionista inválido, enquanto não completassem 55 anos, estavam obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado. Esse artigo teve a redação alterada pela Lei n.º 9.032/95, que não mais fez referência à idade de 55 anos. Assim, não existia mais idade limite de 55 anos para o segurado fazer exames médicos em caso de invalidez para ser considerada definitiva a aposentadoria.

Posteriormente, passou-se a entender que a aposentadoria por invalidez é provisória, pois o segurado pode, em certos casos, recuperar-se.³⁷⁶

O STJ já entendeu que a aposentadoria por invalidez não é definitiva, mesmo depois de cinco anos, se o aposentado recupera a capacidade de trabalho (REsp 460.331, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 20.11.2006, DJ 11.12.1006, p. 405).

A Instrução Normativa INSS/ PRES 77, de 21 de janeiro de 2015, afirmava que a perícia médica deveria rever o benefício de aposentadoria por invalidez a cada dois anos (art. 222).

A Súmula 440 do TST afirma que o contrato de trabalho está suspenso na aposentadoria por invalidez, mas o empregado tem de ser mantido no Plano de Saúde.

Outra solução poderia ser que a aposentadoria é compulsória para o empregado que completa 70 anos de idade e para a empregada com 65 anos (art. 51 da Lei n.º 8.213/91). Atingidas as referidas idades, a aposentadoria por invalidez também seria definitiva e não provisória.

Prescreve o artigo 475 da CLT:

“Art. 475 - O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

³⁷⁶ MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 348.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

§ 1º - Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização deverá ser paga na forma do art. 497. ([Redação dada pela Lei nº 4.824, de 5.11.1965](#))

§ 2º - Se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da interinidade ao ser celebrado o contrato”.

Sob o ângulo trabalhista, a aposentadoria por invalidez é hipótese de suspensão dos efeitos do contrato de trabalho.

Determina o artigo 475 da CLT que o empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

Não há na lei previdenciária prazo de duração para a efetivação da aposentadoria por invalidez.³⁷⁷

Em Portugal, por exemplo, a reforma do trabalhador por velhice ou invalidez importa a caducidade do contrato de trabalho (art. 343, c, do Código de Trabalho), com a cessação automática do pacto laboral. Ensina Antonio Lemos de Monteiro Fernandes que a preocupação do legislador foi “de libertar efetivamente postos de trabalho a partir de certo momento - o da obtenção da reforma - preocupação surgida no contexto de uma grave crise de desemprego”.³⁷⁸

O Código de Trabalho português mostra que a suspensão do contrato de trabalho pode fundamentar-se na impossibilidade temporária (art. 330º, 1). Logo, não pode ser definitiva nem durar longo tempo.

A suspensão dos efeitos do contrato de trabalho não poderia ser indefinida, pois causa insegurança jurídica ao empregador, que não sabe quando ou se poderá contar com o empregado que foi aposentado por invalidez.

A aposentadoria por invalidez não é permanente. Ela é provisória até que o médico diga que o trabalhador não tem mais capacidade de recuperação, quando será considerada definitiva.³⁷⁹

A Lei n.º 13.063, de 30 de dezembro de 2014, acrescentou os parágrafos 1.º e 2.º ao artigo 101 da Lei n.º 8.213/91:

“Art. 101. O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

§ 1.º O aposentado por invalidez e o pensionista inválido estarão isentos do exame de que trata o caput após completarem 60 (sessenta) anos de idade.

§ 2.º A isenção de que trata o § 1.º não se aplica quando o exame tem as seguintes finalidades:

³⁷⁷ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários às Súmulas do TST. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.103.

³⁷⁸ FERNANDES, Antonio Lemos de Monteiro. Direito do Trabalho. 8ª edição. Coimbra: Almedina, 1992, p. 438.

³⁷⁹ MARTINS, Sergio Pinto. Comentários á CLT. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 508.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

- I - verificar a necessidade de assistência permanente de outra pessoa para a concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício, conforme dispõe o art. 45;
- II - verificar a recuperação da capacidade de trabalho, mediante solicitação do aposentado ou pensionista que se julgar apto;
- III - subsidiar autoridade judiciária na concessão de curatela, conforme dispõe o art. 110”.

Na verdade, não se trata de isenção, pois esta diz respeito a dispensa legal do pagamento de tributo. Trata-se da dispensa de se fazer o exame médico.

A norma jurídica regulamentou situação da prática, em que em alguns casos já se deixava de fazer perícia depois do segurado atingir a idade de 60 anos.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia afirma que “há possibilidade de se entender que, após essa idade (60 anos), a situação passa a ter contornos mais definitivos, permitindo a extinção do contrato de trabalho pelo empregador”.³⁸⁰

A conclusão que se extrai da alteração feita no parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 é que a partir de 60 anos o INSS não fará mais exame médico pericial o aposentado por invalidez e pensionista inválido não mais está obrigado a fazer exame médico periódico bienal quando completarem 60 anos (§1.º do art. 101 da Lei n.º 8.213), que está de acordo com a idade do idoso (art. 1.º da Lei n.º 10.741/03). Assim, a aposentadoria por invalidez será definitiva. Há presunção legal de que aos 60 anos não precisa ser feita perícia. Logo, os efeitos do contrato de trabalho do empregado com o empregador não estarão mais suspensos, pois estará efetivado o benefício (art. 475 da CLT) e poderá ser rescindido o contrato de trabalho do aposentado por invalidez.

A redação da lei não faz distinção quanto a sexo. Logo, tanto homem como mulher não mais precisam fazer perícia por invalidez depois dos 60 anos.

Com a determinação da Lei n.º 13.063/14 fica derogado o artigo 71 da Lei n.º 8.212/91 não ponto em que exige que o INSS faça revisão periódica do benefício de aposentadoria por invalidez.

Foram estabelecidas três exceções no parágrafo 2.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91 para efeito de continuar a ser feito o exame médico:

- a- se há necessidade de assistência permanente de outra pessoa, referente ao acréscimo de 25%;
- b- se o próprio aposentado solicita retorno ao trabalho;
- c- se a autoridade judiciária solicita a perícia para fins de curatela.

O candidato não fez referência aos parágrafos do artigo 101 da Lei n.º 8.213/91

A conclusão que se chega hoje é de que a aposentadoria por invalidez, de um modo geral, é provisória. Ela só será definitiva quando o médico assim entender, pois o segurado não é mais susceptível de recuperação. Passados cinco anos da concessão da aposentadoria por invalidez, não importa que ela venha a ser definitiva, pois o trabalhador pode se recuperar.

Leciona Lilian Gonçalves que “não restam dúvidas de que, sob o prisma previdenciário, a aposentadoria por invalidez não pode ser tida como definitiva, irreversível, total, plena e incondicional. Ao contrário, diante dos inquestionáveis e crescentes avanços da medicina, inovações terapêuticas e tecnológicas, bem como do sucesso das técnicas de reabilitação profissional, o trabalhador pode recuperar sua aptidão para o trabalho. Desse modo, o benefício deve ser mantido somente enquanto perdurar a condição de incapacidade, nada

³⁸⁰ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito da seguridade social. São Paulo: Gen/Forense, 2015, p. 399.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

justificando onerar o sistema público, quando inexistente verdadeiro fato desencadeador e mantenedor da benesse”.³⁸¹

O empregador, porém, não pode ficar aguardando indefinidamente o empregado, pois necessita de trabalhador para fazer o serviço daquele. Na prática, muitas vezes a empresa contrata substituto interinamente.

Com a nova redação do parágrafo 1.º do artigo 101 da Lei n.º 8.213 pode ser dito que a partir de 60 anos o INSS a aposentadoria por invalidez será definitiva, pois não haverá mais necessidade de se fazer exame médico pericial no aposentado por invalidez e pensionista inválido.

Isso mostra que a resposta do candidato está incompleta e é impossível acolher a sua pretensão de obter nota máxima.

9. A resposta à questão 8 está absolutamente errada.

O candidato não sabe o que é convênio.

Prevê o artigo 241 da Constituição que “a União, os Estados, do Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”. A Lei n.º 13.019, de 31 de julho de 2024, estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias.

Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro que convênio é uma “forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”.³⁸²

O convênio compreende um objetivo comum, parceria, cooperação. No convênio não existe exatamente tomador dos serviços.

Convênio é “o ajuste entre órgão ou entidades do poder público ou entre estes e entidades privadas, visando à realização de projetos ou atividades de interesse comum, em regime de mútua cooperação”.³⁸³

Convênios administrativos “são convenções, mas não contratos, pois nestes as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultante e não soma), ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns”.³⁸⁴

Convênios “administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”.³⁸⁵

Alexandre Mazza assevera que “convênio é o acordo administrativo multilateral firmado entre entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, visando a cooperação recíproca para alcançar objetivos de interesse comum a todos os conveniados”.³⁸⁶

³⁸¹ GONÇALVES, Lilian, Aposentadoria por invalidez: Análise crítica de seus efeitos no contrato de trabalho. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2012, p. 55.

³⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

³⁸³ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 244.

³⁸⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 676.

³⁸⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 358.

³⁸⁶ MAZZA, Alexandre. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 456.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Afirma Irene Nohara que “os convênios abarcam interesses recíprocos com metas institucionais comuns e objetivam, portanto, um resultado comum alcançado mediante mútua colaboração”.³⁸⁷

O convênio não é um contrato,³⁸⁸ mas um ajuste administrativo.³⁸⁹ O objetivo é um resultado comum, mediante mútua colaboração. Nos contratos as vontades são antagônicas; os interesses são opostos e diversos.

Os convênios são atos complexos. São acordos de vontades não contratuais celebrados pelo ente público e outra pessoa. São acordos de cooperação.

No convênio e na parceria há colaboração mútua e não prestação de serviços ao ente público.

Nos convênios, os interesses são recíprocos e os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns, reunindo-se para alcançá-los. Objetiva um resultado comum, com mútua colaboração.

Nos convênios e em outros ajustes similares não existe a “estipulação de obrigações recíprocas”.

Assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o convênio:

“O convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas.

O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei nº 8.666/93, quando, no art. 116, *caput*, determina que suas normas se aplicam aos convênios “no que couber”. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos artigos 1º e 2º”.³⁹⁰

Leciona José dos Santos Carvalho Filho:

“No contrato, os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Nesse tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a cooperação, e não o lucro procurado por celebrar contratos.

(...) Nos convênios, ao revés, podem ser vários os polos, havendo um inter-relacionamento múltiplo, de modo que cada participante tem, na verdade, relação jurídica com cada um dos integrantes dos demais pólos”.³⁹¹

Para legislar sobre a matéria de licitação e contratos, observa a Administração Pública o disposto no XXVII do artigo 22 da Constituição.

Dispõe o artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 que: “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

Pode ocorrer de o convênio exigir licitação e em outros casos não. O artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 usa a expressão “no que couber”. Logo, pode não ser exigida a licitação no convênio, se não couber.

Ensina José dos Santos Carvalho Filho:

³⁸⁷ NOHARA, Irene Patrícia. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 461.

³⁸⁸ No mesmo sentido MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 21ª ed. São Paulo: Malheiros. 1990, p. 358. Há também julgamento nesse sentido no STF (RTJ 141/619).

³⁸⁹ GASPARINI, Diógenes. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 303.

³⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28ª edição, São Paulo: Atlas, 2015, p. 386.

³⁹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28ª edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 228.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

“A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra. É verdade que a Lei 8.666/93 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação ocorre no que couber. Como é lógico, raramente será possível a competitividade que marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. Por outro lado, no verdadeiro convênio inexistem a perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação”³⁹².

A celebração de convênio depende de prévia aprovação pela organização interessada, como se extrai do parágrafo 1º do artigo 116 da citada lei:

“A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações...”.

No convênio administrativo, quando do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da entidade conveniada, não existe intervenção por parte do ente público, não podendo lhe ser imposto o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo conveniado.

Quando a Administração Pública se utiliza de licitação e nos casos de celebração de convênio, não se pode falar em responsabilidade subsidiária.

O parágrafo 6.º do artigo 37 da Constituição se aplica quando a Administração Pública é prestadora de serviço público ou por delegação a particular. Na terceirização, a Administração Pública é tomadora do serviço.

A Administração Pública age de acordo com o princípio da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição). Observa o procedimento de licitação (art. 37, XXI, da Constituição) na contratação de prestadores de serviços.

A utilização de licitação, regra geral, é a forma pela qual são praticados os atos da Administração Pública. As instituições são contratadas mediante concorrência pública.

Não existe culpa *in eligendo* em razão da necessidade de ser feita licitação para a contratação do prestador de serviço.

Na relação de convênio não existe terceirização de mão de obra. O caso, portanto, não é de aplicação do inciso IV da Súmula 331 do TST. O TST inclusive mudou a redação do referido inciso, não mais constando a exclusão da aplicação do parágrafo 1.º do artigo 71 da Lei n.º 8.666/93.

No mesmo sentido os seguintes julgados do TST:

RECURSO DE REVISTA - MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO-CONVÊNIO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - NÃO CONFIGURAÇÃO.

O convênio firmado entre o Município do Rio de Janeiro e a Associação de Moradores e Amigos da Serra Morena não configura contrato administrativo, mas acordo de vontades estabelecido entre o poder público e entidade privada com o intuito de fomentar iniciativas privadas de utilidade pública, não atraindo, por esse motivo, a incidência da responsabilização subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331, IV, desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido (1ª Turma, RR-1.241/2003-031-01-00.0, j. 7.11.2007, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DJ de 14/12/07).

³⁹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 229. O STF já entendeu não precisar de licitação (Inq. 1.957-PR, Rel. Min. Carlos Velloso, em 11.5.2005, Informativo STF n.º 387, maio de 2005).



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Federação Metropolitana de Centros Comunitários e Associações de Moradores emecam, visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família, não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil objetivando mútua cooperação. Precedentes desta Corte superior (RR-114/2006-014-08-00.2, Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ de 11/10/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Comissão de Bairros de Belém visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil objetivando mútua cooperação. Precedentes desta Corte superior (RR-1.074/2005-003-08-00.1, Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ de 11/10/2007).

RECURSO DE REVISTA - CONVÊNIO CELEBRADO COM ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - INAPLICABILIDADE. Do fato do convênio não se confundir com contrato administrativo, não se há de falar em terceirização de serviços, tampouco em responsabilização subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331 do TST, tendo em vista que houve a celebração de acordo de vontades entre o Município e a entidade privada, com escopo no fomento de atividades de utilidade pública. Ressalte-se que as responsabilidades do ente público, descritas no art. 18 da Lei nº 8.080/90, referem-se à sua competência para avaliar, fiscalizar e controlar a execução dos serviços de utilidade da comunidade prestados pela entidade privada, não se confundindo com a culpa in vigilando, motivo da responsabilização subsidiária, já que não está adstrito ao exame do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa conveniada (RR-553/2006-014-08-40.0, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, DJ 24/8/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA. CONVÊNIO FIRMADO COM ENTE PÚBLICO. 1. A celebração de convênio entre o Município de Belém e a Federação Metropolitana de Centros Comunitários e Associações de Moradores FEMECAM visando ao desempenho conjunto para a implementação do Programa Saúde da Família não rende ensejo à incidência da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Inviável a imposição da responsabilidade subsidiária ao Município quando não caracterizada contratação por interposta pessoa nem terceirização de suas atividades, mas legítimo acordo de vontades entre o ente público e organismo da sociedade civil, visando à mútua cooperação (RR-1.255/2005-002-08-00.1, j. 5/9/2007, Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. EMPREGADO CONTRATADO POR ENTIDADE PARTICULAR QUE FIRMOU CONVÊNIO COM MUNICÍPIO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. I - Convênio é o acordo de vontades estabelecido entre o Estado e entidades privadas com o escopo de fomentar iniciativas privadas de utilidade pública. II - Não se confunde com terceirização, já que não se trata de contrato, não se aplicando ao caso os termos da Súmula 331 do TST, pois, como o Município não está firmando nenhum tipo de contrato, muito menos de prestação de serviços, não pode ser responsabilizado subsidiariamente. III - As responsabilidades do ente público a que aludem os incisos X e XI do art. 18 da Lei nº 8.080/90 dizem respeito à



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

avaliação, controle e fiscalização da execução dos serviços de saúde por entidades privadas, e não à obrigação do ente público em fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo conveniado, de forma que não há falar em culpa in eligendo e in vigilando. V - Recurso conhecido e provido. VI - Prejudicado o exame dos outros tópicos do recurso de revista (4ª T., RR 161800-84.2005.5.08.0011, j. 20/6/2007, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DJ 10/8/2007).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATAÇÃO DE EMPREGADO POR ENTIDADE PARTICULAR. CONVÊNIO FIRMADO COM O ESTADO DO PARANÁ. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DO TEOR DO ITEM IV DA SÚMULA Nº 331 DESTA CORTE.

1. Ao fomentar a educação ou a saúde - direitos constitucionais sociais insculpidos no artigo 6º da Constituição de 1988, o Estado atua de maneira a efetivar os direitos fundamentais, por todos os meios permitidos em nosso ordenamento jurídico, de forma centralizada ou descentralizada. Nesse contexto, o mero repasse de verbas, por meio de convênio, para a Associação Mantenedora Saint Germain de Curitiba, com vistas à contratação de trabalhadores objetivando a promoção de ensino especial de pessoas carentes, não configura intervenção ou atuação econômica do Estado, mas implementação dos direitos fundamentais sociais, que se erigem em escopos precípuos da nação, motivo pelo qual não se pode reconhecer responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado do Paraná. 2. Recurso de revista conhecido e provido (5ª T., RR v 28.289/2000-005-09-00.2, , j. 27.6.2007, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DJ 10.8.2007).

A Orientação Jurisprudencial nº 185 da SDI-I do TST pode ser aplicada por analogia em casos de convênios:

“Contrato de trabalho com a Associação de Pais e Mestres - APM. Inexistência de responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado.

O Estado-Membro não é responsável subsidiária ou solidariamente com a Associação de Pais e Mestres pelos encargos trabalhistas dos empregados contratados por esta última, que deverão ser suportados integral e exclusivamente pelo real empregador”.

Não existe responsabilidade subsidiária do ente público quando celebra convênio com outras instituições, seja por falta de previsão legal ou pelo fato de que o convênio não é exatamente uma prestação de serviço. A Súmula 331 do TST não se aplica à questão, pois não se trata de terceirização. Não é, portanto, possível mudar a nota do candidato na questão.

Não há como o candidato obter nota máxima, por estar a sua resposta errada.

10. A questão 9 foi considerada integralmente correta. O candidato, portanto, não sabe o que está impugnando.

11. Quanto ao dano existencial, sua resposta é incompleta.

Seu conceito de dano existencial está errado, porque serve também para o dano moral.

Flaviana Rampazzo Soares afirma que dano existencial é “a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social”.³⁹³

Leciona Hidemberg Alves da Frota que o “dano existencial se subdivide no dano ao projeto de vida e no dano à vida de relações”.³⁹⁴

³⁹³ SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 44.

³⁹⁴ FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial, Revista do Tribunal Regional da 13ª Região, João Pessoa: v. 17, n.º 1, 2010, p. 204.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Dano existencial é a conduta praticada por alguém que causa à vítima prejuízo à sua vida pessoal, familiar ou social. Não se trata de um dano patrimonial, mas de uma privação que a pessoa sofre. A vítima tem um prejuízo no seu projeto de vida, no seu projeto familiar.

A família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado (art. 226 da Constituição).

O dano existencial, segundo a Seção Única Suprema Corte de Cassação da Itália, “consiste em cada prejuízo (de natureza não meramente emotiva e interior, mas objetivamente avaliável) provocada por uma ação de fazer do sujeito, que altera o seu costume e a sua relação própria, induzindo-o a escolha de via diversa quanto à expressão e realização da sua personalidade no mundo externo” (Sentença n.º 6.572/2006).

Fica caracterizado o dano existencial quando o empregado não goza férias por vários anos, trabalha em horas extras de forma excessiva, não tem repouso semanal, impedindo-o de ter contato com sua família, de ter convívio social, de ter lazer (art. 6.º da Constituição), de ir à Igreja, do direito à felicidade,³⁹⁵ do direito à desconexão do trabalho.³⁹⁶ Importa prejuízo à existência da pessoa, que se vê privada de fazer o que quiser. É o caso de empregados que trabalham diuturnamente, que levam serviço para casa, trabalham nas férias, no avião. Estão constantemente conectados com a empresa por meio de equipamentos eletrônicos.

O empregado pode, portanto, deixar de ter contato com seus amigos, deixar de ver o crescimento de seus filhos ou de ajudá-los com seus deveres de escola. Há uma frustração ao seu projeto de vida, à sua existência.

Em decorrência disso pode ter problemas de saúde, mas também ter prejuízos familiares, sociais, educacionais, etc.

O sofrimento pode ou não existir em razão da frustração ao seu projeto de vida ou de perder a possibilidade de realizar alguma coisa.

Julio César Bebbber afirma que o impacto gerado no empregado “provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital”.³⁹⁷

Todas as pessoas pensam em ser felizes e ter, portanto, uma plena existência, uma existência digna. Isso não pode ser vilipendiado pelo empregador, trazendo prejuízo ao empregado. A dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da Constituição) é um direito fundamental. É o núcleo da existência da pessoa. Ingo Sarlet assevera que “o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informadoras de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e nesse ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material”.³⁹⁸ Leciona José Afonso da Silva que a dignidade da pessoa humana “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

A Constituição determina: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem” (art. 5.º,

³⁹⁵ Sobre o tema: **LEAL, Saul Tourinho. Direito à felicidade: história, teoria, posituação e jurisdição.** São Paulo: 2013. 357 f. Doutorado em **Direito** Constitucional. PUC SP.

³⁹⁶ Sobre o tema: **MAIOR, Jorge Luiz Souto.** Do direito à desconexão do trabalho. Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP, ano 1, 2006, n.º 1, São Paulo: USP, p. 91.

³⁹⁷ **BEBBER, Julio Cesar.** Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) – breves considerações. Revista LTr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 73, n. 1, p. 26-29, jan. 2009.

³⁹⁸ **SARLET, Ingo Wolfgang.** Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 64.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

V); “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5.º, X).

A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma (art. 21 do Código Civil).

O artigo 186 do Código Civil prevê regra genérica no sentido de que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. O dispositivo faz referência a causar dano a outrem. Não prevê expressamente a hipótese de dano, nem enumera hipóteses cabíveis de dano, como ocorre com o Código Civil italiano. Logo, é perfeitamente cabível o dano existencial no Direito brasileiro, desde que fique provado o prejuízo causado à pessoa.

Nos casos *West v. Shepard*, em 1964 e em *Lim v. Camdem*, em 1980, os tribunais americanos decidiram que deve haver a separação entre os danos morais puros e a privação de sensações, do prazer de viver.

No direito americano, no caso *Bennet v. Lembo*, o primeiro causou acidente automobilístico, que causou prejuízos ao segundo, que teve lesões na coluna cervical e não mais podia viajar nas férias, dirigir e deixou de visitar os netos. O tribunal do júri, em 2000, entendeu que deveriam ser separados os diversos danos e deferiu indenização por dano existencial.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu, em 1998, que o dano existencial é uma hipótese de lesão à pessoa, considerando sua “vocaçãõ, atitudes, circunstâncias, potencialidades, aspirações, que lhe permite fixar razoavelmente a determinadas expectativas e aceder a elas”.

O Tribunal da Relaçãõ de Guimarães decidiu sobre dano existencial e psíquico decorrente de sequelas de acidente de trânsito para jovem vitimado, que ficou dependente de terceiros.³⁹⁹

O Tribunal da Relaçãõ do Porto declarou que uma empregada doméstico de meia-idade, que sofreu acidente de trânsito, teve dano existencial em razãõ da dificuldade das relações sociais da pessoa, da incapacidade para o desempenho da atividade profissional de empregado doméstica.⁴⁰⁰

A Corte Constitucional da Itália considerou que o dano não patrimonial biológico, à saúde, independe de repercussãõ financeira ou econômica (Sentença n.º 184, de 14 de julho de 1986).

O Tribunal de Relaçãõ de Coimbra afirmou que “a privaçãõ da capacidade de desempenho de uma atividade relacionada com a habilitaçãõ profissional superior específica de que o autor é titular, com restrições no âmbito da prestaçãõ intelectual, traduz-se num dano biológico limitativo da capacidade de gozar a vida, num prejuízo concreto de afirmaçãõ pessoal – *prejudice d’agrément*, ou de fruiçãõ dos prazeres da vida”.⁴⁰¹

O candidato não respondeu de forma correta a cumulaçãõ.

Se o dano é decorrente de situações distintas ou se é possível separar cada uma delas, será possível também a cumulaçãõ da indenizaçãõ por danos morais e existenciais. Não há proibiçãõ na legislaçãõ a respeito da cumulaçãõ de danos.

³⁹⁹ Proc. 1.152/04.2, Apelaçãõ n.º 560/2000, Acórdãõ de 23 de maio de 2004, Rel. juiz desembargador José M. C. Vieira e Cunha.

⁴⁰⁰ Acórdãõ de 31 de março de 2009, Proc. 3.3138/06.7TBMTS.P1, rel. juiz desembargador José Manuela Cabrita Vieira e Cunha.

⁴⁰¹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 93.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Um fato pode dar origem a um dano moral e ao dano estético. A pessoa se sente violada na sua intimidade e teve um dano estético. As indenizações são cumuláveis.

Mostra a Súmula 37 do STJ que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. A Súmula 387 do STJ afirma que é lícita a cumulação “das indenizações de dano estético e dano moral”.

Se, porém, o dano é decorrente do mesmo fato, a parte não vai ter direito a uma indenização por dano moral e a outra indenização por dano existencial. Aparentemente, uma indenização vai compreender a outra.

A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. Isso foi regamente feito.

Não cabe, portanto, o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem liberdade para essa valoração.

Há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se faça. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

A exposição fática e jurídica do candidato não é suficiente para obter 6,0. O conhecimento demonstrado não possibilita o aumento da nota.

A finalidade do recurso não é rever praticamente toda a prova, como pretende o recorrente.

O examinador não tem de ficar explicando o que o candidato acertou ou errou na questão para justificar a nota dada. Não se está na Faculdade de Direito para justificar a correção da questão ao candidato.

Em síntese, a pretensão do candidato não merece acolhimento, cumprindo assinalar que todas as respostas foram cuidadosamente analisadas pelos membros da comissão examinadora, não havendo registro de atribuição de nota no caderno de prova para assegurar a independência de cada integrante, ao avaliar a compreensão da questão pelo candidato, fundamentação adequada, conhecimento da língua pátria e da existência de relevante controvérsia em nível doutrinário e jurisprudencial.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Pelo exposto, conheço do recurso e, no mérito, **nego-lhe provimento**, mantendo as notas que foram atribuídas ao candidato recorrente.

São Paulo, 12 de novembro de 2015.

Sergio Pinto Martins

Relator

Nº do Recurso

RECURSO Nº 52

Identificação do Candidato

Everton Vinicius da Silva

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro.

VOTO (RELATOR)

Natureza: **RECURSO Nº 52 – XL Concurso para Ingresso na Magistratura**

Recorrente: Candidato 193

Relator: Desembargador Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro

Notas do Candidato: Examinadores:

Dr. Sergio Pinto Martins: 5,5

Dr. Rafael E. Pugliese Ribeiro: 5,0

Dr. Geraldo Baraldi Júnior: 5,0

Vistos, etc.

1. O candidato pede a majoração da sua nota na 1ª prova discursiva. Para tanto, o candidato tenta justificar as ideias defendidas nas respostas de 10 questões. De acordo com o disposto no art. 71, parágrafo único, da Resolução nº 75/2009, do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, o candidato pode interpor recurso para impugnar a questão da prova, vale dizer, vício presente na questão. Confira-se:

Art. 71.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

E no Edital:

7.2.8 – (...) A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

2. O recurso interposto pelo candidato não impugna nenhuma questão da prova. As razões do recurso se limitam a buscar justificativas para as respostas dadas, num claro propósito de robustecer essas respostas. Isso não é possível, porque a aceitação de acréscimos ou justificativas à fundamentação das respostas colocaria o candidato em condição de tratamento desigual, mais favorável, em relação aos demais candidatos, e abriria, por assim dizer, um “segundo turno” de avaliações das provas. O concurso não foi concebido para ter duas avaliações de mérito científico pela mesma Banca Examinadora.

3. A avaliação do candidato, pela Banca Examinadora, respeitou o disposto no art. 48, parágrafo único, da Resolução 75/2009, do CNJ, segundo o qual a Banca



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Examinadora “(...) deverá considerar, em cada questão, o conhecimento sobre o tema, a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição”. E isso foi regiadamente feito.

4. Portanto, não cabe o recurso do candidato que tente rivalizar com a Banca os critérios de avaliação, a partir dos quais a Banca formou o seu juízo de valor. A previsão de recurso contra o resultado da prova contempla, exclusivamente, vícios diretamente relacionados às questões, jamais sobre a valoração científica que a Banca fez a respeito da prova. A Banca tem ampla liberdade para essa valoração.

5. E há, inclusive, uma razão fundamental para que assim se proceda. É que, muito embora os recursos cheguem à Banca Examinadora sem uma identificação nominal, a identificação dos candidatos já foi feita em sessão pública. Na sessão pública, a cada conjunto de notas foi feita a correspondente identificação do nome completo do candidato. Portanto, admitir-se agora, depois da identificação pública dos candidatos, que as notas valorativas possam ser elevadas pela via do recurso, seria o mesmo que negar todos os esforços da Comissão de Concurso para que as notas sejam definidas sem a identificação dos candidatos.

6. Promoverem-se agora alterações à valoração das respostas seria o mesmo que dar nota a um candidato já perfeitamente identificado (ou pelo menos identificável a partir de uma informação pública e oficial). Qualquer provimento de recurso para elevação de notas, nesta etapa e condições, colocaria dúvidas sobre a lisura do certame, e seria, inevitavelmente, motivo de variadas especulações que não convém à Instituição.

7. Concluo, pois, que a previsão de recurso no edital e na Resolução 75/2009 do CNJ somente é possível para questionar vício nas questões da prova, mas não os critérios valorativos assumidos de modo absolutamente impessoal pelos membros da Banca Examinadora sobre as respostas. Sob essa ótica, o eventual provimento do recurso importaria a anulação da questão, não apenas para o recorrente, mas também, em condições de absoluta igualdade, para todos os outros que não recorreram. Somente assim é que se poderá assegurar uma uniformidade de tratamento a todos os candidatos.

8. Como o candidato não suscita a nulidade de nenhuma das questões, **NEGO PROVIMENTO** do recurso.

São Paulo, 28 de outubro de 2.015.

DR. RAFAEL E. PUGLIESE RIBEIRO

Desembargador Federal – Relator

DR. SÉRGIO PINTO MARTINS

Desembargador Federal

DR. GERALDO BARALDI JÚNIOR

Rep. Ordem dos Advogados do Brasil

Nº do Recurso

RECURSO Nº 53

Decisão: Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidiu o Julgamento: Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente Judicial Wilson Fernandes, membro titular da comissão do concurso.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Sr. Desembargador Sergio Pinto Martins, o Exmo. Sr. Desembargador Rafael Edson Pugliese Ribeiro e o Ilmo. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

Relator: Ilmo. Sr. Representante da OAB Advogado Geraldo Baraldi Junior.

VOTO (RELATOR)

Recurso interposto quanto às notas apresentadas pela Banca Examinadora da primeira prova escrita da segunda fase do concurso.

Recurso 53

Prova: 315

Vistos, etc.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

Trata-se de recurso interposto por candidato que realizou prova escrita acima destacada na segunda fase do Concurso para o cargo de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região.

Em resumo, sustenta que as notas finais atribuídas pelos Examinadores devem ser majoradas pelas razões constante do apelo.

É o relatório

V O T O

NÃO CONHECIMENTO POR INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO

Compulsando-se os autos, verifica-se que o apelo apresentado pelo candidato ocorreu as 00:30:52 do dia 22/10/2015 ao passo que, o termo final para apresentação de Recurso, pelas regras do certame, o prazo final para apresentação de recursos pelos candidatos vence em as 00:00 do 21/10/2015.

O Edital do presente Concurso é bem clara ao fixar as datas do certame:

A Presidente do Tribunal e da Comissão do XL Concurso Público para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Desembargadora Silvia Regina Pondé Galvão Devonald, comunica que:

- Ficam **alteradas as datas** constantes no Anexo XI do Edital do Concurso em relação à **Sessão Pública para divulgação do resultado da Primeira Prova Escrita Discursiva (2ª Etapa)** e demais atos subsequentes, bem como, a data da Sessão Pública de desidentificação da Segunda Prova Escrita - Sentença, o quanto segue:

2- SEGUNDA ETAPA

a- PRIMEIRA PROVA ESCRITA DISCURSIVA

b-

Sessão Pública de identificação da 1ª prova escrita discursiva (resultado): 07/10/2015, às 15:00 horas
Publicação do resultado: 14/10/2015
Vista da Prova: 16 e 19/10/2015
Interposição de Recursos: 20 e 21/10/2015
Sessão pública para distribuição ao Relator, por sorteio, dos recursos: 27/10/2015, às 13:00 horas
Sessão pública para julgamento dos recursos: 04/11/2015, às 15:00 horas
Publicação: 09/11/2015

Logo, diante da intempestividade do Recurso, não deve o mesmo ser conhecido.

DO EXPOSTO,

NÃO CONHEÇO do recurso interposto pelo candidato autor da prova nº “315” da primeira prova escrita da segunda fase do LX Concurso para provimento do cargo de Juiz Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, mantendo-se íntegras todas as Notas atribuída ao candidato pela Banca Examinadora.

Geraldo Baraldi Junior

- Relator -

São Paulo, 16 de novembro de 2015.

SILVIA REGINA PONDÉ GALVÃO DEVONALD
Desembargadora Presidente do Tribunal e da Comissão do Concurso