

EXAME DA OAB
2011.1
1º Fase
Questões comentadas

COMETÁRIOS AO EXAME DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - 2011.1.

Direito do Trabalho

Prof. Henrique Correia¹.

1. (Fundação Getúlio Vargas. Exame da Ordem dos Advogados do Brasil – 2011.1). Foi celebrada convenção coletiva que fixa jornada em sete horas diárias. Posteriormente, na mesma vigência dessa convenção, foi celebrado acordo coletivo prevendo redução da referida jornada em 30 minutos. Assim, os empregados das empresas que subscrevem o acordo coletivo e a convenção coletiva deverão trabalhar, por dia,

- a) 8 horas, pois CRFB prevê jornada de 8 horas por dia e 44 horas semanais, não podendo ser derogada por norma hierarquicamente inferior.
- b) 7 horas e 30 minutos, porque o acordo coletivo, por ser mais específico, prevalece sobre a convenção coletiva, sendo aplicada a redução de 30 minutos sobre a jornada de 8 horas por dia prevista na CRFB.
- c) 6 horas e 30 minutos, pela aplicação do princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador.
- d) 7 horas, pois as condições estabelecidas na convenção coletiva, por serem mais abrangentes, prevalecem sobre as estipuladas no acordo coletivo.

COMENTÁRIOS

Alternativa correta: c. Um dos princípios que vigora no Direito do Trabalho, em decorrência do Princípio da Proteção ao trabalhador, é o Princípio da Norma mais favorável. De acordo com ele, entre duas ou mais normas a serem aplicadas ao caso concreto, deve ser aplicada a mais favorável em relação ao trabalhador.

Assim, no caso apresentado, o acordo coletivo apresenta uma redução de jornada em meia hora, sem a redução salarial, sendo, portanto, uma norma mais favorável aos trabalhadores. Desse modo, o acordo coletivo deve ser aplicado, e, portanto, a jornada diária ser reduzida em meia hora, totalizando seis horas e meia.

¹ Henrique Correia é Professor de Direito do Trabalho do curso LFG e *Praetorium*. Autor dos livros *Direito do Trabalho* pela Editora JusPODIVM (www.editorajuspodivm.com.br). Procurador do Trabalho.

2. (Fundação Getúlio Vargas. Exame da Ordem dos Advogados do Brasil – 2011.1). Paulo, empregado da empresa Alegria Ltda., trabalha para a empresa Boa Sorte Ltda., em decorrência de contrato de prestação de serviços celebrado entre as respectivas empresas. As atribuições por ele exercidas inserem-se na atividade-meio da tomadora, a qual efetua o controle de sua jornada de trabalho e dirige a prestação pessoal dos serviços, emitindo ordens diretas ao trabalhador no desempenho de suas tarefas.

Diante dessa situação hipotética, assinale a alternativa correta.

- a) A terceirização é lícita, não acarretando a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora.
- b) A terceirização é ilícita, acarretando a nulidade do vínculo de emprego com a empresa prestadora e o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a empresa tomadora.
- c) A terceirização é ilícita, acarretando a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora.
- d) A terceirização é lícita, acarretando a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora.

COMENTÁRIOS

Alternativa correta: b. Ocorre terceirização quando uma empresa, em vez de executar serviços diretamente com seus empregados, contrata outra empresa, para que esta realize com o seu pessoal e sob a sua responsabilidade.

De acordo com a Súmula nº 331, III do TST: “Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que **inexistente a personalidade e a subordinação direta**”.

A questão deixa clara a subordinação de terceirizado e tomadora, pois a empresa tomadora controla o horário e emite ordens diretas ao terceirizado. Dessa maneira a fraude à terceirização gera o vínculo empregatício com a empresa tomadora de serviços (existência de personalidade e subordinação). A terceirização, portanto, é ilícita.

3. (Fundação Getúlio Vargas. Exame da Ordem dos Advogados do Brasil – 2011.1). Com relação ao contrato de aprendizagem, assinale a alternativa correta.

- a) A duração do trabalho do aprendiz não pode exceder de quatro horas diárias, sendo vedada a prorrogação e a compensação de jornada.

- b) Salvo condição mais favorável, ao menor aprendiz deve ser assegurado o salário mínimo hora.
- c) É um contrato especial de trabalho que pode ser ajustado de forma expressa ou tácita.
- d) É um contrato por prazo determinado cuja duração jamais poderá ser superior a dois anos.

COMENTÁRIOS

Alternativa correta: b. Aprendizagem é contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de quatorze e menor de vinte e quatro anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação (art. 7º, XXXIII, CF/88 e art. 428, *caput*, CLT). Ao menor aprendiz, salvo condição mais favorável, será garantido o salário mínimo hora (art. 428, § 2º, CLT).

Alternativa a. A duração do trabalho do aprendiz não excederá de **seis horas diárias**, sendo vedadas a prorrogação e a compensação de jornada (art. 432, *caput*, CLT).

Alternativa c. O contrato de trabalho é sempre expresso, pois a forma escrita e determinada é um de seus requisitos (art. 428, *caput*, CLT).

Alternativa d. O contrato de aprendizagem não poderá ser estipulado por mais de dois anos, **exceto** quando se tratar de aprendiz portador de deficiência (art. 428, § 3º, CLT).

4. (Fundação Getúlio Vargas. Exame da Ordem dos Advogados do Brasil – 2011.1). João da Silva ajuizou reclamação trabalhista em face da empresa Alfa Empreendimentos Ltda., alegando ter sido dispensado sem justa causa. Postulou a condenação da reclamada no pagamento de aviso-prévio, décimo terceiro salário, férias proporcionais acrescidas do terço constitucional e indenização compensatória de 40% (quarenta por cento) sobre os depósitos do FGT, bem como na obrigação de fornecimento das guias para levantamento dos depósitos do FGTS e obtenção do benefício do seguro-desemprego. Na peça de defesa, a empresa afirma que o reclamante foi dispensado motivadamente, por desídia no desempenho de suas funções (artigo 482, alínea “e”, da CLT), e que, por essa razão, não efetuou o pagamento das verbas postuladas e não forneceu as guias para a movimentação dos depósitos do FGTS e percepção do seguro-desemprego.

Considerando que, após a instrução processual, o juiz se convenceu da configuração de culpa recíproca, assinale a alternativa correta.

- a) O reclamante não poderá movimentar a conta vinculada do FGTS.
- b) O reclamante não tem direito ao pagamento de indenização compensatória sobre os depósitos do FGTS.

- c) A culpa recíproca é modalidade de rescisão unilateral do contrato de trabalho.
- d) O reclamante tem direito a 50% do valor do aviso prévio, do décimo terceiro salário e das férias proporcionais.

COMENTÁRIOS

Alternativa correta: d. A culpa recíproca, ao contrário da dispensa por justa causa e da rescisão indireta do contrato de trabalho, ocorre quando as duas partes motivam a extinção do contrato de trabalho. Há, portanto, falta grave simultânea do empregado e empregador.

De acordo com a Súmula nº 14 do TST: “Reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (art. 484 da CLT), o empregado tem direito a cinquenta por cento do valor do **aviso-prévio**, do **décimo terceiro salário** e das **férias proporcionais**”.

5. (Fundação Getúlio Vargas. Exame da Ordem dos Advogados do Brasil – 2011.1). Assinale a alternativa correta em relação ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.

- a) A prescrição da pretensão relativa às parcelas remuneratórias não alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS, posto ser trintenária a prescrição para a cobrança deste último.
- b) Na hipótese de falecimento do empregado, o saldo de sua conta vinculada do FGTS deve ser pago ao representante legal do espólio, a fim de que proceda à partilha entre todos os sucessores do trabalhador falecido.
- c) Durante a prestação do serviço militar obrigatório pelo empregado, ainda que se trate de período de suspensão do contrato de trabalho, é devido o depósito em sua conta vinculada do FGTS.
- d) Não é devido o pagamento de indenização compensatória sobre os depósitos do FGTS quando o contrato de trabalho se extingue por força reconhecida pela Justiça do Trabalho.

COMENTÁRIOS

Alternativa correta: c. **Interrupção** do contrato de trabalho é a ausência provisória da prestação de serviços com o pagamento de salários a contagem de tempo de serviço. **Suspensão** do contrato de trabalho é a ausência provisória da prestação de serviços sem o pagamento de salários e sem a contagem de tempo de serviço.

O serviço militar obrigatório é um caso controvertido, pois não há a obrigação de pagamento de salários, mas persiste a obrigação do depósito em conta vinculo do FGTS. Nesse sentido o art. 15, § 5º da Lei nº 8.036/1990 – Lei do FGTS: “O depósito relativo ao FGTS é obrigatório nos casos de afastamento para prestação do serviço militar obrigatório e licença por acidente do trabalho”.

Alternativa a. É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, mas deve ser observado o prazo de dois anos após o término do contrato de trabalho (art. 7º, XXIX, CF/88) (Súmula nº 362, TST). Nesse sentido a Súmula nº 206

do TST: “A prescrição da pretensão relativa às parcelas remuneratórias alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS”.

Alternativa b. Em caso de falecimento do empregado o saldo de sua conta vinculada deve ser pago a seus dependentes, para esse fim habilitados perante a Previdência Social, segundo o critério adotado para a concessão de pensões por morte. Na falta de dependentes, farão jus ao recebimento do saldo da conta vinculada os seus sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, expedido a requerimento do interessado, independente de inventário ou arrolamento (art. 20, IV, Lei nº 8.036/1990).

Alternativa d. Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros (art. 18, § 1º, Lei nº 8.036/1990). Portanto, essa indenização compensatória é sempre devida no caso de dispensa sem justa causa, independentemente de sentença judicial.

6. (Fundação Getúlio Vargas. Exame da Ordem dos Advogados do Brasil – 2011.1). José Antônio, integrante da categoria profissional dos eletricitários, é empregado de uma empresa do setor elétrico, expondo-se, de forma intermitente, a condições de risco acentuado.

Diante dessa situação hipotética, e considerando que não há norma coletiva disciplinando as condições de trabalho, assinale a alternativa correta.

- a) José Antônio não tem direito ao pagamento de adicional de periculosidade, em razão da intermitência da exposição às condições de risco.
- b) José Antônio tem direito ao pagamento de adicional de periculosidade de forma proporcional ao tempo de exposição ao risco.
- c) José Antônio tem direito ao pagamento de adicional de periculosidade de 30% (trinta por cento) sobre o seu salário básico.
- d) José Antônio tem direito ao pagamento de adicional de periculosidade de 30% (trinta por cento) sobre a totalidade das parcelas salariais.

COMENTÁRIOS

Alternativa correta: d. O trabalho exercido em condições perigosas, embora de forma intermitente, dá direito ao empregado a receber o adicional de periculosidade de forma integral, porque a Lei nº 7.369, de 20.09.1985, não estabeleceu nenhuma proporcionalidade em relação ao seu pagamento. De acordo com a jurisprudência do TST:

Súmula nº 191 do TST. O adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais. Em relação aos **eletricitários**, o cálculo do adicional de periculosidade deverá ser efetuado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial.

Orientação Jurisprudencial nº 279 da SDI-I do TST. O adicional de periculosidade dos **eletricitários** deverá ser calculado sobre o conjunto de parcelas de natureza salarial.

Em resumo, atividade perigosa é aquela em que há contato permanente com explosivos, inflamáveis ou demais agentes que coloquem o trabalhador em condições de risco acentuado. O adicional de periculosidade é de **30% sobre o salário base**, ou seja, o cálculo não leva em conta outros acréscimos (salário + adicional de periculosidade). O pagamento, portanto, ocorre em razão do risco potencial da ocorrência de acidente de trabalho.

A incidência do adicional de periculosidade sobre o salário básico é a regra. A exceção fica por conta dos **eletricitários**, pois há previsão no art. 1º da Lei nº 7.369/85 de que incidirá o adicional de 30% sobre “o salário que receber”, e com base nesse artigo, há a interpretação de que o adicional de periculosidade do eletricitário incidirá sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial, como comissões, percentagens, prêmios etc.