

DOCTRINA

O REAJUSTE SALARIAL EM FACE DA LEI N. 6.708/79

Aluysio Mendonça Sampaio

Juiz Presidente da 21.^a JCJ
de São Paulo

1. Introdução:

O Direito do Trabalho, cujo objetivo primordial é a justiça social mediante a proteção jurídica ao hipossuficiente, é reconhecidamente o mais contingente dos ramos do direito. Os relacionamentos entre o capital e o trabalho, fundamentais nas organizações sociais vigentes, não se assemelham ao fluir tranqüilo de um rio de águas mansas, pois não raro as águas se encrespam e por vezes atingem até a violência das vagas de mar encapelado. As contradições substanciais entre o capital e o trabalho, insítas em suas correlações diurnas, determinam a constante mobilidade das relações de trabalho e, de conseqüência, o aspecto acentuadamente contingente do Direito do Trabalho, que, embora tendo por meta a justiça social como realização das mais elevadas aspirações humanas, está desengadadamente condicionado às possibilidades econômicas de determinada sociedade. Fazendo tal afirmativa, não estamos asseverando que o **direito do trabalho** deve sujeitar-se ao **direito econômico**, mas dissociar-se aquele deste não seria laborar-se a nível de ciência jurídica e política, porém enlevar-se na poesia de sonhos utópicos, ou travestir-se em D. Quixote sem armadura e sem espada.

Nenhuma lei trabalhista, pois, deve ser examinada fora das circunstâncias de tempo e lugar, pois toda ela é fruto de um momento social e deflui de um processo histórico de desenvolvimento dos relacionamentos sociais e da evolução das concepções jurídicas. Daí por que devemos focalizar a Lei 6.708, de 30 de outubro de 1979, vigente a partir de 1.º de novembro daquele ano, partindo da evolução histórica da matéria que regula (**o reajuste salarial**) situando o seu momento e a sua importância no **direito material** e no **direito processual do trabalho** brasileiros. Mas, para isso, devemos delimitar o campo de enfoque — **o reajuste salarial e suas formas de fixação**. Isto é, devemos referir-nos às **fontes jurígenas** da relação de emprego:

a vontade das partes (fonte voluntária); as convenções coletivas, as sentenças normativas e a lei (fontes imperativas).

Sem dúvida, a fonte primacial da prestação salarial é a voluntária. Mas a vontade das partes é limitada, no contrato de trabalho, às lindes das fontes imperativas. Como qualquer outra cláusula contratual, a estipulação do salário, pela vontade das partes, não pode contrariar a lei, as sentenças normativas e as convenções coletivas. As fontes imperativas são como as margens inarredáveis de um rio: as águas fluem mas sem o poder de aluí-las.

Na imperatividade de determinadas fontes do contrato de trabalho reside o sentido maior da proteção ao hipossuficiente. É que, já mesmo no nascimento da relação de emprego, sobrepõe-se à frágil vontade do trabalhador o poder avassalante do empregador. Intervêm, então, o Estado, através da lei, para estabelecer um limite ao poder econômico. Daí as normas legais relativas ao salário mínimo. E não só: prestação sucessiva que é o salário, deve ele ser protegido durante toda vigência do contrato. Daí, entre outras, as normas legais relativas à equiparação ou equivalência salarial.

No fluir do contrato de trabalho, as condições inicialmente estipuladas sofrem o impacto da variação da realidade, de tal sorte que as condições formalmente avençadas alteram-se em sua substância ou conteúdo. Tal ocorre, sobretudo, com a prestação salarial, ante a ação corrosiva da inflação. O valor nominal inicialmente estipulado vai se desgastando em seu conteúdo.

Dada essa circunstância, não só a lei, como as convenções e dissídios coletivos, atuam imperativamente na correção do desajustamento apontado.

As convenções ou contratos coletivos, apesar de sua importância no campo da teoria, e embora o relevante reconhecimento legal, não tem encontrado, no Brasil, o indispensável respaldo de um sindicalismo fortalecido. Daí por que, na história do direito do trabalho no Brasil, as convenções coletivas quase só aparecem como mera aspiração doutrinária, na prática esmaecendo-se sua figura diante da constância das soluções dos conflitos coletivos do trabalho pela atuação do poder normativo da Justiça do Trabalho. É inegável que, das fontes imperativas do contrato de trabalho, as mais importantes no Brasil têm sido a lei e os dissídios coletivos. Somente nos tempos atuais, com o desenvolvimento de indústrias de porte agigantado (como a indústria automobilística) começa a se esboçar a possibilidade das contratações coletivas. Mas ainda perdura a predominância dos dissídios coletivos, isto é, do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, considerando-se as desigualdades regionais de um país-continente.

Para situarmos bem a Lei 6.708/79 e definir-lhe a importância no contexto do Direito do Trabalho, devemos examinar o que tem constituído o conteúdo das sentenças normativas. A respeito, **Cid José Sitrângulo** realizou cuidadosa pesquisa e elaborou importante estudo: "**Conteúdo dos Dissídios**

Coletivos de Trabalho". Ao exame de sentenças normativas prolatadas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2.^a Região, elaborou ele significativo quadro demonstrativo, que lhe permitiu a classificação dos seguintes períodos, na história do poder normativo da Justiça do Trabalho, quanto às cláusulas informativas de seu conteúdo:

Primeiro período (1947-1952). Salienta ele que, em tal período, "a par da majoração salarial, como cláusulas acessórias, aparecem apenas: a) o aumento por faixas salariais; b) o cômputo de quaisquer aumentos, já concedidos na vigência do dissídio anterior; c) o cômputo tão-somente dos aumentos voluntários, anteriormente concedidos; d) a exclusão de abono; e) a exclusão dos descansos semanais remunerados; f) o condicionamento do aumento à assiduidade do empregado; e g) o esboço da cláusula que permite a participação, no aumento salarial, dos empregados admitidos após a data-base.

Segundo período (1953-1964) — Além das cláusulas do primeiro estrato, salienta o autor, no segundo período, a seguinte tendência: a) fixação de um critério definitivo para a concessão de igual aumento para todos os empregados e o aumento na base de 1/12 por mês trabalhado pelos empregados admitidos após a data-base; b) o esboço da cláusula que proíbe a compensação de aumentos anteriormente concedidos por motivo de maioridade, transferência ou promoção; c) o surgimento da idéia do piso salarial, apenas esboçada no período; d) o condicionamento do aumento de salários à capacidade econômica da empresa, ou sua capacidade financeira, ou ainda a sua capacidade econômico-financeira, com prevalência da primeira; e) a aceitação da cláusula fixando aumentos salariais com "teto".

Terceiro período (1965-1976) — Salienta o autor que, "no terceiro período, prevalecem as cláusulas ditadas pela legislação que estipula a política salarial do governo". E destaca que os sindicatos passam a obter do tribunal novas condições de trabalho, seja para dar cumprimento a determinadas normas legais preexistentes, seja para a criação de direitos novos, como a estabilidade à gestante, ou o desconto em favor dos sindicatos para a realização de obras sociais. No período em foco, quanto às cláusulas salariais, prevalecem: o cômputo de qualquer aumento concedido antes do reajustamento; igualdade de aumento para todos, respeitado como limite o salário do empregado mais antigo; não compensação de aumentos por motivo de maioridade, transferência, promoção ou equiparação salarial; piso salarial, cláusula esta depois denominada "salário normativo"; teto salarial.

O estudo de Cid José Sitrângulo é anterior ao advento da Lei 6.708/79. Mas fornece antecedentes importantes para o exame do conteúdo da referida Lei.

Tendo em vista a edição da nova lei e considerando a legislação anterior, poderíamos classificar nos seguintes períodos a evolução dos dissídios coletivos no Brasil:

Primeiro período (até 1964) — Esse período transcorreu sob a égide da Constituição Federal de 1946, cujo art. 123 proclamava a competência da Justiça do Trabalho para conciliar e julgar não só os dissídios individuais, como também os dissídios coletivos entre empregados e empregadores; sem definir-lhe os limites. Amplo, pois, a nível de direito constitucional, era o Poder Normativo da Justiça do Trabalho. Apesar disso, no referido período limitou-se a Justiça do Trabalho, nos dissídios coletivos, a conceder apenas reajustes salariais, jamais fixando, em sentença normativa, novas condições de trabalho. E no que diz respeito aos salários, não concedia aumentos, porém unicamente os reajustava, conforme os índices de majoração de preços segundo os dados estatísticos de determinadas fontes como, no caso de São Paulo, o Serviço de Estatística do Estado de São Paulo ou o Serviço de Estatística da Prefeitura Municipal. A sentença normativa, pois, não concedia aumento efetivo de salário, mas apenas adequava o seu valor nominal ao seu valor real.

Segundo período (1964-1979) — Caracteriza o período a tendência da limitação legal do poder normativo da Justiça do Trabalho. Assim, a Constituição Federal de 1967, embora assegure o Poder Normativo da Justiça do Trabalho, dispõe, em seu art. 134 § 1.º: “a lei especificará as hipóteses em que as decisões nos dissídios coletivos poderão estabelecer normas e condições de trabalho”. Com base no preceito constitucional, até se tem afirmado que a competência normativa da Justiça do Trabalho, na inexistência de permissivo em legislação ordinária, restringe-se aos reajustes salariais. E estes, diante legislação ordinária então vigente, somente eram permitidos nos limites rigidamente fixados pela política salarial. Rigorosa, a respeito, a legislação ordinária editada no período: Decreto n.º 54.018, de 14 de julho de 1964; Lei n.º 4.725, de 13 de julho de 1965, alterada pela Lei n.º 4.903, de 16 de dezembro de 1965; Lei n.º 5.451, de 12 de junho de 1968, que, em abrandamento, concedeu abono de emergência e estabeleceu novo critério para obtenção dos índices de reajuste; Lei n.º 6.147, de 29 de novembro de 1974 que, fixando novos critérios de reajuste, golpeou a fundo o poder normativo da Justiça do Trabalho em matéria de salário, pois retirou-lhe a possibilidade de, através de suas secretarias, elaborar os cálculos aritméticos e prescreveu, em seu art. 3.º: “O Poder Executivo baixará, mensalmente, por ato próprio, o fator de reajustamento salarial, com base nos princípios estabelecidos no art. 2.º desta lei”. No período em foco, regulamentando a matéria, o Tribunal Superior do Trabalho editou os seguintes Prejulgados: 21, 26, 33, 34, 38 e 56. Caracteriza-se o período, pois, como de restrição ao Poder Normativo da Justiça do Trabalho, quanto ao reajuste salarial, subordinada a lei à política do governo. Mas, como reação a isso, obtiveram os sindicatos a fixação de normas estabelecendo condições de trabalho nas sentenças normativas, como a da estabilidade à gestante. Os Tribunais Trabalhistas, assim, apesar da legislação vigente, ampliaram o campo de abrangência da sentença normativa, embora manietada no que diz respeito aos reajustes salariais.

Terceiro período — Inicia-se o terceiro período com a edição da Lei n.º 6.708, de 30 de outubro de 1979, vigente a partir de 1.º de novembro do mesmo ano. Não vacilo em afirmar que a nova lei é um marco no Direito do Trabalho, no que diz respeito ao reajuste salarial, dadas as profundas alterações, dela decorrentes, no direito vigente, como, a seguir, veremos:

2. Observações sobre a Lei n.º 6.708/79

A Lei n.º 6.708, de 1979, consagra, na legislação, uma distinção fundamental: a que existe entre **correção monetária do salário e aumento efetivo de salário**.

Conforme escrevemos alhures, "a correção monetária não é aumento efetivo de salário. Objetiva, apenas, a adequação do **valor nominal** do salário ao seu **valor real**. Desgastando-se, ao impacto da inflação, o valor da moeda, com diminuição de seu poder aquisitivo, desgasta-se o valor do salário do trabalhador. Conseqüentemente, a desvalorização da moeda, com tal repercussão no salário, implica alteração real do contrato de trabalho, em uma das prestações essenciais: a **remuneração**. A correção dos valores monetários do salário, pois, visa ao restabelecimento do valor efetivo da remuneração do empregado, repondo a cláusula contratual nos termos substanciais da combinação entre as partes. Trata-se, sem dúvida, da necessária aplicação imperativa da cláusula "rebus sic stantibus". É, pois, a correção monetária do salário simples **reposição** do valor da remuneração contratual".

A desvalorização da moeda é de efeitos gerais, atingindo a todos os que vivem no País. A correção monetária do salário, pois, também deve ser geral, horizontal e verticalmente.

A horizontalidade da correção monetária dos valores salariais pertine à forma e instrumento de sua determinação. Do mesmo modo como a desvalorização monetária é geral, genérica deve ser sua correção. Desta observação deriva a conclusão de que não deve a correção monetária do salário ser efetivada normalmente através de convenção coletiva ou sentença normativa, pois estas fontes do contrato de trabalho são de eficácia limitada no espaço, setorializadas, atingindo apenas delimitadas categorias econômicas e profissionais e ainda assim em determinada base territorial. O instrumento fixador da correção monetária do salário deve produzir eficácia geral — como a lei ou os decretos.

Acertada, pois, a Lei 6.708/79, ao excluir do Poder Normativo da Justiça do Trabalho a fixação da correção monetária dos valores salariais. Melhor que, como determinado na lei, os índices sejam fixados por instrumento de efeitos genéricos. Daí determinar o art. 1.º, § 1.º, da Lei, que para fins da correção monetária dos valores salariais, "o Poder Executivo publicará,

mensalmente, a variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor, ocorrida nos seis meses anteriores". E dispõe, em seu art. 3.º: "A correção dos valores monetários dos salários, na forma do artigo anterior, independará de negociação coletiva e poderá ser reclamada, individualmente, pelos empregados".

Dadas as características da correção monetária, seria ocioso — e extremamente burocrático — exigir-se a negociação coletiva ou a instauração de dissídio coletivo para a fixação dos índices da correção monetária. Entre a lei e a parte beneficiada não há como interpôr-se a sentença normativa ou a convenção coletiva. Já tivemos a oportunidade de afirmar: A um direito reconhecido imperativamente por lei não há de se sujeitá-lo a outra fonte imperativa do contrato — inclusive sentença normativa. O nexo entre a lei e o indivíduo, na hipótese, é imediato e a interposição de sentença coletiva somente poderia vir prejudicar ao trabalhador. Veja-se, antes de tudo, que a sentença normativa, dada a imperatividade da norma legal, não poderia fixar correção monetária a menor do que a prevista em lei, nem mesmo por acordo dos sindicatos convenientes, pois o sindicato profissional dos empregados não pode renunciar a direitos individuais dos integrantes da categoria respectiva, sobretudo tendo-se em vista que nem todos são seus associados — e ainda que o fossem! Acrescente-se, a isso, que a interposição de sentença normativa entre a lei e o indivíduo-trabalhador implicaria na obrigatoriedade da ação de cumprimento da referida sentença, de sorte que o Juiz deveria cumprir a sentença normativa, apesar do disposto em lei. Se violadora de preceito legal, inevitavelmente a sentença deveria ser rescindida através do remédio próprio — a **ação rescisória!** E isso seria um absurdo, por atentar contra os princípios básicos do direito do trabalho.

Quanto à verticalidade da correção monetária do salário, a lei merece alguns reparos. Empregamos a locução "verticalidade da correção monetária do salário" nos referindo à incidência do índice nos vários graus da hierarquia salarial. Ora, sendo a correção monetária do salário a adequação de seu valor nominal a seu valor real, não haveria como estabelecerem-se índices diversos, a esse título, para classes diferentes de salário. Sem dúvida, poder-se-ia, em relação a determinados níveis de salário, agregarem-se percentuais acima dos índices de correção, mas é impróprio diminuir-se o índice de correção em relação a determinadas classes de salário.

Optou o legislador da Lei 6.708 pelo segundo caminho. Classificou os salários em três faixas (até 3 salários mínimos; de 3 a dez salários mínimos e acima de dez salários mínimos), mandando aplicar o valor exato do INPC na faixa intermediária, acrescentando-o de 10% na faixa inferior e reduzindo-o em 20% na faixa superior. Com isso, visa a lei elevar o salário da faixa inferior e diminuir o salário dos que se acham na classe superior. Mais certo seria fixar-se o INPC sobre o salário da faixa superior (para que não houvesse empobrecimento desta), e acréscimo nas faixas inferiores.

Não obstante isso, sobreveio a Lei n.º 6.866, de 10 de dezembro de 1980 que, alterando a Lei n.º 6.708, reduziu o fator de aplicação do INPC para os salários acima de 15 salários mínimos e excluiu os situados acima de 20 mínimos salariais.

Destaque-se, porém, que tal orientação, apesar das restrições que se lhe possam opor, em nada diminui os méritos da nova lei. A medida restritiva atinge apenas ínfima camada da população brasileira e inexpressivo percentual da camada laborativa.

O fundamental, na nova lei, é que, na periodicidade semestral, os salários dos trabalhadores ficam resguardados dos impactos inflacionários, mediante a correção monetária de seus valores.

A lei n.º 6.708/79, além de instituir a correção monetária dos valores salariais, estabelece a possibilidade de aumentos efetivos de salário, com fundamento no aumento da produtividade da categoria profissional.

Se a correção monetária do salário é automática, exigível de imediato pelo empregado, inclusive através de dissídio individual do trabalho, o aumento efetivo de salário deverá ser estipulado, consoante disposto no art. 11 da Lei, por convenção, acordo coletivo ou sentença normativa, com fundamento no acréscimo verificado na produtividade da categoria profissional.

Veio a nova lei, desse modo, revalorizar o Poder Normativo da Justiça do Trabalho e as convenções coletivas.

Na legislação imediatamente anterior e vigente a partir de 1964, não se poderiam fixar percentuais de reajuste salarial superiores aos índices pré-fixados pelo Poder Executivo. Tal sistemática tornava até inócuo o recurso à convenção coletiva ou à sentença normativa. Deixando, no âmbito do Poder Executivo, a determinação do índice de correção monetária dos salários, a nova Lei atribuiu à negociação coletiva e à Justiça do Trabalho a possibilidade de concessão de aumento efetivo de salário. Jamais constituiu orientação do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, antes da Lei n.º 6.708/79, a concessão de aumentos efetivos de salário, nem mesmo no período anterior a 1964, apesar da política desenvolvimentista e populista em voga. Fundamentavam-se, sempre, as convenções coletivas e as sentenças normativas na elevação do custo de vida. Limitavam-se, pois, a determinar reajustes salariais e não aumentos efetivos de salários.

Quanto à locução "com fundamento no acréscimo verificado na produtividade da categoria profissional" tivemos a oportunidade de escrever em monografia sobre o tema:

" A locução "produtividade da categoria profissional" gera dúvidas. Saliente-se, de início, que produtividade da categoria profissional não é produtividade da categoria econômica. Assim, a expressão produtividade não pode

referir-se a lucratividade — pois esta é restrita à categoria econômica. Por outro lado, a expressão produtividade dá idéia de quantidade, mas, no âmbito da categoria profissional, muitos serviços não podem ser aferidos pela quantidade, por serem avaliados pela qualidade. Assim, na expressão usada na lei há de inserir-se, não apenas a quantidade, mas também a qualidade. Por outro lado, impossível é aferir-se um índice relativo à produtividade da categoria profissional, dada a inexistência de critérios objetivos para tanto. E nem a lei exige um **índice percentual de produtividade da categoria profissional**. A locução que emprega (produtividade da categoria profissional) não expressa um fator matemático, mas um guia para a solução normativa do conflito.

A aparente ambigüidade da expressão, em verdade, confere à negociação coletiva um maior poder de barganha e amplia o poder normativo da Justiça do Trabalho. Esta, porém, não pode, no dissídio coletivo, fixar norma salarial de forma arbitrária, sem atender às circunstâncias objetivas. Estas circunstâncias objetivas não poderiam ser a lucratividade da empresa, nem sempre resultante de elementos intrínsecos à relação de trabalho, mas a ela exteriores. Preferiu, pois, o legislador fixar como fundamento (e não índice) para o aumento efetivo a **produtividade da categoria profissional**. Ao contato com as partes, a Justiça do Trabalho poderá colher, de caso a caso, os elementos norteadores para a concessão do aumento do salário com **fundamento** no acréscimo da produtividade da categoria profissional. De modo geral, isso será avaliado pelas ilações que se poderão tirar das manifestações das partes. É algo fluido, inconsútil, mas que, exatamente por isso, revaloriza o poder normativo da Justiça do Trabalho".

Destaque-se que, enquanto a *correção monetária dos salários deve ser geral* (dados os efeitos gerais da inflação), o aumento efetivo de salário deve ser necessariamente setorial e limitado a determinada área geográfica, dadas as contingências específicas que o possibilitam. Daí por que sua estipulação em convenções coletivas ou sentenças normativas.

Ao que se vê, a nova lei representa inegável valorização do Poder Normativo da Justiça do Trabalho. Para evidenciá-lo, lembremos que, antes de 1964, o conteúdo das sentenças normativas se restringiam ao reajuste salarial, *sem a fixação de normas estabelecendo novas condições de trabalho*. De 1964 até a data da vigência da nova lei (01.11.1979), restringiu-se o poder normativo no âmbito do reajuste salarial, mas passou a Justiça do Trabalho a estabelecer, normativamente, novas condições de trabalho. Agora, excluída a correção automática dos valores monetários do salário, o poder normativo da Justiça do Trabalho pode atuar no sentido da concessão de aumentos efetivos de salário e da fixação de normas que regulem condições especiais de trabalho. Estão descerradas, pois, as cortinas para uma nova fase do direito coletivo do trabalho brasileiro. Incumbe aos Sindicatos, as negociações coletivas, e aos Tribunais do Trabalho, no exercício do Poder Normativo, devassarem o caminho aberto, atuando

como força renovadora do direito e contribuindo para a melhoria das condições de vida do povo, na realização da harmonia social.

3. Outras observações

Muitas outras observações poderiam ser feitas quanto à Lei n.º 6.708/79. Limitar-nos-emos, porém, a mais algumas.

1.º — A primeira dessas observações refere-se à fixação das faixas salariais para os efeitos da correção monetária. Tais faixas são fixadas com base no valor do salário mínimo. De perguntar-se: do salário mínimo da data base, ou da data para a efetivação da correção monetária? A indagação é relevante, pois repercute na determinação do fator de aplicação do INPC. Entendemos que as faixas salariais, para os efeitos da lei, são fixadas com base no salário mínimo da data em que se efetuará a correção monetária e não da data base. É que correção monetária, conforme já dissemos, é simples atualização de valores e não acréscimo. Por outro lado, saliente-se que, para os efeitos da determinação das faixas, toma-se por parâmetro o salário mínimo, e não o salário de referência, apesar do disposto na Lei n.º 6.205, de 29 de abril de 1975, que descaracterizou o salário mínimo como fator de correção monetária. Se a Lei 6.708/79 quisesse, em sua vontade concreta, proceder ao escalonamento com base no salário de referência, o teria explicitado.

2.º — Quanto às remunerações variáveis, dispõe o art. 7.º que a correção monetária "não se estende às remunerações variáveis percebidas com base em comissões percentuais preajustadas, aplicando-se, porém, à parte fixa do salário misto percebido pelo empregado assim remunerado". É evidente que, nas comissões percentuais, processa-se naturalmente a correção do valor monetário do salário, em face da elevação do preço da mercadoria.

3.º — Quanto à possibilidade de compensação de aumentos concedidos pelo empregador, dispõe o art. 13, da Lei: "Os adiantamentos ou abonos concedidos pelo empregador, antes ou após a vigência desta Lei, serão deduzidos da correção salarial". A finalidade da correção monetária do salário prevista na lei é devolver ao empregado o poder aquisitivo de sua remuneração ao nível da data base. De conseqüência, compensam-se os adiantamentos e abonos concedidos pelo empregador no respectivo período. Mas não serão compensados outros aumentos, tais como os decorrentes de equiparação salarial, promoção do empregado, etc. Prevista a compensação de adiantamentos e abonos na correção monetária dos valores salariais, não deverá ela ser admitida quanto ao aumento efetivo de salário através de negociação coletiva ou sentença normativa, pois haveria simultaneidade de compensações, em detrimento do trabalhador.

4.º — Não pode ser excluído da correção monetária o salário dos empregados sob a alegação de que o empregador se encontra em situação

de incapacidade econômica. Seria isso transferir para o empregado os riscos da atividade, os quais incumbem ao empregador. Mas tal exclusão é juridicamente possível quanto aos aumentos efetivos de salário. A hipótese vem expressamente prevista nos §§ 2.º e 3.º, do art. 11, da Lei n.º 6.708/79.

“§ 2.º — A convenção coletiva poderá fixar níveis diversos para o aumento dos salários, em empresas de diferentes portes, sempre que as razões de caráter econômico justifiquem essa diversificação, OU EXCLUIR AS EMPRESAS QUE COMPROVAREM SUA INCAPACIDADE ECONÔMICA PARA SUPOSTAR ESSE AUMENTO.

§ 3.º — Será facultado à empresa não excluída do campo de incidência do aumento determinado na forma deste artigo comprovar, na ação de cumprimento, sua incapacidade econômica, para efeito de sua exclusão ou colocação em nível compatível com suas possibilidades”.

Destarte, a Lei permite excluírem-se do aumento efetivo de salário aquelas empresas que comprovarem, na negociação coletiva, incapacidade econômica. A exclusão, porém, não será permitida na hipótese de incapacidade financeira. E se a empresa que não for excluída na convenção coletiva ou na sentença normativa do campo de incidência do aumento, poderá alegar sua incapacidade econômica na ação de cumprimento, para efeito de sua exclusão ou colocação do aumento em nível compatível com suas possibilidades.

5.ª — Segundo dispõe o § 1.º, do art. 11, da Lei n.º 6.708/79, poderão ser estabelecidos, na convenção coletiva ou na sentença normativa, percentuais diferentes para os empregados, segundo os níveis de remuneração. Enquanto para os efeitos da correção monetária a variação do fator de aplicação é imperativamente determinado por Lei, em relação ao aumento efetivo de salário pode haver ou não a variação percentual, conforme preferirem as partes convenientes ou julguem os Tribunais nos dissídios coletivos.

6.ª — Não se limitou a Lei n.º 6.708/79 a instituir a correção automática dos valores monetários do salário e a dispor sobre o aumento efetivo do salário, através de convenção coletiva e sentença normativa. A fim de obstar a dispensa injusta do empregado às vésperas da correção monetária automática, instituiu a Lei uma indenização por dispensa injusta, assim dispondo em seu art. 9.º: “O empregado dispensado, sem justa causa, no período de trinta dias que antecede a data de sua correção salarial, terá direito a uma indenização adicional equivalente a um salário mensal, seja ele, ou não, optante pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”.

Consoante já tivemos a oportunidade de escrever a respeito da indenização em foco, é ela adicional à indenização de antigüidade devida na forma da CLT (empregado não optante) ou aos depósitos do FGTS (empregado optante). Embora tarifada, não possui a mesma natureza jurídica da

indenização ancional ou do FGTS. Estas se referem ao tempo de serviço prestado pelo empregado, enquanto a imposta pelo artigo mencionado visa a onerar o empregador que tentar impedir, pelo despedimento imotivado, que o empregado chegue a receber o salário monetariamente corrigido. Se aquelas têm por objetivo ressarcir o empregado de um dano presumido (a vinculação no emprego durante determinado período), nesta outra é o dano: o não recebimento do salário corrigido. É medida legal visando a impedir a rotatividade da mão-de-obra.

O valor da referida indenização equivale a um mês de salário. E deverá ser calculada na forma prevista nos §§ 2.º a 5.º, do art. 478, da CLT. Isto é, da mesma forma que a indenização de antigüidade.

Indenização adicional à prevista na CLT ou no FGTS, não exclui ela o direito do empregado ao aviso prévio. É um direito novo, que não exclui outros preexistentes, nem pelos preexistentes pode ser absorvido.

Das condições para a aquisição do direito à indenização adicional (dispensa sem justa causa — sua ocorrência no período de 30 dias que antecede a data da correção monetária do salário), a primeira dispensa maiores comentários. A segunda, porém, tem ensejado controvérsias.

Centraliza-se a controvérsia na seguinte indagação: a indenização adicional é devida quando a **comunicação** do aviso prévio se der dentro dos 30 dias anteriores ao reajuste salarial ou quando o cumprimento do aviso prévio trabalhado ocorrer no referido lapso?

Quando o empregado cumpre o aviso prévio em serviço, parece-nos simplificar-se a questão. Consoante o disposto no art. 489, da CLT, “dado o aviso prévio, a rescisão torna-se efetiva depois de expirado o respectivo prazo, mas, se a parte notificante reconsiderar o ato, antes do seu termo, à outra parte é facultado aceitar ou não a reconsideração”. Diante de tal dispositivo legal, não pode haver dúvida de que a indenização adicional somente é devida quando **efetivada** a rescisão, isto é, depois de cumprido o aviso prévio. Não é a **comunicação** do aviso prévio o fato gerador do direito, mas a efetiva rescisão do contrato.

Quando, porém, o empregado é dispensado do cumprimento do aviso prévio, divergente tem sido a opinião de intérpretes da nova lei. A solução da controvérsia depende da conceituação da natureza jurídica do aviso prévio, especialmente do aviso prévio não trabalhado.

O aviso prévio é, a um só tempo, **comunicação de intenção e concessão de um período** necessário à procura de novo emprego pelo trabalhador ou de novo empregado pelo empregador. Daí por que a mera comunicação do aviso prévio não rescinde de imediato o contrato, que prossegue se realizando até o término do prazo do pré-aviso e, somente então, se efetiva a rescisão.

Se o empregador, porém, dispensa o empregado do cumprimento do aviso prévio, pagando-lhe a remuneração respectiva, será, conforme dispõe

o § 1.º, do art. 487, da CLT, “garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço”. Daí por que já é pacífico que, conforme Súmula n.º 5 do TST, “o reajustamento salarial coletivo, determinado no curso do aviso prévio, beneficia o empregado pré-avisado da despedida, mesmo que tenha recebido antecipadamente os salários correspondentes ao período do aviso, que integra o seu tempo de serviço para todos os efeitos legais”.

A Súmula citada é esclarecedora. O pagamento que o empregado recebe, quando dispensado do cumprimento do aviso prévio, é **salário** e não **indenização**. Por isso é impróprio falar-se em **aviso prévio indenizado**. O período que medeia a data da **comunicação** à data do **término do aviso prévio** é de **interrupção do contrato**. O referido período, nos termos da lei, integra SEMPRE o tempo de serviço. Note-se: diz a lei — SEMPRE. E o advérbio **sempre** não comporta exceção. Há de ser entendida a expressão contida na lei no sentido de “para todos os efeitos legais”, como afirmado na Súmula n.º 5, do TST, pois inexistente qualquer norma fixando alguma exceção.

Diante de tais considerações, não se pode falar em **aviso prévio indenizado**. Na hipótese em foco, a rescisão do contrato **somente se efetiva** ao término do prazo do aviso prévio de cujo cumprimento foi dispensado o empregado.

Estabelecida esta premissa, inevitável a conclusão: a indenização adicional somente será devida, mesmo quando dispensado o empregado do cumprimento do aviso prévio, quando o prazo deste findar dentro dos 30 dias imediatamente anteriores à data do reajuste salarial. Se a comunicação ocorrer no referido período e o prazo concluir-se após a vigência do reajuste, não é devida a indenização, pois o empregado chegou a receber o salário monetariamente corrigido, com repercussão em todos os demais direitos, inclusive indenização da CLT e do FGTS.

4. Palavras finais

Acredito que tenha abordado os pontos principais sugeridos pelo tema desta palestra. Concluindo, volto a frisar que a Lei n.º 6.708, de 30 de outubro de 1979, por sua importância, constitui um marco de relevo na história do direito do trabalho no Brasil. A instituição da correção monetária dos valores salariais, numa economia permanentemente sujeita aos impactos da inflação, é medida fundamental para que se possam realizar os ideais de justiça. Desejaríamos que o legislador pátrio estendesse o princípio da correção automática dos salários aos vencimentos dos funcionários públicos que, como os trabalhadores em geral, também são viventes e sofrem os efeitos da inflação. No caso particular dos magistrados, com mais vigor se imporia a medida, pois até constitucionalmente está fixado o princípio da irredutibilidade de vencimentos. Tal princípio não há de ser entendido como irredutibilidade do valor nominal dos vencimentos, mas

como irredutibilidade de seu valor real. Assim, atuando a elevação de preços como fator de redução dos vencimentos da magistratura, e considerando o imperativo constitucional, deveria assegurar-se ao juiz a correção monetária automática dos seus vencimentos. Deixo aqui, pois, esta sugestão. Mais que sugestão: apelo. Apelo de um juiz que, como todos os magistrados, quer tranqüilidade para decidir sobre direitos das partes em litígio.

APLICABILIDADE DA LEI N.º 6.830/80 NO PROCESSO DE EXECUÇÃO TRABALHISTA

Victório Ledra

Juiz Presidente da JCJ
de Brusque

É amplamente sabido que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mesmo após as modificações e acréscimos trazidos pela Lei n.º 5.584/70, é grandemente lacunosa no que tange ao processo de execução de sentenças e acordos resultantes de dissídios individuais ou coletivos no âmbito da Justiça do Trabalho.

Tendo o legislador consciência plena desta deficiência e não se mostrando disposto a corrigi-la, dispôs que:

“Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste título”. (Art. 769 da CLT).

Manifestando ainda sua preocupação com a indispensável celeridade e objetividade do processo de execução trabalhista, que se afigurava não poder ficar à mercê de todos os percalços e tropeços da execução comum, estabeleceu ainda que:

“Aos trâmites e incidentes do processo de execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal”. (Art. 889 da CLT).

Ao entrar em vigor a Consolidação das Leis do Trabalho, em 10 de novembro de 1943, vigorava no país o Decreto-Lei n.º 960, de 17.11.38, o qual orientava o processo de cobrança da dívida ativa da União Federal, e ficou conhecido como a Lei dos Executivos Fiscais.

Os dispositivos do mencionado Decreto-Lei passaram a ter pacífica aplicação na execução trabalhista, por força do mencionado artigo 889 da CLT, nos limites de sua compatibilização com as normas consolidadas.

Em 19 de fevereiro de 1969, o Decreto-Lei n.º 479 introduziu algumas alterações na Lei dos Executivos Fiscais. No âmbito da execução trabalhista aquelas alterações foram tranqüilamente adotadas, sem divergências.

O novo Código de Processo Civil, Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, revogou o Decreto-Lei n.º 960/38, regulando por inteiro e de forma algo diversa o processo dos Executivos Fiscais. A partir de então, as únicas normas subsidiariamente aplicáveis ao processo trabalhista estavam contidas no Código de Processo Civil.

Eis, todavia, que surge a Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980, dispondo sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, que volta a ter procedimentos específicos.

E então surge a indagação: Será aplicável à execução trabalhista a Lei n.º 6.830/80? Propomo-nos responder.

Face à novidade da matéria, desconhecemos qualquer orientação jurisprudencial a respeito.

A doutrina começa por manifestar-se de forma divergente. Tomamos conhecimento de duas manifestações sobre o assunto, ambas veiculadas pela Revista LTr.

A primeira delas é um editorial da própria Revista inserida no Volume 44, n.º 10, relativo a outubro de 1980. Ali se noticia o surgimento da nova Lei e se afirma sua aplicabilidade no processo trabalhista de execução, sem fundamentar o entendimento.

A segunda, é de autoria de José Alberto Couto Maciel, Advogado em Brasília, e foi publicada no Volume 45, n.º 2, relativo a fevereiro de 1981. O ilustre causídico entende inaplicável à execução trabalhista, como norma subsidiária, a Lei n.º 6.830/80. Alicerça sua forma de pensar nos seguintes argumentos, que podem ser extraídos do contexto:

a — Para que fosse possível sua aplicação, necessário seria que o artigo 889 da CLT estivesse em pleno vigor. Ocorre que o Código de Processo Civil de 1973, revogando a Lei dos Executivos Fiscais, teria deixado “efetivamente superado” o mencionado artigo. “Esvaziou a referida norma”.

b — “A eficácia da Lei depende do fato de ser respeitada”. Como o artigo 889 da CLT deixou de ser respeitado, com a vigência do novo Código, deixou de ser eficaz.

c — “Se o citado artigo estava superado pela revogação da Lei que determinava que fosse aplicada, foi efetivamente revogado por força do uso legal das normas do novo Código de Processo Civil à execução”.

Em última análise, observa-se que as “razões” que embasam a conclusão do jurista, podem ser condensadas em um único raciocínio, que poderia ser assim explicitado:

“O novo Código de Processo Civil, revogando a Lei dos Executivos Fiscais, revogou também o artigo 889 da CLT, porque o tornou inócuo, ineficaz, superado pelo desuso. A recente Lei sobre cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não revigorou o artigo supra-mencionado. Conseqüentemente, a Lei n.º 6.830/80 não se aplica subsidiariamente ao processo trabalhista”.

Data venia do ilustre jurista brasileiro, e malgrado suas criteriosas ponderações, permitimo-nos dissentir de suas conclusões que, em nosso fraco entender, se baseiam em premissa errônea.

Efetivamente, o eminente advogado sedimenta todo o seu raciocínio na premissa de que o artigo 889 da CLT ficou "esvaziado", "superado", "revogado" pelo novo Código de Processo Civil, quando regulou inteiramente a matéria de que tratava a Lei a que o artigo fazia referência. E assim pensando, equivoca-se.

Em verdade, dito dispositivo jamais foi revogado. Sempre esteve atuante e em pleno vigor, desde que surgiu até os dias presentes.

Observe-se que se trata de dispositivo de conteúdo amplo. Não determina a aplicação à execução trabalhista desta ou daquela lei específica, mas sim, dos "preceitos que regem o processo dos executivos fiscais", estejam onde estiverem.

Em conseqüência, não houve qualquer hiato na vigência do artigo 889 da CLT. Quando da edição da Consolidação, os preceitos eram os contidos no Decreto-Lei n.º 960/38. A partir de fevereiro de 1969, com o Decreto-Lei n.º 479, outros "preceitos" vigoraram. Nem por isto deixaram de ter aplicação na execução trabalhista... E isto, insista-se, porque o legislador não determinou a aplicação subsidiária ao processo de execução trabalhista das normas previstas no Decreto-Lei n.º 960/38, mas sim, dos "preceitos que regem", num presente perene, independentemente de alterações adventícias, "o processo dos executivos fiscais".

Ora, com o advento do Código de Processo Civil de 1973, continuaram a existir aqueles "preceitos", agora identificados com a lei adjetiva comum. O artigo 889 da CLT subsistiu, portanto.

Para que o raciocínio do ilustrado causídico tivesse alguma valia, necessário seria que, durante determinado período, o sistema legal brasileiro se ressentisse de absoluta ausência de quaisquer normas que regessem a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública. E ainda nesta hipótese, sua conclusão estaria sujeita a contestações... Mas o fato não se verificou. Sempre existiram no Brasil, desde o advento da Consolidação das Leis do Trabalho, "preceitos que regem o processo dos executivos fiscais", ora constituindo legislação específica, ora integrando o Código de Processo Civil.

EM CONCLUSÃO:

O artigo 889 da CLT jamais foi revogado, encontrando-se em plena vigência. Logo, aos trâmites e incidentes do processo de execução na Justiça do Trabalho têm total aplicação os preceitos contidos na Lei n.º 6.830/80, naquilo em que não contravierem às normas consolidadas.

A PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Manoel Antonio Teixeira Filho

Juiz Presidente da J.C.J. de
Ponta Grossa

Sumário: A — Preâmbulo. B — Temário: I — Inaplicabilidade da Súmula n.º 74, do TST, em relação ao empregado. II — Inaplicabilidade, ao direito processual do trabalho, do critério estabelecido pelo artigo 333 e incisos, do CPC, quanto à distribuição do ônus subjetivo da prova. III — Inaplicabilidade, relativamente ao empregado, do disposto no artigo 389, I, do CPC.

A — PREÂMBULO

1. A trilogia relacionada à prova no direito processual do trabalho, que ora submetemos à judicosa apreciação dos ilustres partícipes deste IV Encontro, foi adjetivada de **autonomista** em virtude do seu propósito de contribuir com modesto adminículo doutrinário para a grandiosa tarefa — que a todos convoca e desafia — de conferir a este processo uma efetiva **autonomia científica**, no plano da enciclopédia jurídica em que se insere, vez que a meramente **didática** (ou administrativa, como prefere a doutrina alienígena), porque anódina e com laivos de romantismo, já não satisfaz.

2. Impeliu-nos a este mister a consciência de que a adoção supletiva de normas processuais civis, e até mesmo de critérios de interpretação que lhe são próprios, com a iteratividade — **data venia** incauta — com que vem sendo feita, está a transformar o processo do trabalho em um arduo terreno movediço onde, não raro, acabam sendo ludibriados a eficácia e o caráter protectivo do direito substancial; daí se segue que, transfundido em sua essência, o processo do trabalho resulta desviado daquela que entendemos ser a sua verdadeira razão teleológica: servir ao direito do trabalho.

3. Estamos convencidos de que o primeiro passo em direção a essa imprescindível autonomia científica consiste em fazer com que o direito processual do trabalho busque em si mesmo, nos dispositivos que o compõem e — se inexistentes em determinado caso — nos princípios que o animam, soluções não apenas aptas à dirimência dos conflitos de interesses entre empregados e empregadores (notadamente os de natureza individual), mas,

acima de tudo, fiéis ao **padrão de realidade** onde, em concreto, as relações materiais inter-subjetivas são estabelecidas.

4. Reconhecemos, de outra parte, que o **movimento autonomista** não deve fazer tábua rasa do processo civil, onde disposições há que, aparadas as arestas, podem ajustar-se ao do trabalho. Como ponderou o notável CHIO-VENDA, em toda obra de reconstrução não se deve desprezar os elementos da velha estrutura pois, muitas vezes, é aconselhável sejam reaproveitados, com economia de material — ou de cerebração, como queiram.

O autor

TESE I: **Inaplicabilidade da Súmula n.º 74, do T.S.T. em relação ao empregado**

1. Há pouco mais de um decênio, controvertia-se, na doutrina e na jurisprudência, a propósito de — contestada a ação — saber-se qual o reflexo, na relação jurídica processual, resultante da ausência injustificada do empregado à audiência em que deveria prestar depoimento. Sustentava-se, de um lado, que a conseqüência seria o arquivamento dos autos, supondo-se, assim, que a hipótese estaria abrangida pela disposição do artigo 844, **caput** da C.L.T.; de outro, porém, afirmava-se que o desenvolvimento da relação processual não seria afetado pela contumácia do autor.

Visando a dar cobro a tal cinca, o T.S.T. editou, em boa hora — mas em má técnica — a Súmula n.º 9, para estabelecer que “A ausência do reclamante, quando adiada a instrução após contestada a ação em audiência, não importa em arquivamento do processo” (sic).

Cumprе esclarecer, todavia, que: a) a Súmula incidirá mesmo no caso de a ação não ser contestada **em audiência** — em que pese, por expressa disposição de lei (C.L.T., art. 846), no geral o seja; b) houve cometimento de manifesto deslize técnico do órgão sumulista, porquanto a referência deveria ter sido feita aos **autos** e não, **data venia**, ao **processo**, vez que somente aqueles são passíveis de arquivamento, como é elementar.

Postas à margem essas erronias da Súmula, é inevitável reconhecer que, de resto, o seu enunciado reflete, com fidelidade, a dicção específica do próprio direito processual positivado, pois, contestada a ação, o réu adquire direito de julgamento do mérito — salvo, é certo, se houver, quanto a isto, algum impedimento legal. Daí por que, decorrido o prazo para o oferecimento da **resposta** (seja contestação, exceção, reconvenção ou outra), o autor nem mesmo poderá desistir da ação sem o assentimento do réu (C.P.C., art. 267, § 4.º), sendo certo que, ainda assim, a desistência somente produzirá efeitos

se homologada por sentença (C.P.C., art. 158, parágrafo único). Estas disposições do C.P.C. são aplicáveis, supletivamente, ao direito processual do trabalho, porque omissivo, e ausente o óbice da incompatibilidade.

2. Descurou-se, entretanto, a Súmula n.º 9 em explicitar quais as repercussões, no plano da prova, da ausência injustificada do empregado-autor, cuja omissão rendeu ensejo ao surgimento de nova cizânia doutrinária e jurisprudencial a respeito. Buscou-se saber, em síntese, se a ele se aplicaria, ou não, a pena de confissão quanto à matéria de fato — nada obstante, pela nossa parte, entendamos que não se trata, no caso, de **pena**, segundo a acepção técnica do vocábulo no âmbito da ciência jurídica.

Considerando que essa polêmica estava a suscitar um generalizado **estado de incerteza**, não apenas para as partes, mas, sobretudo, para os que exercitavam as **profissões forenses** (*) entendeu necessário o T.S.T. dar a lume, em 1978, uma nova Súmula, que dirimisse a pendência. Essa Súmula — que constitui o objeto de nosso artigo — recebeu o número 74 e está assim redigida, **verbis**: “Aplica-se a pena de confissão (sic) à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor”.

Observa-se, de tal arte, que a Súmula n.º 74 não apenas complementou a de n.º 9, mas, acima de tudo, elasteceu as suas disposições, porquanto passou a fazer alusão implícita, também, **ao réu** — tanto que cogita da ausência **da parte**, em sentido genérico.

3. Proclamou, pois, a Súmula n.º 74 que a “pena”, de confissão é aplicável ao litigante que, sem justificativa ponderável, deixar de comparecer à audiência em que deveria ser interrogado — pouco importando que se trata do autor ou do réu. A hipótese revela, portanto, a concreção da **ficção confessional**, verdadeira ficção jurídica no capítulo das provas, que se assenta em razões de ordem eminentemente prática; assim sendo, nem sempre devem ser levados à risca os efeitos que lhe são inerentes, pois é necessário não se esquecer de que ao Judiciário **interessa a verdade real**, ou, quando menos, a **formal**, não se lhe podendo exigir se satisfaça com meras presunções ou truísmos. Segue-se, então, que essa modalidade de confissão não impede que o Juiz, caso entenda conveniente, dê curso à instrução processual, interrogando a parte presente, inquirindo as suas testemunhas e, se for o caso, as da própria parte ausente.

Esta circunstância, porém, não redime a Súmula n.º 74 da sua eiva ideológica original, responsável por uma das mais profundas lesões no direito processual do trabalho, conforme se verá — muito embora estejamos convencidos de que não foi este o propósito que inspirou a sua adoção.

(*) Tomamos a expressão à doutrina alienígena, que a emprega para designar a classe daqueles que fazem da atuação em juízo a sua regular profissão (juizes, advogados, membros do Ministério Público e o mais).

4. Para demonstrá-lo, faz-se necessário, neste passo, uma incursão prospectiva aos domínios do processo civil. Estatui o artigo 343, **caput**, do C.P.C., que “Quando o juiz não determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento”, determinando em seu § 1.º que do mandado conste a advertência no sentido de que se presumirão verdadeiros os fatos contra ela alegados: a) se deixar de comparecer, injustificadamente, ou, b) comparecendo, recusar-se a depor.

Constatamos, diante disto, que a Súmula n.º 74, em essência, incorporou, com nuances de literalidade, as disposições do § 1.º do artigo 343, do C.P.C., relativamente aos efeitos processuais decorrentes do não comparecimento da parte à audiência em que deveria ser interrogada; ao fazê-lo, entretantes, perpetrou, no processo do trabalho, a lesão a que nos referimos há pouco.

5. Com efeito, segundo a redação inequívoca do artigo 848, da C.L.T., no direito processual do trabalho as partes somente serão interrogadas: a) **por iniciativa do Juiz** (“ex officio”, diz a lei) ou b) **a requerimento de qualquer Vogal**. Nada mais. Temos, por conseguinte, que, **à dessemelhança do processo civil, o do trabalho, em nenhum momento, concede à parte o direito de requerer o depoimento pessoal da outra, mesmo que o Juiz tenha deixado de determinar o comparecimento, à audiência, para tal finalidade.**

Esta afirmativa constitui o ponto-de-sustentação de nossos argumentos, no particular; resulta ser aconselhável, pois, que sobre ela se debrucem, a reflexionar detidamente, aqueles que pretendam nos honrar com judicioso entendimento divergente.

6. Quando, por outro lado, a própria C.L.T. dispõe, no artigo 820, que “as partes (...) serão inquiridas pelo juiz ou presidente, **podendo ser reinquiridos, por seu intermédio, a requerimento dos vogais, das partes, seus representantes ou advogados**” (sublinhamos), não está, como se possa supor, demonstrando: a) a falibilidade de nossos argumentos, ou b) no mínimo, a existência de **antinomia** sobre a matéria.

Sem embargo, as previsões legais relacionadas à obrigação de as partes virem a Juízo, para serem interrogadas, se circunscrevem, exclusivamente, àquelas previstas no artigo 848 da C.L.T. O que o artigo 820 está a estabelecer, em verdade, é: a) o **modus faciendi**, a técnica do interrogatório (por intermédio do juiz) e b) que a parte poderá reinquirir a outra somente no caso de o Juiz, por sua iniciativa ou a requerimento de vogal, impuser o seu comparecimento à audiência. Por outras palavras: o artigo 848 constitui pressuposto imprescindível para a atuação do artigo 820; assim, se não se verificar a hipótese mencionada no primeiro, o segundo permanecerá inerte, porque não pode ser aplicado por si só. Não há efeito sem causa, ao menos como princípio.

Desta forma, os artigos 848 e 820 (de acordo com a ordem **lógica** de incidência), longe de se atritarem, se articulam harmoniosamente, figurando aquele como requisito para a ativação deste. A antinomia, como se vê, é apenas aparente.

7. Admitida como verdadeira esta afirmação, torna-se possível extrair-se, a esta altura, duas ilações intermediárias: a) no processo do trabalho não configura cerceamento de defesa (logo, inexistirá, por isso, nulidade processual) o **indeferimento**, pelo Juiz, de requerimento da parte no sentido de determinar o comparecimento da outra, à audiência, para prestar depoimento; b) o mesmo se diga diante da hipótese de o Juiz haver dispensado, **sponte sua**, o interrogatório das partes.

É curial que caberá ao Juiz, quer num ou noutro caso, tomar tais decisões segundo o seu prudente arbítrio; o que se deve deixar claro é que, ao assim decidir, estará agindo rigorosamente dentro dos poderes que o direito processual do trabalho lhe confere.

Não é inútil observar, ademais, que, nos dias de hoje, a relação jurídica processual se desenvolve regularmente mesmo sem a presença das partes — ao contrário, portanto, do que ocorria em tempos priscos.

8. Torna-se imperativo esclarecer que os argumentos, até aqui expendidos, têm como pressuposto o fato concreto de a praxe forense haver consagrado a **cisão** da audiência (bipartindo-a, tripartindo-a etc.), de tal maneira que, atualmente, a sua **unidade e indivisibilidade** sobrevivem, não raro, apenas como aspiração do texto legal (C.L.T., art. 849). Disto resulta que onde houver condições de se fazer cumprir, em concreto, o mandamento da unidade e da incindibilidade da audiência, as partes terão, obrigatoriamente, de a ela comparecer (pois será a única), sendo inevitável que, neste caso, ocorra o arquivamento dos autos ou a declaração de revelia, conjungida à **ficta confessio**, conforme a ausência injustificada tenha sido do autor ou do réu, respectivamente (C.L.T., art. 844, **caput**).

A própria Súmula n.º 74, a propósito, traz expresso o seu reconhecimento quanto à partição da audiência, tanto que alude ao seu **prosseguimento**.

As críticas que, até aqui, temos formulado a esta Súmula, se relacionam, como é bem de ver, à sua atitude desprecitada de haver transfundido para o processo do trabalho disposições do processo civil, quando se sabe que a C.L.T. contém **norma expressa** sobre a matéria (**erco**, falece o requisito legal da **omissão** para justificar a adoção supletória); como se não bastasse, a norma processual civil colide, de frente, com a trabalhista (há, pois, incompatibilidade).

9. Considerações postas, uma outra questão se planta: à parte que não comparece à audiência, a fim de ser interrogada, e cuja determinação fora feita por iniciativa do Juiz (hipótese típica, aliás, do processo do trabalho), poder-se-á aplicar a "pena" de confissão? A resposta, evidentemente, é

negativa. E o é porque, neste caso, a comparência da parte tinha como finalidade tão-somente propiciar ao Juiz obter determinados **esclarecimentos sobre a matéria de fato versada na ação**; nem poderia ser de maneira diversa, na medida em que ao Juiz, ou mesmo aos Vogais (que juízes também o são, embora não togados), **por não ser parte na ação, falta, fundamentalmente, o interesse processual em obter a confissão do litigante**; tem-no, somente, a parte contrária. Neste sentido, inclusive, a orientação consagrada, acertadamente, pela própria doutrina processual civil (PESTANA DE AGUIAR: "Comentários ao C.P.C.", São Paulo, RT, 1977, pág. 131; ARRUDA ALVIM: "Manual de D. Proc. Civil", São Paulo, RT, 1978, pág. 299; MOACYR AMARAL SANTOS: "Primeiras Linhas de D. Proc. Civil", S. Paulo, Saraiva, 1978, pág. 388, dentre outros autores).

A partir daí, é correto asseverar-se que, como princípio vogante **no plano genérico da ciência processual**, não se pode cogitar de pena de confissão quando o comparecimento da parte foi determinado pelo Juiz; a infringência desse **dever**, pelo litigante, sujeitá-lo-á, unicamente, à sanção prevista no artigo 18 do C.P.C., porquanto estaria, com isto, omitindo intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa (C.P.C., art. 17, III).

Ocorre, entretanto, que o legislador processual trabalhista excepcionou, parcialmente, esse princípio para determinar que, em relação ao réu-empregador, incida, mesmo assim, a pena de confesso: basta que se veja o teor do artigo 844, da C.L.T. A entender-se de modo diverso, por que motivo ele teria feito inserir essa cominação no precitado dispositivo consolidado?

Dir-se-á, talvez, que este argumento só prospera no caso de **não** haver fracionamento da audiência, porque o artigo 844 pressupõe a sua **unidade** e a indivisibilidade. Nada mais inexato. Objete-se que a solução, aqui, há de ser buscada não sob a ótica da unidade, ou não, da audiência, mas, sim, com vistas à **exceção discriminatória** que o legislador fez, segundo sábias razões, instilar nesse artigo a que constitui a sua íntima e inseparável substância racional.

A nenhum intérprete familiarizado com as peculiaridades do direito processual do trabalho haverá de causar repulsa esta afirmativa, que nada mais é do que manifestação legítima do espírito que anima o mencionado artigo.

10. Não cessam, com isto, porém, as nossas críticas à Súmula n.º 74; dá-se que ela, talvez inadvertidamente, cometeu outra lesão no direito processual do trabalho ao condicionar a incidência dos efeitos da **ficta confessio** (da qual sabemos ser destinatário exclusivo o empregador) ao fato de a parte haver sido advertida, expressamente, dessa cominação. **Venia concessa**, até onde sabemos, a C.L.T., em nenhum instante, assim o exige. Fosse esta a intenção do legislador trabalhista, te-lo-ia feito estampar, sem ambages, na redação do artigo 844, **caput**, por suposto; este, como resulta nítido da sua leitura, estabelece, tão-somente, que a referida "pena" será aplicada

sempre que se verificar a hipótese ali prevista, **sem fazer qualquer menção à advertência prévia do réu, quanto a isto.**

O desacerto da Súmula, neste aspecto, decorreu de haver adotado, vez mais, pura e simplesmente, uma solução concebida pelo processo civil (C.P.C., art. 343, § 1.º), sem se dar conta de que, com isto, transubstanciou, perigosamente, o conteúdo do artigo 844, **caput**, da C.L.T.

11. Lançadas as nossas razões — embora em linhas de debuxo — cremos ser possível resumi-las em um concluímento final: a poder da dicção inequívoca do artigo 844, **caput**, da C.L.T., a denominada "pena" (sic) de confissão se aplica, exclusivamente, ao empregador (ou a quem a ele se equiparar), sendo irrelevante, para tanto, tenha sido advertido expressamente dessa cominação.

Sugere-se, à vista disso, que a Súmula n.º 74 seja parcialmente reformulada, a fim de ajustá-la às disposições específicas do direito processual do trabalho — com o que se estará, se não contribuindo para a sua autonomia científica, ao menos se removendo um obstáculo que, desavisadamente, se interpôs entre esse desígnio grandioso e o objeto de sua realização.

TESE II: Inaplicabilidade, ao Direito Processual do Trabalho, do critério estabelecido pelo artigo 333 e incisos, do C.P.C., relativamente à distribuição do ônus subjetivo da prova

1. Tem sido freqüente, no plano do direito processual do trabalho, a invocação supletória do artigo 333, incisos I e II, do C.P.C. — estabelecedor, como sabemos, de critério prático relacionado à distribuição do encargo subjetivo da prova.

Preocupa-nos, exatamente, o fato de esse procedimento incauto — porque adotado, **data venia**, sem a necessária reflexão pelo intérprete trabalhista — já se haver generalizado, estando até mesmo consagrado por força da iteratividade. *Cumpra observar, contudo, que em certos casos o costume, longe de legitimar o uso, o compromete a cada triquete, em decorrência do erro original em que se assenta.* Calham, por isso, à hipótese, como a mão à luva, as sábias palavras de advertência que o notável **William Shakespeare** colocou na boca de sua imorredoura personagem, Hamlet — o Príncipe da Dinamarca, há quase quatrocentos anos, e que apresentam indiscutível atualidade: "É um desses hábitos, cuja quebra honra mais que a observância".

O momento sugere, portanto, uma advertência: a adoção sistemática e irrefletida, pelo intérprete trabalhista, de dispositivos e institutos do

processo civil, vem transformando o direito processual do trabalho em um ardiloso terreno movediço, onde, quase sempre, acabam sendo sepultados a eficácia e a natureza tuitiva, que animam as normas substanciais trabalhistas.

Digam-no os trabalhadores que, um dia, tiveram de ingressar em Juízo.

2. Antes de passarmos a demonstrar as razões em que se fundamenta a nossa discordância quanto a essa incursão descautelada ao processo civil, convém esclarecer que, a rigor, o denominado **ônus subjetivo da prova** não constitui, como se tem suposto, um **dever** ou uma **obrigação** da parte, de tal modo que se não produzir a prova que lhe competia, terá, inevitavelmente, rejeitada a sua pretensão; nada mais equivocado: o **onus probandi** consiste, apenas, na **conduta processual** que se impõe ao litigante, tendo em vista o seu **interesse** em ver provados os fatos deduzidos perante o Juiz. Pode ocorrer, em conseqüência, que mesmo não tendo efetuado a prova que lhe incumbia, a parte venha a ter o seu pedido acolhido, como, por exemplo, em virtude de a prova haver sido feita, inadvertidamente, pela parte contrária, ou de o Juiz haver feito incidir as **máximas de experiência** a que alude o artigo 335, do C.P.C. — este sim de inegável incidência supletiva no processo do trabalho.

À idéia de **ônus**, enfim, não se adjunge a de **sanção processual**, contrariamente, pois, ao que entende **Eduardo Couture** ("Fundamentos del Derecho Procesal", 1951).

3. Retornemos ao núcleo do tema, para rememorar que o precitado artigo 333, **caput**, do C.P.C., estatui que o ônus da prova incumbe: I — Ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II — Ao réu, quanto à existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo desse direito. Vejamos, a seguir, como a adoção desse critério, pelo intérprete processual trabalhista, é desautorizada por, pelo menos, duas razões fundamentais.

Primeiramente, **porque a C.L.T. contém norma expressa sobre a matéria** (art. 818): logo, ausente está o pressuposto imprescindível da **omissão** (art. 769); em segundo lugar, ainda que omissa fosse o texto consolidado, a invocação subsidiária do C.P.C. seria inadmissível em face da manifesta colidência deste com os autênticos princípios informativos do processo do trabalho: **ergo**, haveria, também, incompatibilidade (art. 769).

3.1. De efeito, dispõe o artigo 818, da C.L.T., que "A prova das **alegações** incumbe à parte que os fizer" (sublinhamos). Eis, aqui, a **dicção expressa**. É muito provável, todavia, que alguém — pretendendo defender ou justificar o procedimento contra o qual nos opomos — argumente que as disposições contidas nos artigos 333, incisos I e II, do C.P.C., e 818, da C.L.T., são tautológicas, pois, em substância, dizem a mesma coisa, sendo que a norma processual civil nada mais representa do que uma explicação **didática** do conteúdo da trabalhista. Redargua-se, entretantes, em caráter proleptico,

que a solução conferida ao problema do ônus da prova, pelo artigo 818, da C.L.T., é totalmente dessemelhante da estampada no artigo 333, do C.P.C. A similitude, portanto, entre ambas, é ilusória.

Eis, aqui, o ponto medular da questão; o pomo-da-discórdia, como queiram.

3.2. Demonstramos a nossa convicção mediante alguns exemplos típicos, encontradiços no cotidiano forense, como, v.g., o das **horas extras**. Pois bem. Sob a ótica do artigo 333, inciso I, do C.P.C., ao empregado que está a postular o recebimento de horas extras incumbirá provar a prestação de serviços além da jornada ordinária, vez que este fato é constitutivo do seu direito; de tal arte, não produzindo prova neste sentido, a conseqüência será a rejeição do seu pedido — a que a sentença, muitas vezes, se refere, impropriamente, como “improcedência da ação” (sic).

A luz do artigo 818, da C.L.T., entretanto, o empregador, ao contestar a **causa de pedir** (trabalho em jornada extraordinária), atrairia para si, inevitável e automaticamente, o ônus da prova, porquanto, ao fazê-lo, expendeu uma **alegação**, cabendo-lhe, assim, sustentá-la por meio de provas. Não se suponha que se estaria, no caso, a exigir-lhe que produzisse **prova negativa** (ausência de trabalho em jornada extraordinária); a prova seria, sim, **positiva**, porquanto dirigida a demonstrar que o empregado somente trabalhou **em jornada ordinária**. O efeito prático dessa atração do **onus probandi** está em que, não realizando o empregador tal prova, presumir-se-ão verdadeiros os fatos narrados pelo empregado, na inicial.

A questão, pois, há de ser solucionada não sob o ponto-de-vista da prova quanto à existência ou inexistência de **fato constitutivo** do direito do empregado (o que é próprio do C.P.C.), mas, sim, em atenção à prova que o réu produziu ou deixou de fazê-lo, quanto ao trabalho apenas em jornada normal e cujo ônus trouxe para si ao contrapor, à do empregado, uma outra **alegação**.

3.3. A orientação inserta no artigo 818, da C.L.T., como é bem de ver, repele a incidência da máxima: “O ordinário se presume e o extraordinário se prova”, que RUSSOMANO, com apoio em MALATESTA, erigiu como **princípio ontológico da teoria da prova (apud Wagner Giglio, “Direito Processual do Trabalho”, LTr Editora, São Paulo, 1977, pág.)**. Não estamos afirmando que esse princípio não seja útil ao empregado: no geral o é; no particular, porém, ele perde o seu significado protectivo para “virar o fio” contra o empregado — como, diria MARTINS CATHARINO, razão por que se torna imprestável, quanto mais não seja diante do fato de que esbarra na lei.

Ademais, mesmo que se admitisse, **ad argumentandum**, que a prova atribuída ao empregador, neste caso, fosse, realmente **negativa**, isto não haveria de causar sobressalto a quem estivesse a par de a concepção vogante na moderna ciência jurídica processual, para quem “toda afirmação é,

ao mesmo tempo, uma negação: quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados contrários ou diversos dessa coisa” (Chiovenda, “Instituições do Direito Processual Civil”, 1943, Vol. II, pág. 505). Daí por que, acertadamente, a doutrina e a jurisprudência deitaram por terra “a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos” (Eduardo Couture, *ibidem*, págs. 151/152).

4. A finalidade deste trabalho não nos possibilita descer a minúcias a fim de analisarmos, sob o ângulo de nosso pensamento, a vasta heterogeneidade de pedidos que os empregados, como sói acontecer, deduzem em Juízo; seja-nos permitido, em face disto e como imperativo de brevidade, atalhar que os argumentos até aqui expendidos, em relação às horas extras, se aplicam, *mutatis mutandis*, à maioria dos casos, como, por exemplo, do adicional noturno, da relação de emprego, do grupo econômico etc.

5. Insta que se ponha sempre à frente — e isto é o que sobreleva — o fato de que a C.L.T. possui norma específica sobre a distribuição do ônus subjetivo da prova (art. 818), cujo verdadeiro alcance muitos intérpretes ainda não apreenderam, razão por que, não raro, recorrem às disposições do artigo 333, incisos I e II, do C.P.C. O próprio anseio dos doutrinadores brasileiros, no sentido de somar engenho e arte para dar concreção ao princípio da inversão do ônus da prova, em benefício do empregado, (*) embora louvável, revela que o verdadeiro sentido da redação do artigo 818, da C.L.T., também não foi por eles captado. Ora, *legem habemus*. Assim, toda cerebração doutrinária há de convergir não para o estabelecimento de princípios voltados a cometer ao empregador a maior parte do encargo probatório — como se tem feito — mas, sim, para demonstrar a verdadeira dicção do artigo 818, da C.L.T., cujo laconismo, se não seduz como o faz a literalidade didática e quase retórica do artigo 333, do C.P.C., encerra, sem dúvida, um conteúdo que respeita, de perto, às peculiaridades e o propósito do ordenamento processual em que se insere.

5.1. Não nos move, aqui, o desiderato de criticar o critério que o C.P.C. consagrou para o seu uso, relativo ao *onus probandi*, pois o sabemos justo e lógico a partir da consciência de que foi elaborado sob o pressuposto da igualdade formal das partes, que se manifesta tanto no plano material quanto no processual; não obtemperamos, sim, à intromissão desse critério no âmbito do processo do trabalho, onde não se pode ignorar que a desigualdade real das partes, reconhecida pelo direito substancial (que, por isso, é anti-igualitário — na feliz expressão de Camerlynk/Lyon-Caen, “Derecho del Trabajo”, Aguilar, Madrid, 1974, pág. 24) não deixa de existir pelo simples fato de o trabalhador haver ingressado em Juízo. Com quanta razão, pois, pôde afirmar Giovanni Tesorieri (“Lineamenti di Diritto Processuale del Lavoro”, Pádova, Cedam, 1975, pág. 4): “quando o dador de trabalho e o traba-

(*) Conclusão, v.g., a que chegaram os ilustres partícipes do IV Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e Seguridade Social, São Paulo, 1972.

lhador assumem no processo as vestes de partes, não cessam por isso de ser o que sempre terão sido; a história das suas relações não se transforma numa outra história: é a mesma, que continua”.

5.2. Segue-se, então, que no caso em exame, a norma processual civil atua, relativamente ao processo do trabalho, como autêntica “rolha redonda para orifício quadrado”, segundo o apotegma popular, pois a este não se ajusta com perfeição.

Demais, a trasladação irrefletida, para o processo do trabalho, de dispositivos próprios do processo civil, não apenas empece o **movimento autonomista** daquele processo — tarefa grandiosa, que irmana doutrinadores de tantos países e para o qual temos procurado contribuir com a nonada de nossos conhecimentos, como pode, no paroxismo dessa atitude mimética, implicar em perigosa subversão das suas razões teleológicas.

6. No capítulo da distribuição do ônus subjetivo da prova, portanto, o processo do trabalho, com o que tem, basta a si — em que pese nomes ilustres divirjam desta afirmação e cujo pensamento respeitamos.

Conclua-se, pois, afirmando que o artigo 818 da C.L.T. deve ser o único dispositivo a ser invocado para resolver os casos relacionados à partição do encargo da prova, vez que possui extraordinária eficácia para tanto; na eventualidade — remota, aliás — de esse artigo revelar-se insatisfatório, não deve o intérprete valer-se, ato-contínuo, do critério indicado pelo artigo 313, do C.P.C., mas, sim, verificar, em concreto, **quem estava apto a produzir a prova**, segundo os meios de que, verdadeiramente, dispunha. Esta é a atitude exigível do julgador trabalhista.

Deste modo, aquilo que me permito designar de **princípio da aptidão para a prova** deve constituir o verdadeiro **critério supletório** do processo do trabalho, em cujo plano figurará como espécie de “telón de fondo” — conforme a expressão espanhola — apto a fornecer ao julgador as diretrizes seguras para a dirimência da questão, pondo-se de lado, assim, as disposições do artigo 333, I do C.P.C. — porquanto representam uma fantasiosa abstração da realidade prática do processo do trabalho.

TESE III: Inaplicabilidade, em relação ao empregado, do disposto no artigo 389, I, do C.P.C.

Cogitamos de uma hipótese localizável, a mancheias, no cotidiano forense: a em que o réu, contrapondo-se à alegação do autor quanto a jamais haver recebido as horas extras, o adicional noturno, os repouso semanais etc., a que tinha direito, junta aos autos documento comprovativo de que o

pagamento teria sido feito **de uma só vez**, abrangendo, inclusive, parcelas vencidas há vários meses ou, até mesmo, há mais de ano.

Instado a manifestar-se, o autor objeta que não recebeu, no todo ou em parte, as quantias ali expressas, seja porque quando após o seu autógrafo o documento ainda não estava preenchido, seja porque, se preenchido se encontrava, o empregador se recusou a pagar-lhe.

Surge, aqui, o *busilis* da questão: a quem incumbe o ônus da prova?

Fosse a alegação do autor no sentido de que a assinatura não lhe pertence, o encargo de provar a **autenticidade** seria do réu, que produziu o documento, a teor do disposto no artigo 389, II, do C.P.C., de inegável incidência supletória no processo do trabalho; como não se trata de contestação de assinatura, mas sim de falsidade de documento, dispõe o C.P.C. (art. 389, I) que o **onus probandi** compete ao autor.

Essa orientação do processo civil tem sido perfilhada, no geral, pelo processo do trabalho, que se ressentiu de disposições próprias.

O propósito deste nosso trabalho, contudo, consiste exatamente em demonstrar a manifesta incompatibilidade, no particular, das normas processuais comuns com os princípios reitores do processo trabalhista, motivo por que, embora omissa a C.L.T., a sua incidência, aqui, deve ser repelida.

Convém observar, para que melhor possam ser entendidas as nossas razões, que quando o C.P.C. atribui ao documento particular, assinado por uma ou por ambas as partes, conforme seja o caso, eficácia probante praticamente absoluta (ressalvadas as hipóteses que autorizam a arguição do incidente de falsidade, artigo 390 e seguintes), fá-lo, por certo, sob o pressuposto de que havendo uma igualdade formal entre as partes, no plano do direito **material**, os atos por ela praticados são perfeitos, tanto que o seu desfazimento somente será possível se o interessado provar a ocorrência de quaisquer dos **vícios do consentimento** previstos em lei (Cód. Civil, arts. 86/105). Daí resulta que, ausente essa prova, o documento conserva a sua **validade** original, com o que se reveste de plena eficácia para comprovar o pagamento das parcelas nele mencionadas.

Forremo-nos de demonstrar, a fundo — porque essa tarefa já desempenhada, satisfatoriamente, pela doutrina — que na esfera peculiar do direito do trabalho não prospera o postulado da isonomia formal entre as partes, mas, ao contrário, avulta o reconhecimento da desigualdade real do trabalhador, em relação ao empregador; advertamos, apenas, que a partir de uma visão crítica e prospectiva da realidade que caracteriza as **circunstâncias** em que são estabelecidas as relações materiais subjetivas entre empregados e empregadores, torna-se absolutamente inafastável o reconhecimento de que o próprio processo do trabalho deve valer-se de critérios e princípios que respeitem essa realidade, sob pena de atentar contra a sua verdadeira razão teleológica.

O **padrão de realidade social** em que se lastrea o ordenamento processual civil não é idêntico, nem sequer assemelhado, ao **padrão de realidade** que se impõe deva ser observado pela doutrina e pela jurisprudência trabalhista (e, de **lege ferenda**, pelo direito processual positivado) sempre que tiveram de encontrar um critério para dirimir casos como o **sub examem**.

Por esse motivo, cremos **data venia**, haver desacerto dos órgãos judicantes trabalhistas quando rejeitam as pretensões do empregado, sob o fundamento de que, estando por ele assinado o documento, era seu o encargo de provar que o assinou "em branco", ou, se já estava preenchido, que o empregador se recusou a efetuar o pagamento. O equívoco de pronunciamentos jurisdicionais dessa ordem radica, ao nosso ver, em se supor que devam ser aplicadas à espécie, as disposições pertinentes do C.P.C., em sua rigidez, com imprudente desprezo da realidade material onde o ato foi praticado.

Admitamos, v.g., que o empregado tenha alegado **coação**. Segundo o sistema do C.P.C., caberá a ele provar esse constrangimento (art. 404, II); ora, até onde sabemos, o empregador, quando coage o empregado não o faz de maneira pública e solene, com pompa e fanfarra. Considerando, ademais, que do ponto-de-vista do direito civil a **coação não se presume** (exatamente porque se pressupõe a igualdade das partes), resulta impossível, em concreto, na quase generalidade dos casos, o empregado provar que foi coagido.

Nemo turpitudinem . . .

Razões inomináveis, portanto, sugerem que a **coação** — instituto civilista que o é — não seja utilizada, nestes casos, como condição para cassar a validade de documento assinado pelo trabalhador, sem receio de escoriar o permissivo estampado no artigo 8.º da C.L.T., verdadeiro entrave para a autonomia científica do direito do trabalho, assim como o artigo 769 o é, sem dúvida, em relação ao processo civil.

Não menos tormentosa, para o empregado, é a prova de que o documento, assinado em branco, foi abusivamente preenchido pelo empregador. Como prová-lo, quando se sabe que tais atos são realizados sub-repticiamente, à socapa?

Cessa, pois, tudo quanto o C.P.C. proclama, pois o processo do trabalho pode sobreviver sem essa musa sedutora. Se não, vejamos.

A ninguém é dado ignorar que enquanto está a vigor o contrato de trabalho, o empregado se mantém sob um inerente **estado de sujeição (status subiectionis)** ante o empregador, cujo estado constitui, por isso, fator de acentuada subjugação de sua vontade. Tanto isto é verdadeiro que a própria lei chega, em alguns casos, a subtrair do empregado a sua autonomia volitiva, como forma (de paradoxalidade apenas aparente) de protegê-lo dos atos do empregador (veja-se, dentre outros, os artigos 76, 468 da C.L.T., 477, § 1.º).

É, precisamente, esse **estado de sujeição** — que, salvo exceções, inexistente no plano do direito comum — que torna o empregado extremamente suscetível aos efeitos das **pressões** (e não **coação**) que sobre ele exerce o empregador e cuja intensidade oscila conforme as conveniências ditadas pelo **casuismo** estimulador.

Desta forma, a **pressão econômica**, ínsita nas relações de emprego e que já era denunciada pelo notável OLIVEIRA VIANNA há mais de quarenta anos, deve ser sempre posta à frente quando se trata de apreciar documentos juntados pelo empregador com a finalidade de provar o pagamento de parcelas que o empregado afirma não haver recebido. Essa mesma **pressão**, quando conjugada com o fato de o empregador apresentar recibo pelo qual pretende fazer crer que o pagamento de parcelas heterogêneas (horas extras, adicional noturno, repousos semanais e o mais), vencidas há vários meses, foi feito de uma só vez, gera a presunção (embora **iuris tantum**), de que o documento é falso. Não se quer dizer que, em face disto, o empregador seria, automaticamente, condenado ao pagamento das verbas postuladas na ação; o resultado prático dessa presunção seria a eliminação da eficácia probante do documento, sem que isto implique na impossibilidade de o réu provar, por todos os meios em direito permitidos, que o pagamento, realmente, foi efetuado.

Em suma: desloca-se para ele o ônus da prova — malgrado o documento que produziu.

A não se supor assim, por que motivo o empregador, que sempre se manteve inadimplente, agora, em insólito arroubo de honestidade, teria pago, num só ato, parcelas de natureza diversa, que se encontravam vencidas há muito tempo — cujo valor, muita vez, coincide, rigorosamente, com o expresso na inicial, em que pese o cálculo do autor esteja até mesmo errado?

Diz a estória, a propósito, que em período medieval existiu arqueiro ímpar, cuja infalibilidade na pontaria estava no seu método de primeiro arremessar a flecha para depois desenhar o alvo.

Jocosidade à parte, a prática nos revela que tem sido este o procedimento de alguns empregadores em relação a documentos assinados **in albis** pelos empregados.

A despeito de os nossos argumentos não incidirem na hipótese de os pagamentos das parcelas pedidas haverem sido feitos em suas **épocas próprias**, segundo demonstram os respectivos recibos juntados aos autos, é razoável que o Juiz do Trabalho, diante de uma das duas alegações do empregado, já indicadas, **exija do empregador uma atividade processual capaz de demonstrar que o teor dos documentos merece credibilidade**, pois, em última análise, tais documentos também foram produzidos quando o trabalhador ainda se encontrava ajoujado ao **status subiectionis**, a que há pouco nos referimos.

A **presunção elisiva**, que estamos a propugnar seja aceita pelo predi-
camento dos julgadores, não tem a veiedade de constituir panacéia capaz de
neutralizar a eficácia probante de **todos** os documentos que são juntados
aos autos pelo empregador e diante dos quais o empregado reage; a sua
adoção, contudo, fará com que as decisões se aproximem, o quanto possível,
da realidade material subjacente, onde os atos foram praticados e que as
disposições monolíticas do processo civil não permitem seja considerada.

A PROVA DA EXISTÊNCIA DE ERRO DE TIPO OU DE PROIBIÇÃO NOS ILÍCITOS TRABALHISTAS E NAS RESCISÕES CONTRATUAIS

Águeda Maria Lavorato Pereira

Juiz Presidente da J.C.J. de
Concórdia

Este despretensioso trabalho voltado para os problemas do erro, nos ilícitos trabalhistas e nas rescisões contratuais, objetiva ressaltar, não só as experiências colhidas no dia-a-dia do exercício das atividades judicantes, que exigem constante e real esforço de interpretação, como, também, assinalar a importância da prova que deverá ser colhida para a tentativa última de bem aplicar justiça.

Para tanto, far-se-á mister, por vezes, breve incursão pelas doutrinas alienígenas, no intuito de colher elementos elucidativos para a questão em foco.

Por primeiro, incumbe lembrar que o erro, difere da ausência de vontade, pouco importando que às vezes os Códigos dispensem o mesmo tratamento às duas situações que dogmaticamente, são distintas. Assim, o denominado erro obstativo não será objeto de nossa apreciação eis que não resulta em vício do consentimento.

Assim o erro, como fato humano decorre da ausência ou da falha da percepção ou do raciocínio, encontrando-se disciplinado pela ciência jurídica e abordado por todos os ramos do direito, perante os quais, sua existência irá acarretar maiores ou menores efeitos, em relação àqueles fatos e atos ocorridos ou praticados em perfeita consciência e conhecimento.

Entretanto, a conceituação acima expressa não é pacífica, eis que costume é definir o erro de forma diversa da ignorância, afirmando-se consistir o primeiro na falsa noção do objeto do conhecimento e a ignorância na ausência de qualquer noção, sobre o mesmo objeto de conhecimento.

Assim é que a ignorância traduz falta de percepção, enquanto que no erro há percepção, porém falsa.

A maioria dos autores equipara o erro à ignorância, entendendo alguns que o erro compreende a ignorância e outros, por sua vez, que a ignorância compreende o erro.

Para Orlando Gomes, numa precisa e objetiva definição, erro é uma falsa representação. Esclarece insigne mestre que "tendo sobre um fato ou sobre um preceito noção inexata ou incompleta, o agente emite sua vontade de modo diverso do que manifestaria se deles tivesse conhecimento exato ou completo"; e, mais adiante, citando Doneau conclui: "crê verdadeiro o que é falso, ou falso o que é verdadeiro". (in Intr. ao Direito Civil — FOR. 1974 — pág. 485).

O erro pode, basicamente, recair tanto sobre as circunstâncias como sobre a ilicitude do fato ou ato. Na primeira hipótese, não se tem pleno conhecimento ou se tem um falso conhecimento das circunstâncias do ato ou do fato. Na segunda, supõe-se que o ato não constitui algo proibido ou vedado em lei.

Temos, assim, as espécies erro de fato e erro de direito consubstanciadas pela doutrina.

Abandonamos, entretanto, as raízes romanas do **error facti** e do **error juris**, para dar preferência à denominação adotada pelas modernas teorias alemãs embasadas nos postulados desenvolvidos por Welzel e Mezger, que rubricam tais fenômenos como erro de tipo e erro de proibição. Isso, porque, pela tradicional concepção, o erro de fato sempre aproveita e o erro de direito prejudica, eis que não pode ser invocado na transação, na confissão e, muito menos, nos casos derivados da violação da lei de ordem pública.

Em verdade se o erro de direito não aproveita é porque em princípio é indesculpável. Entretanto, nada obsta a colheita de uma prova mais acurada, partindo da aceitação de sua escusabilidade, desde que invencível. Este o propósito da doutrina alemã, que assinala não poder a inescusabilidade da ignorância da lei afastar, por si só, a relevância do erro, desde que este visaria, somente, anular ou amenizar, os efeitos jurídicos do ato.

Dessa forma a máxima consubstanciada pela parêmia **ignorantia legis neminem excusat**, é, pois, vista sob o ângulo de um princípio norteador, deixando-se em aberto o âmbito processual e a análise da pretensão **sub litem**, em concreto, para a aceitação da escusabilidade do erro invencível ou inculpável, com o conseqüente encargo do ônus da prova para aquele que pretender alegá-lo.

Assim é que, para Welzel não deve haver antagonismo entre os dois tipos básicos de erro, mas sim, uma distinção entre ambos, pelo que, o erro de tipo será escusável na medida em que restar provada a ignorância ou o falso conhecimento das circunstâncias fáticas ou normativas do ato. O erro de proibição será, igualmente escusável, da mesma forma e na medida em que resultar provada a ignorância ou o falso conhecimento da ilicitude do ato.

Acredita-se, pois, que os argumentos expendidos e alinhados sejam suficientes para justificar o abandono da terminologia do Digesto — erro

de fato, erro de direito e a adoção daquela derivada da teoria finalista da ação — erro de tipo e erro de proibição, que se nos apresenta mais precisa e técnica.

Assinale-se que o erro não há de, necessariamente, ser bilateral. Basta, uma só vontade fundada em erro, para viciar o consentimento.

Registre-se, também, que são espécies do erro de tipo: a) o erro essencial que diz respeito à própria substância do ato e que, por sua vez, subdivide-se em invencível ou escusável e vencível ou inescusável; e, b) o erro accidental, que recai não sobre a essência do ato, mas sim, acidentalmente, sobre os dados deste. Como espécies do erro de proibição temos o erro evitável ou vencível e o inevitável ou invencível.

Sabemos que o erro, para ter o condão de anular o ato jurídico, deve ser essencial e escusável ou, então, invencível.

Diz-se que o erro é escusável quando, embora cercado das cautelas que o consenso social exige, o agente não percebe que nele incorreu no momento da prática do ato.

Portanto, como conclusão, podemos, seguramente afirmar, que o arrependimento, a perplexidade, a titubeação, não influem na relevância do erro.

Cremos de suma importância a apreciação desses conceitos e a invocação das doutrinas civis e penais para o âmbito das relações empregatícias, em razão dos estreitos laços de similitude entre os ilícitos civis, penais e trabalhistas, máxime quanto aos dois últimos que mais de perto nos interessam, quando da análise das justas causas alicerçadas nos atos de improbidade, incontinência de conduta, ofensas físicas, lesões à honra e à boa fama etc.

Incumbe o ônus da prova, como princípio geral, a quem pretende anular o ato que tem presunção **juris tantum** quanto à sua perfeição e validade. Porém, nas relações empregatícias, via de regra, é o empregador que detém os elementos necessários para que o trabalhador possa fazer valer seus direitos.

Admite-se, pois, a utilização de todos os meios de prova permitidos, em resguardo aos interesses primordiais e ínsitos à própria Justiça, inclusive, no que diz respeito a indícios e circunstâncias, desde que resulte teor probatório robusto e convincente, contraposto, até mesmo, a documentos, tudo de molde a elidir aquela presunção **juris tantum** derivada do ato perfeito.

Assim deve o julgador, por primeiro, em relação ao agente ou agentes, atentar para o grau de instrução destes; para a idade; condições psíquicas no momento da prática do ato; estado físico e mental; e, ainda, para todas as formas de coação e constrangimento derivados da necessidade do emprego.

Em assim se procedendo, restará condições de bem analisar a hipótese do empregado analfabeto que apõe sua impressão digital no recibo de

quitação; daquele semianalfabeto que desenha seu nome no termo de rescisão contratual; do empregado que assina pedido de demissão tomando-o por aviso prévio; do recém-admitido que assina documentos *in albis* e, assim, por diante, todas, acobertando um possível erro de tipo.

Caso há, no entanto, em que a própria existência da norma de proteção possibilita uma inversão do **ônus probandi**, v.g., dos recibos de rescisão contratual não homologados pelos órgãos competentes e assinados por trabalhadores de parco ou nenhum grau de escolaridade. A presunção gerada **in casu** é favorável ao laborista, que pode ter incorrido em erro de tipo essencial e escusável, devendo o empregador provar que a assinatura ou o assentimento foram apostos, com pleno conhecimento e real percepção do teor do documento.

Hipóteses de erro de proibição surgem também amiúde, no juízo trabalhista, impondo ao julgador uma instrução de fundo para a correta avaliação do **animus** do agente.

Recentemente, em nossa Junta, surgiu a curiosa figura do empregado com salários em atraso já por vários meses, que acreditou ter o direito de subtrair, do empregador, coisa de propriedade deste, para ressarcimento daquilo que lhe era devido.

O campo das justas causas, somente em se tomando por base a improbidade, poderia gerar, na esfera penal, as figuras típicas dos crimes de furto, roubo, extorsão, usurpação, apropriação indébita, estelionato, receptação, outras fraudes e de dano, este último, que por sua forma dolosa aparece na CLT no art. 462 § único; todos a exigir do julgador uma necessária incursão ao terreno das excludentes e dirimentes do tipo, mormente em se considerando que os pressupostos da justa causa são menos rigorosos que os do crime, visto não haver identidade entre o ilícito penal e o ilícito trabalhista.

Relembre-se, por último, que todas as discriminantes putativas (legítima defesa putativa, estado de necessidade putativo etc...) constituem forma de erro de proibição.

Portanto, em se considerando a situação de permanente desnível sócio-econômico entre o empregado e o empregador, bem como as conseqüências disto advindas, conclui-se que, na fase instrutória, deverá o julgador empreender todos os esforços, no sentido de aquilatar a verdadeira realidade perceptiva dos fatos e atos praticados, utilizando, para tanto, seu amplo poder de comando, quanto às determinações necessárias e pertinentes, que deverão ser decretadas até mesmo **ex-officio**, para, a final, buscar a verdade real, sempre preferível e recomendável à verdade formal inane e estática.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE REINTEGRAR O EMPREGADO NO PROCESSO TRABALHISTA

João Oreste Dalazen

Juiz do Trabalho Substituto

1. Tema controvertido e candente, no processo trabalhista é o da viabilidade de execução provisória da sentença condenatória do empregador a uma prestação positiva. Exemplo típico e muito freqüente de obrigação de fazer, no processo trabalhista e ao qual se deterá aqui, é a condenação do empregador a reintegrar o empregado. A questão que se põe, então, é a de saber se, pendente de julgamento o recurso ordinário interposto contra a sentença que determinou a reintegração do empregado, é de deferir-se a pretensão deste de ser provisoriamente reintegrado no emprego. Entendo que se impõe a afirmativa.

2. Como todos sabemos, provisória é a execução de sentença contra a qual se interpôs recurso desprovido de efeito suspensivo, ou, o que é o mesmo, recebido somente no efeito devolutivo (CPC, art. 587, 2.ª parte). O recurso ordinário, reza o art. 899, da CLT, é dotado de "efeito meramente devolutivo". Com isso, o apelo **apenas** transfere ao órgão jurisdicional "ad quem" o conhecimento da matéria apreciada no primeiro grau de jurisdição, nos limites da impugnação. Vale dizer, inexistente suspensividade quanto à eficácia da sentença trabalhista: esta, conquanto ainda não seja imutável, tem plena eficácia, possibilitando, desse modo, a execução provisória.

3. Certo que o aludido art. 899, da CLT, permite "execução provisória **até a penhora**, o que poderia ser interpretado como uma indicação de que a execução provisória só caberia na modalidade de execução que o CPC denomina "por quantia certa". Nesse somente há penhora. É enganosa, porém, essa colocação. Isso se deve ao fato incontestado de que a CLT apenas disciplinou — e, ainda assim, com lastimável deficiência — a execução por quantia certa, a mais comum. Olvidou, inteiramente, a execução das obrigações de fazer. Daí a dicção legal "execução provisória até a penhora". Entretanto, a toda evidência, conferindo o legislador, **apenas** efeito devolutivo ao recurso ordinário não poderia, por coerência e lógica, restringir a execução provisória à execução por quantia certa, no processo trabalhista. Sob pena de o texto consolidado ser incongruente, se o recurso não tem efeito suspensivo não há fugir à conclusão de que, **qualquer que seja** o comando emergente da sentença (obrigação de dar quantia certa, obrigação de fazer, ou não fazer, ou obrigação de entregar coisa certa), sua eficácia pode fazer-se sentir para logo. Tal como sucede no processo civil. Recorde-se

que o vigente CPC contém disposição similar à da CLT, pela qual também se veda, na execução provisória, a prática de atos de alienação de domínio (art. 588, II) e, no entanto, a mais prestigiosa doutrina processual civil admite expressamente a possibilidade de execução provisória de obrigação de fazer (V. **Alcides de Mendonça Lima**) "Comentários ao CPC", VI Vol. Tomo II, Forense, pág. 473).

4. Poder-se-ia objetar que na sistemática do processo civil autoriza-se a execução provisória porque, necessariamente, o exequente presta caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao executado (CPC, art. 588, I), o que, sendo impraticável no processo trabalhista, dada a hipossuficiência econômica do exequente, eventualmente acarretaria sérios prejuízos ao empregador, na hipótese de provimento do recurso ordinário interposto. Não colhe, todavia, o argumento. No processo trabalhista, ao revés do que pode ocorrer no processo civil, não se vislumbra **que** prejuízo adviria para o empregador com a **reintegração provisória do empregado**. Afinal, para tudo o que o empregador dispender com o empregado no interregno entre a reintegração provisória e o trânsito em julgado do acórdão, correlatamente haverá prestação de serviço. Em uma palavra, pagará o empregador salário, mas em troca receberá trabalho. Onde o prejuízo? Ademais, também não se deve perder de vista a outra faceta do problema: **negando-se** provimento ao recurso **é certo** o prejuízo que sofrerá o empregador vencido não promovendo a reintegração do empregado. Esse prejuízo — pelo pagamento de salário sem labor — pode ser substancialmente mitigado com a reintegração provisória, que, portanto, longe de nefasta, resultará sobremodo vantajosa e conveniente aos interesses do próprio empregador.

5. Dir-se-ia que igualmente ao empregado, vencedor em primeira instância, não advirão maiores prejuízos em aguardar o trânsito em julgado: receberá os salários vencidos e vincendos, com juros moratórios e correção monetária, até a efetiva reintegração. Trata-se, todavia, de meia-verdade: *para o empregado, parte economicamente fraca, muito mais importantes e — por que não dizê-lo? — vitais são os salários percebidos aqui e agora, mormente se considerarmos o seu cunho alimentar e o alarmante índice de desemprego deste país, agravado pela injustificável inexistência do seguro-desemprego. É pois, para o obreiro, questão de subsistência, sua e de sua família. Em realidade, dizer-se que o empregado não sofre prejuízo por esperar o trânsito em julgado equivale repetir Maria Antonieta, pouco antes da Revolução Francesa, mandando o povo faminto comer bolo se lhe faltava pão... Soa bastante hipócrita. Eis aí também um dado de extrema relevância, que não deve escapar ao espírito agudo do magistrado, a quem incumbe, na aplicação da lei, atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*" (art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil).

6. Acresce observar ainda um derradeiro argumento que, a meu ver, milita em favor da reintegração provisória. É indiscutível que o juiz, no exer-

cício do seu poder geral de cautela, fundado no art. 798, do CPC pode conceder medida cautelar determinando a reintegração liminar do empregado estável. Essa a lição de **Amauri Mascaro Nascimento** ("Elementos de Direito Processual do Trabalho", 3.^a edição, 1977, LTr Editora, pág. 316), inteiramente procedente. Ora, se é possível a reintegração do empregado "initio litis", desde que haja plausibilidade e receio de que sofra lesão grave e de difícil reparação, por que não pode haver reintegração provisória após a ampla cognição promovida no primeiro grau de jurisdição? Parece-me evidente que com muito maior razão é de deferir-se. Até porque, entendendo que à Justiça Trabalhista incumbe, tanto quanto possível, preservar e garantir o emprego, pois não se ignoram as mazelas sociais e econômicas do desemprego.

7. Penso que tão-somente num caso é inadmissível a reintegração provisória do empregado: no inquérito judicial em que o empregador valeu-se da faculdade que lhe outorga a lei para suspender o empregado (CLT, art. 494 e § único). Nesse caso específico, porque, em linguagem imperativa, estatui a lei que a suspensão disciplinar "**perdurará até a decisão final do processo**", naturalmente é incogitável a reintegração provisória anterior à coisa julgada. Evidente que "**decisão final do processo**" não é o mesmo que sentença do primeiro grau de jurisdição. Fora daí, em todos os demais casos de estabilidade (sindical, da gestante, membro de CIPA, etc.), nada obsta e tudo justifica o cumprimento imediato da reintegração decretada pela sentença "a quo", desde que requerida pelo interessado.

8. A doutrina processual trabalhista é bastante escassa no exame da questão. Mas, de um modo geral, parece compartilhar desse entendimento.

Ensina, com efeito, o mestre MOZART VICTOR RUSSOMANO, com toda a sua autoridade:

"...a questão consiste em saber até onde o recorrido poderá exigir o cumprimento da sentença contra a qual foi interposto recurso com efeito meramente devolutivo. Nas obrigações sucessivas (diferenças de salários, nas obrigações de fazer (reintegração), etc., poder-se-á admitir que a condenação se cumpra de imediato, integralmente, embora a título precário, até a reforma da decisão na instância "ad quem", se for o caso, com a reposição das partes na situação anterior" (Direito Processual do Trabalho — 2.^a edição, LTr Editora, 1977, pág. 72).

A seu turno, **Carlos Coqueijo Costa**, em seu magnífico "Direito Judiciário do Trabalho", sustenta que "a execução provisória pode ser procedida 'do mesmo modo que a definitiva', inclusive para a prestação de fato, positiva ou negativa que seja". O eminente Ministro cita ainda a opinião de **Antônio Lamarca**, para quem nada impede que o vencedor inicie a execução provisória de obrigação de fazer, e arremata, aludindo especificamente à reintegração:

“Pensamos, em consequência, que a **execução provisória de reintegrar** não pode ser ajuizada pelo vencido-devedor (patrão), **mas tão-somente pelo empregado, sem as cominações do art. 729, da CLT, que exige sentença passada em julgado**”. (Forense, 1978, págs. 572/573).

Percebe-se, dessa forma, que o insigne mestre baiano admite a reintegração provisória do empregado, embora sob a ressalva de que é incabível a sanção do art. 729, da CLT, ao empregador. Com o que concordo plenamente, pois o mencionado dispositivo (único e deslocado preceito da CLT sobre obrigação de fazer) impõe multa diária ao empregador que descumprir **decisão passada em julgado sobre reintegração de empregado**, do que, evidentemente, não se cuida.

9. A Jurisprudência, a propósito é extremamente rara. No único acórdão que se logrou coligir, depois de alentada pesquisa, o E. Tribunal Regional do Trabalho da 8.ª Região decidiu adotar orientação diametralmente oposta da que aqui se defende. Consta do voto vencedor:

“...E indaga-se: é possível a execução dessa natureza pendente recurso, isto é, quando a decisão executanda ainda não é definitiva porque não transitou em julgado? Cremos que a negativa se impõe! Nas obrigações de fazer, pela sua natureza e pelas suas consequências não é possível a execução provisória. E aliás parece-nos: “que isto já é indicado na própria lei trabalhista. Quando o legislador consolidado cuidou das penalidades aplicáveis ao empregador recalcitrante ao cumprimento de sentença reintegratória ou readmissória, estabelecendo u’a multa diária enquanto durar a recusa, referiu-se a ‘sentença passada em julgado’. Consequentemente, não haverá multa se a sentença não transitou em julgado e não haverá multa porque **não** será possível executar provisoriamente uma sentença cuja condenação implica em obrigação de fazer, como é a que condena o empregador a readmitir o empregado” (E. TRT 8.ª Reg., ac. 7795 — AP 89/76, in Revista LTr Legislação do Trabalho e Previdência Social, 40/742).

Ouso divergir, data venia. Não procede o argumento com o art. 729, da CLT, pelo qual descabendo multa, na execução provisória, esta seria incabível. Parece-me que a ausência de previsão legal para a imposição de sanção administrativa ao empregador que descumpra obrigação de fazer, **na execução provisória**, de modo algum inviabiliza esta, em tese, pela razão pura e simples de que não é **requisito** para o seu cabimento. A multa constitui mera **consequência** do inadimplemento da obrigação do desrespeito à ordem judicial. É medida de compulsão do empregador, cuja inexistência, não impede, teoricamente, a execução provisória, apenas a dificulta. Inequivoco que para a espécie o juiz não dispõe do aparato legal desejável e necessário para compelir o empregador ao cumprimento da sentença recorrida. Penso que o único meio coercitivo de que se pode lançar mão é o aceno

com o cometimento do crime de desobediência (C.P., art. 330). O fato, porém, de que seu êxito é bastante duvidoso, não torna, por si só, juridicamente inviável essa modalidade de execução provisória. Pode revelar-se infrutífera, mas não pode ser indeferida de plano.

10. Promovida a execução provisória e havendo a reintegração do empregado, está claro que a eficácia da sentença exequenda fica subordinada à condição resolutive de não sobrevir outro pronunciamento na instância recursal, conforme a norma do art. 119, do Código Civil. Ou seja, a não-superveniência de outro pronunciamento em grau superior é a condição legal negativa cujo implemento enseja a definitividade da execução. Do contrário, isto é, se o tribunal anular ou reformar a sentença objeto de execução provisória, fica esta sem efeito (CPC, art. 588, III). Uma vez que não é possível restituírem-se as partes ao estado anterior, posto que o trabalho foi irreversivelmente prestado, para evitar o enriquecimento ilícito do empregador reputam-se devidos todos os direitos trabalhistas do período de reintegração provisória. É o que se verificaria analogicamente se o contrato de emprego fosse declarado nulo. Na hipótese em tela, a eficácia do acórdão que substituir a sentença será "ex nunc". Não pode ser "ex tunc" porque a natureza do acórdão é declaratório-negativa (inexistência da estabilidade). Cumpre notar que a situação não se confunde com aquela em que se julga procedente o inquérito judicial. Nesta, sim, como é pacífico, a eficácia é "ex tunc", eis que o acórdão ou a sentença tem natureza **constitutiva** (resolução do contrato).

11. Isto posto, entendo, em suma, que é viável, a requerimento do interessado, a execução provisória da sentença condenatória do empregador a promover a reintegração do empregado. Orientação, aliás, que se afina totalmente com o escopo de celeridade processual que deve nortear a entrega da prestação jurisdicional trabalhista. E que se harmoniza também com a conclusão a que chegou o II Congresso Latino-Americano de Direito do Trabalho no que concerne à execução de sentença trabalhista (Revista LTr Legislação do Trabalho e Previdência Social, 44-12/1480):

"A Justiça do Trabalho deve preservar os direitos do Trabalhador, exercendo função tutelar em seu benefício durante o processo, e visando a execução imediata e eficaz dos seus direitos, de maneira a não pôr em risco a sua subsistência (...)"

JURISPRUDÊNCIA

SÚMULAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

As Súmulas de n.ºs 1 a 117 foram publicadas no número anterior desta Revista.

- 118 — JORNADA DE TRABALHO** — Os intervalos concedidos pelo empregador, na jornada de trabalho, não previstos em lei, representam tempo à disposição da empresa, remunerados como serviço extraordinário, se acrescidos ao final da jornada.
Publicada no DOU de 19.03.81.
- 119 — BANCÁRIOS — JORNADA ESPECIAL — EMPRESAS DISTRIBUIDORAS E CORRETORAS** — Os empregados de empresas distribuidoras e corretoras de títulos e valores mobiliários não têm direito à jornada especial dos bancários.
Publicada no DOU de 19.03.81.
- 120 — DESNÍVEL SALARIAL** — Presentes os pressupostos do art. 461, da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma.
Publicada no DOU de 19.03.81.
- 121 — GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE** — Não tem direito à percepção da gratificação de produtividade, na forma do regime estatutário, o servidor de ex-autarquia administradora de porto que opta pelo regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho.
Publicada no DOU de 19.03.81.

ACÓRDÃOS DO TRT DA 9.ª REGIÃO

TRT-PR-RO-915/80 — N. 01108/81

EMENTA: ADITAMENTO VEDADO PELO ARTIGO 264 DO C.P.C. VIGENTE.

Não ocorre aditamento quando se ajuíza ação autônoma na qual se pede diferença baseada na mesma **causa petendi**, omitida em ação anterior perante o mesmo juízo, com julgamento simultâneo.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de RECURSO ORDINÁRIO provenientes da MM. Junta de Conciliação e Julgamento de Maringá-PR, sendo *recorrente* BANCO NOROESTE DO ESTADO DE SÃO PAULO S/A e *recorrido* CLAUDEMIRO RAGGIOTTO.

Recorre o Banco demandado da decisão proferida pela MM. JCJ de Maringá-Pr., que julgou a ação Procedente em Parte, para condenar o réu a pagar ao autor horas extras trabalhadas habitualmente, em número de duas e meia, com reflexo no décimo-terceiro salário, férias e FGTS. As horas extras laboradas aos sábados pagas em dobro, dia não útil, embora não destinado ao repouso semanal, nos termos da Lei n.º 605/49. Repele a equivalência e o salário-família, fundamentadamente.

No recurso, levanta o Banco recorrente a preliminar de nulidade, aditamento sem consentimento do réu, depois da citação feita ao demandado.

No merecimento, impugna o trabalho em jornada prorrogada, pois as testemunhas do recorrido foram ouvidas na qualidade de informantes.

Contra-razões à fls. 63, com impugnação da preliminar de nulidade do processado.

Parecer da Procuradoria Regional do Trabalho à fls. 70, pelo conhecimento do recurso, rejeição da preliminar e desprovemento do apelo ordinário **sub judice**.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso ordinário interposto por tempestivo e regularmente preparado, fls. 58/62.

Com respeito a argüida preliminar de nulidade, aditamento depois da citação promovida, a questão está esclarecida na sentença malsinada. Ajuí-

zou o reclamante nova ação para haver hora extra omitida na ação anteriormente ajuizada e seus reflexos, ação autônoma e não aditamento no mesmo processo. Como o Banco foi revel na outra ação, determinou o juiz a junção dos processos para julgá-los simultaneamente, face a conexão de matéria e a identidade das partes.

Rejeita-se, destarte, a preliminar de nulidade por violação do artigo 264, do C.P.C. vigente.

Meritoriamente, o recurso ordinário em exame cinge-se a impugnar o deferimento de horas extras laboradas, por entender que a prova ministrada nos autos não roborava a postulação inicial.

Os dois informantes ouvidos comprovam o trabalho em jornada prorrogada, que o recorrido entrava no serviço antes das oito horas, diariamente, e permanecia depois das dezoito horas, trabalhando, também, aos sábados. Como se sabe, os impedidos e suspeitos podem ser ouvidos como simples informantes, não prestando compromisso. Não houve, **in casu**, contradita. As testemunhas arroladas pelo Banco confirmam, de certa maneira, o postulado na exordial.

Posto isto, conheço do recurso, rejeito a preliminar de nulidade e no mérito nego provimento.

É o meu voto.

Ante o exposto,

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região, por unanimidade de votos, EM CONHECER do recurso. Por unanimidade de votos, EM REJEITAR preliminar de nulidade. No mérito, por unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

Custas na forma da lei.

INTIMEM-SE.

Curitiba, 20 de maio de 1981. CARMEN GANEM — PRESIDENTE REGIMENTAL. MONTENEGRO ANTERO — RELATOR. CIENTE: LIBÂNIO CARDOSO SOBRINHO — PROCURADOR REGIONAL.

TRT-PR-RO-1025/79 — N. 00400/81

EMENTA: Alteração contratual ilícita.

Não obriga o empregado, ordem de serviço ilegal por importar em alteração contratual que lhe é prejudicial.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de RECURSO ORDINÁRIO provenientes da MM. Junta de Conciliação e Julgamento de CRICIÚMA, SC,