

CONTRATO DE TRABALHO - RESILIÇÃO - ÔNUS DA PROVA - ENUNCIADO 212 DA SÚMULA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Marco Aurélio Mendes de Farias Mello (*)

Ponderou-me o nobre Juiz ARI ROCHA, do Terceiro Regional, pessoalmente e por intermédio do nobre e proficiente Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho — Ministro LUIZ JOSÉ GUIMARÃES FALCÃO, a existência de enfoques conflitantes acerca do ônus da prova nas demandas a envolver a cessação do contrato de trabalho por livre discricção, ou seja, a resilição do pacto. De certa forma, a controvérsia, segundo alguns, estaria a decorrer do teor do enunciado 212 que integra a Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, fruto de proposta por mim apresentada ao egrégio Plenário:

"DESPEDIMENTO — ÔNUS DA PROVA:

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado."

A Consolidação das Leis do Trabalho possui regra própria sobre a distribuição da carga probatória, que afasta a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e, portanto, a rígida divisão segundo a qual ao autor incumbe provar o fato constitutivo do direito que aponta inobservado e ao réu o concurso de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do referido direito (artigo 333). Refiro-me ao artigo 818, consolidado, cujo preceito revela a clareza e a objetividade indispensáveis ao manuseio por aqueles menos afeitos à Ciência do Direito — rememore-se que na Justiça do Trabalho as partes podem postular diretamente, porque dispensada a representação por profissional da advocacia (artigo 791, consolidado), embora tenha sérias dúvidas, como a maioria as tem, sobre os resultados objetivos pela norma. É que o desequilíbrio é marcante: o empregador dificilmente lança mão desta faculdade, comparecendo à Junta assistido por advogado, o mesmo não acontecendo com o empregado, talvez em virtude da escassez de recursos econômicos. Mas são comuns os casos em que o Presidente da Junta acaba por adiar a audiência, encaminhando o autor, como que, ao sindicato que congrega a categoria profissional.

Preceitua o artigo 818 que:

"A prova das alegações incumbe às partes que as fizer."

Cabe agora analisar a definição do **onus probandi** quando controvertidas a existência do próprio liame empregatício e, frente ao princípio da concentração

(*) Ministro do Tribunal Superior do Trabalho e Professor da UnB

(artigo 300, do Código de Processo Civil), a iniciativa de fazer cessar a relação jurídica que aproxima as partes litigantes, tornando-as senhoras de direitos e detentoras de obrigações.

Em inúmeros votos e acórdãos tenho concluído que a problemática do vínculo empregatício, quanto à configuração, está no campo das condições da ação, mais precisamente ligada à legitimidade passiva para a causa. Se no caso concreto o julgador vem a defrontar-se com quadro fático revelador da inexistência do liame, o desfecho não deve ser outro senão o estampado na carência da ação proposta. O autor não tem ação trabalhista contra o réu, sendo este, portanto, parte ilegítima para figurar na angularidade processual. Outros entendem que a hipótese leva à improcedência do pedido inicial, porquanto o vínculo empregatício consubstancia matéria de mérito. Alguns chegam, ainda, à declaração de incompetência da Justiça do Trabalho, determinando a remessa dos autos à Justiça Comum. Fazem-no, entretanto, olvidando que os elementos definidores da competência estão no processo — nas peças básicas apresentadas pelas partes — e na lei, sendo que somente à Justiça do Trabalho cabe declarar existente, ou não, o vínculo empregatício. Inegavelmente, confunde-se o pressuposto processual — a competência — com a condição da ação — a legitimidade para a causa. Embora sedutora a matéria, o momento não é propício ao aprofundamento, razão pela qual volto ao tema deste ensaio, pequena homenagem ao Dr. ARI ROCHA, Juiz de carreira, merecedor de grande admiração.

A base de todo e qualquer pedido inicial formulado pelo autor na Justiça do Trabalho é a prestação de serviços, que deve resultar de ajuste formalizado nos moldes da Consolidação das Leis do Trabalho ou legislação esparsa que a tenha complementado, no correr destes muitos anos de vigência.

Pois bem, já aqui surge bastante luz para definir o primeiro ponto. Indaga-se: ao autor cumpre provar a prestação dos serviços ou ao réu sua inexistência?

De início, despreze-se a simplista assertiva em torno do não cabimento da prova de fato negativo. Em torno deste sempre se tem aspectos de natureza positiva passíveis de prova. Todavia, nem por isto é dado caminhar no sentido de atribuir ao réu a respectiva prova. É que, conforme já consignado, a prestação dos serviços consubstancia dado básico, causa de pedir, constante da própria peça exordial, quer haja ou não alusão explícita. Logo, se o autor a articula e o réu limita a defesa à negativa, cumpre ao primeiro desenvolver esforços no sentido de convincentemente demonstrá-la, porque "a prova das alegações incumbe à parte que as fizer" (artigo 818, consolidado) e o réu, de novo, nada alegou, cingindo-se à refutação do que esgrimado, de forma direta ou não, pelo autor.

A esta altura, sem desassombro, é dado afirmar: ao autor incumbe provar a prestação dos serviços quando, apresentada defesa pelo réu negando-a, a mesma exsurja controvertida.

A conclusão *supra* tem balizamento próprio. Não cabe o transporte do raciocínio que a enseja com o fito de solucionar outras questões. Assim, será imprópria, por exemplo, quando o réu admite a prestação dos serviços e, ao pedido formulado, contrapõe a ocorrência destes sob o manto da autonomia. No caso, sobre os largos ombros do réu, recai a conveniência e o ônus de provar. A uma, porquanto incontestada a prestação dos serviços presume-se que tenha se verifi-

cado sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho. O vínculo empregatício constitui, no cenário nacional, a regra, de vez que ocorrente na grande maioria dos casos. Presume-se o que normalmente acontece, o cotidiano, devendo ser provado o excepcional, o extraordinário, enfim, tudo aquilo que discrepe da normalidade e, por isso mesmo, mereça o rótulo de exceção. Daí CHIOVENDA, objetivando romper o impasse decorrente do subjetivismo que cerca o enquadramento dos fatos como constitutivos ou impeditivos, modificativos e extintivos, haver proposto e preconizado a fórmula de se ter como constitutivo aquele que produz o efeito que lhe é próprio. Ora, frente à constância de celebrar-se o contrato considerada a Consolidação das Leis do Trabalho, soa que, pacífica a prestação dos serviços — inegavelmente fato constitutivo a ser provado, portanto, pelo autor — o efeito próprio é a existência do liame empregatício, devendo o réu promover os atos tendentes a afastar esta presunção. As duas, porquanto a definição surge do disposto no próprio artigo 818, citado. Ao contestar, o réu, atento às palavras do mestre baiano CALMON DE PASSOS — a contestação por negativa geral nada equivale, exceto nas hipóteses de atuação do advogado dativo, do curador especial e do órgão do Ministério Público (parágrafo único, do artigo 302, do Código de Processo Civil) — empolga fato novo, ou seja, a autonomia da prestação dos serviços, cabendo-lhe, assim, a respectiva prova.

Resta saber as razões que fomentaram a jurisprudência embasadora do enunciado, restrito à definição do **onus probandi** quanto à iniciativa de resilir o contrato de trabalho.

Vem-me de AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ excelente monografia sob o título Princípios de Direito do Trabalho, em boa hora traduzida pelo consagrado processualista WAGNER D. GIGLIO, e editada pela conceituada LTr, a quem, rendendo homenagem, reitero a cobrança da 2.ª edição. Dentre aqueles percorridos pelo juslaboralista uruguaio, estão dois que merecem ser citados como suficientes a embasar, doutrinariamente, o enunciado: os princípios da continuidade e da razoabilidade.

A relação jurídica que aproxima o empregado do empregador projeta-se no tempo, caracterizando o contrato que a conduz como de trato sucessivo. Em regra é mantida sem sujeição a prazo, tudo recomendando que assim o seja, para tranqüilidade dos contratantes e, portanto, maior eficácia dos meios de produção. A relação empregatícia não é efêmera, mas pressupõe uma vinculação que se prolonga, di-lo, na obra citada, Américo Plá Rodriguez. A finalidade da nova política social é manter o vínculo empregatício, repisa EVARISTO DE MORAES FILHO, tardando no Brasil a efetivação da idéia de segurança social, muito bem discorrida pelo mexicano GONZALES BLANCO, porque "os homens necessitam ter plena e real confiança no presente e estar certos de que a satisfação de suas necessidades familiares não dependerá da arbitrariedade e do capricho de outros homens, sendo esta segurança, por outro lado, a fonte da alegria e do amor pelo trabalho, não cabendo exigir dos homens dedicação e esforços em suas atividades, quando a intranqüilidade domina suas consciências" (nota de rodapé na obra de Américo Plá Rodriguez). Daí haver apontado, em singelo trabalho, como reivindicação básica dos trabalhadores na Constituinte a garantia de emprego, de vez que a justiça social, objetivo primeiro da ordem econômica e social, pressupõe segurança na vida gregária e com esta é totalmente incompatível a possibilidade de o empre-

gado vir a perder a fonte do próprio sustento, por ato patronal passível de ser implementado a qualquer momento e a livre discricção (publicado na LTr — Ano 51 — janeiro 1987 — São Paulo — 51-1/5 à 51-1/9, Jornal Trabalhista n. 118/119 de 1986 e ADV — COAD edição especial — 1987).

Pois bem, se toda política social está dirigida à preservação do vínculo empregatício, reclamando modificação no ordenamento jurídico vigente, presume-se-lhe a continuidade e, pois, a preservação do contrato, aspecto a atrair a lição de CHIOVENDA. O fato constitutivo do pedido do autor é a existência da prestação dos serviços, reveladora do vínculo, enquanto o extintivo do direito à indenização ou ao levantamento dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço no Código 01 é a demissão.

Por outro lado, não é crível que em mercado de trabalho como o brasileiro, com desnível entre mão-de-obra e empregos e no qual 90% ou mais dos trabalhadores dependem da preservação do ajuste laboral para prover o próprio sustento e o das respectivas famílias, venham a acontecer, costumeiramente, desligamentos espontâneos, mediante pedidos de demissão. Subestima a inteligência média eleger este fato como regra, porquanto contrário ao princípio da razoabilidade.

Nem mesmo a simples negativa do empregador quanto à alegação de haver rompido o contrato pode frutificar. Em um dos precedentes que sustentam o enunciado 212 tive oportunidade de lançar ementa que bem sintetiza o alcance do procedimento:

PROVA — DESPEDITAMENTO.

1. A prova das alegações incumbe à parte que as fizer — artigo 818, da Consolidação das Leis do Trabalho —, sendo que ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do direito, enquanto ao réu da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo — artigo 333, do Código de Processo Civil.

2. A alegação do reclamado, segundo a qual não dispensou o empregado, equivale à notícia de que o mesmo deixou, espontaneamente, o trabalho. Mero jogo de palavras, com sutil colocação dos fatos objetivando afastar a incidência dos artigos supra, não merece o respaldo do judiciário, haja vista para a previsão contida no artigo 9.º, consolidado — "serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação".

3. Presume-se o que normalmente ocorre. O excepcional é a demissão do empregado. Ao apontar que não dispensou os serviços, o reclamado alega fato novo e extintivo do direito do reclamante, incumbindo-lhe, assim, a prova respectiva. (Proc. N.-TST-E-RR-392/80, Ac. TP-240/84, rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias. Mello).

Destarte, a esta altura, cabe concluir:

1. Na Justiça do Trabalho, a distribuição do **onus probandi** está disciplinada no artigo 818, consolidado.
2. A prova da ocorrência da prestação de serviços incumbe ao autor.

3. Incontroversa a prática dos serviços, a prestação destes em condições estranhas à égide da Consolidação das Leis do Trabalho consubstancia fato extintivo do direito que o autor pretende ver reconhecido, cabendo ao réu prová-lo.
4. Vigora no Direito do Trabalho moderno os princípios da continuidade e da razoabilidade.
5. Contrária a ambos pressupor o desligamento espontâneo pelo empregado, ou seja, verificado o pedido de demissão.
6. O enunciado 212 que integra a Súmula da jurisprudência predominante do Tribunal Superior do Trabalho apenas revela o entendimento segundo o qual, comprovada a prestação dos serviços pelo autor, ou não contestada a alegação feita sobre o respectivo concurso, presume-se a ocorrência mediante vínculo empregatício, cabendo ao réu, que negou o despedimento, provar o fato revelado pela negativa, ou seja, a existência do pedido de demissão ou do abandono do emprego.