

O § 2º DO ART. 74 DA CLT E O ÔNUS DA PROVA

CARLOS AUGUSTO ESCANFELLA (*)

Dissentimos da corrente doutrinária e jurisprudencial que entende haver inversão do ônus da prova ou presumir verdadeira a jornada alegada na preambular, quando a empresa não obedecer aos comandos do art. 74, § 2º, da CLT.

E o motivo da não concordância é simples: o mencionado dispositivo legal não é norma processual e não traz como cominação a inversão do ônus processual caso inexistam ou não sejam juntados com a defesa os controles de jornada de trabalho.

Os meios de interpretação levam, inevitavelmente, à conclusão de que não se pode presumir ser verdadeira a jornada declinada na preambular ou haver inversão do ônus processual preconizado pelo art. 333, do CPC.

Gramaticalmente inexistente qualquer comando que determine presunção ou mesmo inversão processual. A única penalidade prevista para o descumprimento do preceito do § 2º, do art. 74, da CLT, se encontra no art. 75, que traça penalidade administrativa aos que descumprirem os preceitos dos dispositivos constantes em todo o capítulo onde se encontra inserto o mencionado art. 74.

A interpretação sistemática nos leva à conclusão de não ser processual tal norma, posto que se adjetiva fosse estaria inserta no Capítulo "da Prova", ou melhor, na Seção IX do Capítulo II do Título X da CLT, e não na Seção V do Capítulo II do Título II que trata de normas de tutela do trabalho, inclusive da duração do trabalho, normas estas de direito substantivo.

Já historicamente, não se tem notícia de nenhuma norma que tenha autorizado a inversão do ônus da prova para as hipóteses de inexistência ou não juntada dos controles de frequência pelo empregador em sua defesa (a não ser quando haja determinação judicial não cumprida, art. 359, do CPC).

Também não se tem notícia de que diferente tenha sido a redação do art. 74, § 2º, da CLT, a alterar substancialmente a atual redação dada pela Lei n. 7.855/89, de forma que contivesse qualquer comando processual.

Logicamente, se inexistente comando a autorizar inversão processual ou mesmo presunção de veracidade do dito na exordial, e também se inexistente determinação para que os controles de frequência sejam juntados aos autos com a defesa, não se pode concluir pela inversão do ônus da prova ou mesmo por presunção de veracidade, posto que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei (art. 5º, inc. II da CF).

Totalmente despidendo tentar-se espregitar o "espírito da lei" para o § 2º, do art. 74, da CLT, vez que "quando alguém invoca o espírito da lei é porque não tem a letra a seu favor", como já disse um ex-ministro do C. TST.

(*) Carlos Augusto Escanfella é Juiz do Trabalho Substituto da 15ª Região.

Em verdade, somente na hipótese dos arts. 355 e 359 do CPC, é que a lei autoriza a presunção de veracidade do declinado por uma parte quando a outra não juntar os documentos destinados a fazer prova do objeto do litígio.

É que na hipótese dos arts. 355 e 359, do CPC, não há um ônus, mas um dever da parte juntar aos autos, face à determinação judicial, os documentos sabidamente existentes e que faz prova segura dos fatos controvertidos.

A corroborar tal tese, vem a mais alta corte trabalhista, em sua Seção de Dissídios Individuais, decidindo recentemente e de forma reiterada da seguinte forma:

"A exigência de registros de horário de trabalho em estabelecimentos com mais de dez empregados, pré-constitui a prova para o empregador, tanto em relação à fiscalização do Ministério do Trabalho, quando em relação à eventual defesa perante a Justiça do Trabalho. Se o empregador não a utiliza, essa omissão não importa inversão do ônus da prova, que é de quem alega o fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito" (TST-E-RR-5790/86.9 – Ac. SDI 2534/89, 30.8.89, Rel. Min. Ermes Pedro Pedrassani, in LTr 54-5/556, maio/90).

"A prova das horas extras incumbe ao Reclamante que as alega (art. 333, inc. I, do CPC, e art. 818, da CLT). Não podem as instâncias ordinárias presumir a jornada declarada na inicial somente porque os registros de ponto do empregador não são satisfatórios. A sentença condenatória deverá fundamentar a aceitação do horário defendido pelo Autor em outros elementos probantes" (TST-E-RR 532/88.4 – Ac. SEDI 1394/90.1, 18.12.90, Rel. Min. José Ajuricaba da Costa e Silva, in LTr 55-05/616, maio/91).

"A circunstância de o empregador não manter controle sobre a duração da jornada de trabalho, mesmo contando com mais de dez empregados, não assegura o reconhecimento da prestação extra-alegada, pelo empregado em demanda ajuizada, se impugnado o fato na defesa, sem, no mínimo, um indicio de prova sobre a alegada execução extra. Os registros de controle não consistem em prova pré-constituída de valor absoluto, porque não têm a natureza de elemento essencial da prestação de trabalho em sobrejornada. A inobservância do art. 74, § 2º, da CLT, subordina o empregador às sanções do art. 75, do mesmo diploma consolidado e não afasta a incidência do art. 333, do CPC, quanto ao ônus da prova, para desonerar o autor do encargo probatório sobre o fato constitutivo do direito" (TST-E-RR 1653/88.0 – Ac. SDI 4846/89, 8.11.89, Rel. Min. Ermes Pedro Pedrassani, in LTr 55-08/962, agosto/91).

Quanto ao art. 818, da CLT, dúvidas não pairam de que seus dizeres são de total inoperância e nada esclarecem. Quando uma parte faz uma afirmação e a outra parte nega a ocorrência do fato, ambas fizeram alegações e nem por tal motivo ambas possuem o ônus da prova.

Assim, aplicável integralmente o art. 333, do CPC, bem como o art. 334, e principalmente, o art. 335 (regras de experiência e presunção) do mesmo diploma adjetivo, ao omissso Processo do Trabalho quanto às incumbências da prova.

A respaldar tal conclusão vêm os Enunciados ns. 68 e 26 da Súmula da Jurisprudência Predominante do C. TST, assim redigidos:

"É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial" (Enunciado n. 68).

“Presume-se obstativa à estabilidade a despedida sem justo motivo do empregado que alcançar nove anos de serviço na empresa” (Enunciado n. 26).

Concluimos, então, ser aplicável ao Processo do Trabalho o art. 333, do CPC, bem como ser aplicável as “regras de experiência do homem comum”, mas não ao ponto de se considerar verdadeiros os fatos alegados na petição quando não juntados aos autos os controles de frequência do trabalhador porque a ausência de tais controles não leva à conclusão de que existem horas extras não pagas, e principalmente, horas extras no número declinado na peça inicial.