

VI Exame OAB – 2ª FASE – Padrão de correção

Direito do Trabalho

Peça

Gabarito Sugerido:

1) Estrutura inicial

O examinando deve elaborar uma contestação, indicando o fundamento legal (artigo 847 da CLT ou artigo 300 do CPC), com encaminhamento ao Excelentíssimo Senhor Juiz do Trabalho da 20ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro/RJ, indicação das partes e referência ao número do processo (RT nº 0001948-10.2011.5.03.0020).

2) Preliminar de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho

O examinando deve suscitar a preliminar de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho em relação ao pedido de recolhimento das contribuições previdenciárias referentes a todo o período contratual. Isso porque, conforme o artigo 114, inciso VII, da Constituição da República, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir. Assim, a competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário-de-contribuição. Neste sentido, o entendimento contido no item I da Súmula nº 368 do TST. Logo, deve requerer a extinção do processo sem resolução do mérito quanto a este pedido, com fundamento no artigo 267, inciso IV, do CPC.

3) Prejudicial de prescrição quinquenal

O examinando deve suscitar a prejudicial de prescrição quinquenal, com fundamento no artigo 7º, inciso XXIX, da CF/88 ou artigo 11, inciso I, da CLT ou Súmula nº 308, item I, do TST, a fim de que sejam consideradas prescritas as parcelas anteriores a 05.10.2006.

4) Diferenças em relação ao salário normativo da categoria dos enfermeiros e reflexos

O examinando deve impugnar o pedido, aduzindo que, embora tenha se graduado no curso superior de enfermagem, a reclamante prestou serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa ao reclamado no âmbito residencial deste, exercendo a função de empregada doméstica, nos termos do artigo 1º da Lei nº 5.859/72. Deste modo, não lhe assiste o direito ao pagamento do piso salarial da categoria profissional dos enfermeiros e reflexos.

5) Horas extraordinárias e reflexos

O examinando deve impugnar o pedido, alegando que a autora, como empregada doméstica, não tem direito ao pagamento de horas extraordinárias, posto que a norma do artigo 7º, parágrafo único, da Constituição da República não se reporta aos incisos XIII e XVI do mesmo artigo. Logo, indevido o pagamento de horas extraordinárias e reflexos.

6) Adicional noturno e reflexos

O examinando deve impugnar o pedido, alegando que a autora, como empregada doméstica, não tem direito ao pagamento de adicional noturno, posto que a norma do artigo 7º, parágrafo único, da Constituição da República não se reporta ao inciso IX do mesmo artigo. Logo, indevido o pagamento de adicional noturno e reflexos.

7) Diferenças correspondente à integração salarial dos valores de alimentação e material de higiene pessoal

O examinando deve impugnar o pedido, aduzindo que as despesas do empregador doméstico com alimentação e higiene não têm natureza salarial nem se incorporam à remuneração para quaisquer efeitos, com fundamento no artigo 2º-A, § 2º, da Lei nº 5.859/72. Logo, indevido o pagamento das diferenças salariais e reflexos.

8) Salário-Família

O examinando deve impugnar o pedido, alegando que o empregado doméstico não tem direito à percepção de salário-família, conforme ressalva expressa no artigo 65, caput, da Lei nº 8.213/91. De igual sorte, o art. 7º, par.único da CF de 88 e o artigo 81 do Decreto 3.048/99 também não autorizam tal direito à empregada doméstica. Logo, indevido o pagamento do salário-família.

9) Depósitos do FGTS

O examinando deve impugnar o pedido, alegando que a inclusão do empregado doméstico no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço consiste em mera faculdade a cargo do empregador, conforme o disposto no artigo 3º-A da Lei nº 5.859/72. Logo, indevido o pagamento dos valores correspondentes aos depósitos do FGTS.

10) Honorários advocatícios

O examinando deve impugnar o pedido, aduzindo que a autora não se encontra assistido pelo sindicato de classe, não atendendo aos requisitos previstos no artigo 14, § 1º, da Lei nº 5.584/70, em conformidade com as Súmulas nº 219, item I, e 329 do TST OU OJ 305, DO TST.

11) Requerimentos

O examinando deve requerer o acolhimento da preliminar de incompetência absoluta e da prejudicial de prescrição quinquenal e, no mérito, a improcedência dos pedidos. Também deve protestar por todos os meios de prova admitidos em Direito, notadamente o depoimento pessoal e as provas documentais e testemunhais.

Distribuição dos Pontos

Item	Pontuação
1) Estrutura inicial - Encaminhamento adequado (0,25) e correta identificação das partes e do processo (0,25).	0 / 0,25 / 0,50
2) Preliminar de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho - Incompetência absoluta do pedido de recolhimento das contribuições previdenciárias de todo o período contratual (0,25). Indicação do artigo 114, VII, da CRFB OU Súmula 368, I, do TST (0,25).	0 / 0,25 / 0,50
3) Prejudicial de prescrição quinquenal - Prescrição das parcelas anteriores a 5/10/2006 (0,30). Indicação do art. 7º, XXIX, da CRFB OU do artigo 11, I, da CLT OU da Súmula 308, I, do TST (0,20).	0 / 0,30 / 0,50
4) Diferenças em relação ao salário normativo da categoria dos enfermeiros e reflexos - Não tem direito ao salário normativo, por ser empregada doméstica (0,50).	0 / 0,50
5) Horas extraordinárias e reflexos - Empregada doméstica não tem direito a horas extras (0,30). Indicação do artigo 7º, parágrafo único, da CRFB (0,20).	0 / 0,30 / 0,50
6) Adicional noturno e reflexos - Empregada doméstica não tem direito a adicional noturno (0,30). Indicação do artigo 7º, parágrafo único, da CRFB (0,20).	0 / 0,30 / 0,50
7) Diferenças correspondentes à integração salarial dos valores de alimentação e material de higiene pessoal - Natureza não salarial dessas despesas (0,30). Indicação do artigo 2º-A, §2º, da Lei 5.859/72 (0,20)	0 / 0,30 / 0,50
8) Salário-Família - Empregada doméstica não tem direito a salário-família (0,30). Indicação do artigo 65, <i>caput</i> , da Lei 8.213/91 OU art. 7º, parágrafo único, da CRFB OU artigo 81 do Decreto 3.048/99 (0,20).	0 / 0,30 / 0,50
9) Depósitos do FGTS - Inclusão no FGTS pelo empregador doméstico é facultativa (0,30). Indicação do artigo 3º-A da Lei 5.859/72 (0,20).	0 / 0,30 / 0,50
10) Honorários advocatícios - Falta de assistência sindical (0,1). Indicação da Lei 5.584/70 OU Súmula 219, I, do TST OU OJ 305 DO TST (0,1).	0 / 0,1 / 0,2
11) Requerimentos - Acolhimento da preliminar de incompetência (0,1). Acolhimento da prescrição (0,1). Improcedência dos pedidos (0,1).	0 / 0,1 / 0,2 / 0,3

Questão 1

Gabarito Sugerido:

a) Espera-se do candidato que, considerando a dúlice finalidade das férias (descanso anual para reposição de energias, com remuneração recebida antecipadamente para propiciar-lhe o efetivo gozo do direito), identifique o direito à dobra do pagamento por ter restado frustrada uma das referidas finalidades, eis que o pagamento foi efetuado somente em 10/05/2006, em que pese o descanso ter sido iniciado em 18/04/2006.

Nos termos do art.145, da CLT, o pagamento das férias deveria ter sido efetuado até 2 (dois) dias antes do início da fruição do direito, ou seja, até 16/04/2006. E, de acordo com a OJ 386 da SBDI-I do TST, em situações como esta, onde há o descumprimento do art. 145 da CLT, deve-se usar analogicamente o art. 137 da CLT, a fim de se determinar o pagamento em dobro das férias.

b) Espera-se aferir do candidato a compreensão de que o exercício do direito de despedir tem limites e que a ofensa a esses limites caracteriza abuso do poder empregatício.

Ora, se o trabalhador, além de não ser atendido na tentativa de reclamar quanto ao atraso no pagamento das férias, ainda vem a ser despedido por sua atitude, fica caracterizada a despedida retaliativa, pela ofensa à dignidade da pessoa do trabalhador, a ensejar a incidência de indenização por dano moral, nos termos dos art.1º, III e 170 da CRFB, 186 e 927 do Código Civil c/c 8º parágrafo único da CLT.

Distribuição dos Pontos

<i>Item</i>	<i>Pontuação</i>
<p>Item A</p> <p>Sim. Mesmo gozadas as férias na época própria, foi descumprido o prazo do art. 145 (0,40) incidindo a dobra do art. 137 da CLT (0,25).</p> <p>OU</p> <p>Fundamentação nos termos da OJ 386 da SBDI-I do TST (0,65).</p> <p>Obs: A mera resposta “sim” e a mera indicação do fundamento legal ou jurisprudencial não pontuam; a indicação deve ser completa.</p>	<p>0 / 0,25 / 0,40 / 0,65</p>
<p>Item B</p> <p>Sim, pela abusividade da despedida (0,2), em retaliação a legítimo requerimento (0,2). Indicação do art.1º, III, OU 170 da CRFB OU 927 do Código Civil OU 186 do Código Civil (0,2). Obs: A mera resposta “sim” e a mera indicação do fundamento legal ou jurisprudencial não pontuam; a indicação deve ser completa.</p>	<p>0 / 0,2 / 0,4 / 0,6</p>

Questão 2

Gabarito Sugerido:

Não, a decisão foi incorreta. Considerando que os controles de ponto não tinham variação de horário, nos termos da Súmula 338, III, do TST presume-se verdadeira a jornada da inicial, porém, com a possibilidade da empresa elidir a presunção por prova em contrário, dada a inversão do ônus da prova.

Distribuição dos Pontos

<i>Item</i>	<i>Pontuação</i>
<p>Não. Embora os controles fossem invariáveis, a veracidade do horário alegado na inicial é apenas presumida e o empregador podia elidir a presunção mediante prova em contrário (0,90). Indicação da Súmula 338, III, do TST (0,35).</p> <p>Obs: A mera resposta “não” e a mera indicação do fundamento legal ou jurisprudencial não pontuam; a indicação deve ser precisa.</p>	<p>0 / 0,90 / 1,25</p>

Questão 3

Gabarito Sugerido:

Espera-se que o candidato identifique a incorreção da decisão em relação à lei vigente.

A decisão foi incorreta, pois o princípio da territorialidade invocado pelo juiz, previsto na Súmula 207 do TST é regra geral, não se aplicando aos casos de transferência de empregados para trabalho no exterior.

Em tais hipóteses, aplicável não a lei do lugar da prestação de serviços e sim a lei mais benéfica, no caso, a brasileira, nos termos do art. 3º, II, da Lei 7.064/82.

Distribuição dos Pontos

<i>Item</i>	<i>Pontuação</i>
Não. Nas transferências para trabalho no exterior é aplicável a lei mais benéfica; no caso, a brasileira (0,90). Indicação do art. 3º, II, da Lei 7.064/82 (0,35). Obs: A mera resposta “não” e a mera indicação do fundamento legal ou jurisprudencial não pontuam; a indicação deve ser precisa.	0 / 0,90 / 1,25

Questão 4

Gabarito Sugerido:

a) Espera-se que o examinando identifique que João da Silva não ocupava cargo de confiança bancária, posto que não exercia função de direção, gerência, fiscalização, chefia ou equivalentes, muito menos outras funções de confiança previstas no artigo 224, § 2º, da CLT, apesar de receber gratificação de função de 1/3 do salário do seu posto efetivo.

Conforme o posicionamento contido na Súmula nº 102, item VI, do C. TST, o caixa bancário, ainda que caixa executivo, não exerce cargo de confiança. Se perceber gratificação igual ou superior a um terço do salário do posto efetivo, ela remunera apenas a maior responsabilidade do cargo e não as duas horas extraordinárias além da sexta.

Logo, João trabalhava 02 (duas) horas extras diárias (sétima e oitava horas), porque lhe seria aplicável a jornada de trabalho reduzida de 06 (seis) horas prevista no artigo 224, caput, da CLT.

b) Espera-se que o examinando identifique que João da Silva, no exercício da função de gerente de departamento de pessoal prestava 02 (duas) horas extras diárias (nona e décima horas), pois exercia cargo de confiança bancário, nos termos do artigo 224, § 2º, da CLT. E, de acordo com o entendimento consubstanciado na Súmula nº 102, item IV, do C. TST, o bancário sujeito à regra do art. 224, § 2º, da CLT cumpre jornada de trabalho de 8 (oito) horas, sendo extraordinárias as trabalhadas além da oitava.

O gerente de departamento de pessoal, ainda que receba gratificação de função igual ou superior a 40% do salário efetivo não está incluído no regramento do art.62, II, da CLT.

c) Espera-se que o examinando identifique que a reversão de empregado ocupante de função de confiança para o cargo efetivo resta autorizada pela norma do parágrafo único do artigo 468 da CLT, estando assim contida no poder empregatício (jus variando).

Todavia, a gratificação de função não poderia ter sido suprimida. Segundo a jurisprudência uniformizada no item I da Súmula nº 372 do C. TST, percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira.

Distribuição dos Pontos

Item	Pontuação
<p>Item A</p> <p>Não. O caixa executivo exerce trabalho burocrático OU não exerce função enquadrada no art. 224, §2º, da CLT (0,1). Indicação da Súmula 102, VI, do TST (0,1).</p> <p>Obs: A mera indicação do fundamento legal ou jurisprudencial não pontua, e deve ser precisa.</p>	0 / 0,1 / 0,2
<p>Sim. 2 horas extras diárias (7ª e 8ª), porque tinha jornada de 6 horas (0,2). Indicação do art. 224, <i>caput</i>, da CLT (0,1).</p> <p>Obs: A mera indicação do fundamento legal ou jurisprudencial não pontua, e deve ser precisa.</p>	0 / 0,2 / 0,3
<p>Item B</p> <p>Sim. Fazia como horas as que ultrapassavam a 8ª diária (0,2). Incidência do artigo 224, §2º, da CLT OU indicação da Súmula 102, IV, do TST (0,2).</p> <p>Obs.: A mera resposta “sim” não é pontuada.</p>	0 / 0,2 / 0,4
<p>Item C</p> <p>Sim, com base no <i>jus variandi</i> OU nos termos do artigo 468, parágrafo único, da CLT (0,1).</p> <p>Não, porque exerceu cargo de confiança por mais de 10 anos, com incorporação da gratificação de função (0,1). Indicação da Súmula 372, I, do TST (0,15).</p> <p>Obs: A mera resposta “sim” ou “não” não é pontuada. A mera indicação do fundamento legal ou jurisprudencial não pontua, e deve ser precisa.</p>	0 / 0,1 / 0,2 / 0,25 / 0,35