

# OAB/SP

## 3º EXAME DA ORDEM DE 2008

### PROVA PRÁTICO PROFISSIONAL

#### DIREITO DO TRABALHO

Data de Aplicação: 1/3/2009

#### PADRÃO DE RESPOSTA

PEÇA PROFISSIONAL
-------------------

##### PONTO 1

A peça deve ser a de Embargos a SDI-1, dirigido ao Presidente da Turma do TST. A jurisprudência do TST segue orientação do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, no sentido de ser clara a determinação constitucional quanto à necessidade de submissão a concurso público para que se tenha acesso a cargo ou a emprego público (art. 37, II, da CF/88), não sendo possível que se interprete a referida condição como exigível apenas no ingresso na carreira. Por isso, há vedação constitucional de reenquadramento de servidor público. A Orientação Jurisprudencial n.º 125 da SBDI-1 do Tribunal, no entanto, estabelece que “o simples desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas às diferenças salariais respectivas, mesmo que o desvio de função haja iniciado antes da vigência da Constituição Federal de 88”. Assim, não tem direito o reclamante ao reenquadramento, mas faz jus ao pagamento das diferenças salariais entre a atividade exercida e aquela para a qual originalmente havia sido contratado.

##### PONTO 2

Deve ser elaborado recurso de revista dirigido ao presidente do TRT da 2.ª Região. O TST entende que "A fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos" (Súmula 364, item II, do TST), de modo que a ação deve ser julgada parcialmente procedente somente para acatar o pleito de pagamento do adicional de periculosidade no percentual de 12% (doze) por cento sobre o valor do salário e proporcional ao tempo de exposição do empregado à situação de risco, conforme autoriza o acordo coletivo, instrumento cujo reconhecimento a própria Constituição Federal assegura (TST, SDI-1, E-ED-RR-738752/2001.8, rel. Min. Maria Cristina Peduzzi). É que, celebrada a negociação, esta tem força de lei entre as partes, e ao empregado, individualmente considerado, não é dado rebelar-se contra o que foi acordado através da autocomposição de interesses. Aliás, a Constituição da República prestigia a negociação coletiva, incentivando a superioridade das normas que emanam desta autocomposição de interesses que se faz através das respectivas representações das categorias profissionais e econômicas, exercidas pelos Sindicatos, em pé de igualdade. É o que se extrai dos termos dos arts. 7.º, inc. XXVI e 8.º, inc. III, da Carta Magna. Daí porque não se pode olvidar que os instrumentos coletivos sobrepõem-se sobre as leis ordinárias diante da autoridade e eficácia que lhes são constitucionalmente conferidas.

### PONTO 3

Deve ser apresentado recurso ordinário dirigido ao presidente do TRT da 2.<sup>a</sup> Região. O STF (ADI 1721/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. em 11.10.2006) declarou inconstitucional o § 2.<sup>o</sup> do art. 543 da CLT — acrescido pelo art. 3.<sup>o</sup> da Medida Provisória 1.596-14-97, convertida na Lei n<sup>o</sup> 9.528/97 —, que estabelece que o ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado trinta e cinco anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício. Entendeu o Supremo Tribunal que a norma impugnada é inconstitucional por instituir modalidade de despedida arbitrária ou sem justa causa, sem indenização (CF, art. 7.<sup>o</sup>, I), desconsiderando a própria eventual vontade do empregador de permanecer com seu empregado, bem como o fato de que o direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, ocorre na relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de Previdência e o INSS, portanto às expensas de um sistema atuarial-financeiro gerido por este. Observou, ainda, que o Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum e que a mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego.

#### QUESTÃO 1

Não foi correta a decisão da Empresa.

A dispensa por justa causa depende da prática de falta grave prevista de forma taxativa na Legislação. A recusa do empregado em assinar a advertência é seu direito e não se configura falta grave.

De fato, a infração laboral caracterizadora da falta grave caracteriza-se como comportamento do trabalhador que prejudique o cumprimento de suas obrigações contratuais trabalhistas.

Como a ausência de assinatura do empregado não configurou falta grave, houve duplicidade de punição (*bis in idem*).

#### QUESTÃO 2

Considera-se como salário complessivo aquele que pretende abranger várias verbas salariais, englobadamente; todos os pagamentos devidos pelo empregador devem ser claramente descritos nos recibos de pagamento, sob pena de configuração de salário complessivo, o que é repudiado pelo direito do trabalho, de modo que é vedado o pagamento de parcelas salariais distintas sob o mesmo título, sem que seja feita a discriminação isolada de cada uma delas nos demonstrativos de pagamento (Súmula 91/TST);

É forma de remuneração que possibilita a fraude aos direitos trabalhistas, porque a indiscriminação das parcelas salariais não permite concluir se foram elas efetivamente pagas, podendo dar ensejo a renúncia prévia a direitos na fórmula de salário conjunto (art. 9.<sup>o</sup> da CLT).

### QUESTÃO 3

A Orientação Jurisprudencial n.º 4 da SDI-1 do TST diz que "I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho". Até por que "II — a limpeza de residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo não podem ser consideradas atividades insalubres, ainda que constatadas por laudo pericial, porque não se encontram dentre as classificadas como lixo urbano na Portaria do Ministério do Trabalho (ex-OJ n.º 170 da SDI-1 inserida em 8.11.00)";

Em se tratando de mera limpeza e recolhimento de lixo doméstico em banheiros do escritório e da área de produção da empresa, o deferimento do adicional de insalubridade em grau máximo contraria o item II da Orientação Jurisprudencial 4 da SBDI-1.

### QUESTÃO 4

Segundo Sérgio Pinto Martins (**Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 24ª ed., 2008, p. 317), o aborto quando não-criminoso é hipótese de interrupção do contrato de trabalho, pois conta-se o tempo de serviço para todos os efeitos. Por sua vez, na hipótese de aborto criminoso, haverá a suspensão do contrato de trabalho, pois nenhum efeito gerará para a empregada.

### QUESTÃO 5

O art. 118 da Lei n.º 8.213/91 cuida da estabilidade provisória do empregado que sofre acidente do trabalho, garantindo-lhe a manutenção do contrato de trabalho pelo prazo mínimo de doze meses após a cessação do auxílio-doença, mas não dispõe quanto à medida a ser tomada pelo empregado no caso de inobservância por parte do empregador.

A demora no ajuizamento da ação trabalhista não retira a garantia constitucional de o reclamante, dentro do biênio prescricional, buscar o direito ao recebimento dos valores referentes ao período da estabilidade provisória.

A Súmula 396, item I, do TST diz que "exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego". Neste sentido tem sido o entendimento do TST (E-RR-788063/2001, Rel. Min. Horácio Sena Pires, DJ 14/12/2007).