

HORAS EXTRAS – CARTÃO DE PONTO – PROVA

DOUGLAS ALENCAR RODRIGUES (*)

Juridicamente, prova significa tudo o que serve para demonstrar a veracidade de uma proposição ou a existência de um fato. Trata-se, no dizer de Carne-lutti, do coração do processo.

Em determinados casos, por força da organicidade e dinâmica da ciência jurídica, o julgador afasta-se da verdade real, escopo buscado pelo instituto, para prestigiar a verdade formal que decorre quase sempre da negligência da parte em seu ofício processual. Exemplo típico é o da **confissão ficta** que não impede que o Juiz proceda à oitiva do outro litigante e de testemunhas, na eterna busca da verdade real, conquanto, referida pena, gera apenas presunção de veracidade das assertivas inaugurais contrariadas pela defesa, estando, ainda, limitada pelas provas produzidas até o momento de sua configuração.

Importante frisar que o processo somente alcança integralmente a sua finalidade, quando a verdade formal coincide com a real. Trata-se de circunstância que constitui pressuposto da efetiva respeitabilidade do processo, enquanto instituto jurídico, razão por que todas as providências probatórias devem ser adotadas e incentivadas, propiciando maior acerto na prestação jurisdicional.

Tema interessante e que tem suscitado controvérsia doutrinária e dissenso jurisprudencial é o relativo ao ônus da prova da prestação extraordinária, em face do que preceitua o art. 74, § 2º, do texto consolidado.

Determinada corrente doutrinária sustenta que a teleologia da regra legal supracitada não é outra, senão a de constituir prova da efetiva jornada cumprida pelo prestador de serviços, sendo que entendimento contrário implicaria em atribuir-se ao art. 74, § 2º, da CLT, as pechas de ocioso e inaplicável, o que revela inadmissível.

Desta forma, entendem os adeptos desta corrente que a não apresentação dos controles no momento processual ditado pelo art. 397, do CPC, gera presunção de veracidade da jornada ventilada na inicial, autorizando o acolhimento do pleito alusivo a horas extras.

Sem embargo das judiciosas ponderações que respaldam a tese em questão, pedimos **venia** para divergir.

Em primeiro lugar, a regra legal trabalhista sobre ônus da prova dispõe que: "A prova das alegações incumbe a quem alega" (art. 818, da CLT). Embora o texto possa parecer simplista e extremamente incompleto, tornando imprescindível a aplicação supletiva da regra processual comum, como se sustenta majoritariamente, são inoldidáveis as colocações do brilhante jurista e magistrado paranaense. Dr. Manoel Antonio Teixeira Filho que, em seu livro "A Prova no

(*) Douglas Alencar Rodrigues é Juiz do Trabalho Substituto da 10ª Região.

Processo do Trabalho", revela inteligente interpretação do art. 818, da CLT, após considerar inteiramente inaplicáveis as disposições do art. 333, do CPC, ante a ausência do pressuposto omissão exigido pelo art. 769, da CLT.

De qualquer sorte, sem pretendermos abandonar o tema deste pequeno e desprezioso ensaio, é sabido que os ônus probatórios são fixados no momento da instalação da *litiscontestatio*, de acordo com os posicionamentos das partes.

Portanto, se o incauto empregador, desatento ao comando do art. 74, da CLT, não apresenta controles de jornada, entendemos que não pode ter cerceado seu direito de produção de provas e ser apenado com a condenação extraordinária por simples razões: a primeira, porque inexistente regra legal que imponha tal obrigação; a segunda porque a inobservância à regra do art. 74 tipifica violação de ordem administrativa, como prescrito pelo art. 75; a terceira, porque tal apresentação pode emanar de determinação judicial, nos termos e sob as penas do art. 359, do CPC e a quarta, porque não constituem prova absoluta, podendo perder eficácia como não se discute.

Ainda sobreleva notar que a prestação extraordinária constitui fato excepcional, que impescinde de prova robusta e convincente e que, portanto, não pode ser presumida pela não apresentação de controles, sob pena de flagrante cerceamento de defesa.

Vejamos, a propósito, os seguintes arestos:

HORAS EXTRAS – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

"A simples circunstância do reclamado não ter juntado aos autos os controles de jornada não implica em inversão do ônus da prova relativamente ao trabalho suplementar se não requerida sua exibição, sob as penas do art. 359, do CPC, nem intimado o réu para apresentá-los, com a cominação inserta no aludido preceito legal" (TRT/PR 9ª Reg. 3.351/88, Rel. Pedro Ribeiro Tavares, DOE 3.8.89, Decisório Trabalhista – julho/89).

"Ausência de exibição de documentos. A confissão ficta coloca-se no rol das exceções. A decorrente da ausência de exibição de documento está jungida à intimação prevista no art. 359, do CPC. Impróprio é ter o empregador como confesso, quanto ao serviço suplementar, diante da simples circunstância de não haver juntado, espontaneamente, os cartões de ponto" (TST-RR 608/86-9, Rel. Min. Marco Aurélio, Ac. 1ª T. 4377/86, "Comentários à CLT", Valentin Carrion, 13ª ed., pág. 536).

BANCÁRIO – HORAS EXTRAS

"Decisão regional que absolve o demandado da condenação imposta em primeiro grau, sob o fundamento de que incumbia à autora a comprovação real da prestação suplementar alegada, diante da negativa da defesa, considerando inexigível a apresentação espontânea, pelo demandado dos registros de frequência e de duração da jornada. Revista de que não se conhece pela invocada violação do art. 74, § 2º, da CLT, e divergência jurisprudencial, porque a fundamentação das razões parte de pressuposto de que a não apresentação dos registros importaria na confissão quanto à jornada de trabalho, pois ficou claro no acórdão que não foi requerida, muito menos determinada ao demandado a juntada da documentação em causa" (TST-RR-3383/88.9, Rel. Min. Ermes P. Pedrassani, Ac. 3ª T, 2427/89, DJ de 4.8.89).

HORAS EXTRAS – ÔNUS DE PROVAS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

"Ao autor cumpre comprovar a efetiva prestação de horas extras. A não juntada de cartões de ponto pela empresa, somente pode trazer consequências, quanto à comprovação de horas extras pelo autor, se a mesma, em face do requerimento autoral, sendo intimada para tanto, recusa-se a efetuar a juntada, de modo que o procedimento se constitua em tentativa de impedir a comprovação dos fatos alegados pelo empregado. A simples alegação de que o deferimento de honorários advocatícios atenta contra a Lei n. 5.584/70, não embasa o conhecimento da revista. Revista parcialmente conhecida e provida" (TST-RR-7002/88.9, Rel. Min. Barata Silva, Ac. 2ª T, 1541/89, DJ de 4.8.89).

HORAS EXTRAS – CARTÕES DE PONTO – ÔNUS PROBATÓRIO

"O art. 74, da Consolidação, a despeito de erigir obrigação para o empregador, não altera o ônus probatório da prestação de horas extras, que continua a constituir encargo do obreiro. Não se pode atribuir, assim, ao empregador, a obrigação de trazer aos autos os cartões de ponto, se não expressamente intimado para tanto, porquanto isto equivaleria a exigir da parte que produzisse prova contra si mesma" (TST-RR-2150/88.0, Rel. Min. José Luiz de Vasconcelos, Ac. 1ª T, 01926/89, DJ de 15.9.89).

Importante ressaltar que presunção significa juridicamente, a conclusão que é extraída de um fato conhecido, para se admitir como verdadeira a existência de um outro fato desconhecido. Na hipótese, s.m.j., a simples existência do comando contido no art. 74, § 2º, da CLT, é insuficiente para endossar presunção de veracidade da jornada declinada na peça propedêutica, em face da não apresentação dos controles ou pelo descumprimento do referido artigo; trata-se de silogismo falacioso, *data venia*, porquanto o fato de que não vieram aos autos referidos controles pode tipificar, quando muito, mero indicio de eventual fraude ou de que tais documentos seriam favoráveis à pretensão obreira. Note-se que o indicio, como simples vestígio da existência de determinado fato, deve ser conjugado a outros fatos e circunstâncias, sem os quais pouco representa para o processo.

Concluimos, portanto, que o trancamento abrupto da instrução, após a instalação da relação jurídica processual, pelo fato de que não foram apresentados controles de jornada em reclamação onde são pleiteadas horas extras, não se coaduna com o cânone constitucional da ampla defesa, meios e recursos a ela inerentes, além de violar frontalmente o devido processo legal.

Estas as nossas ponderações que objetivam apenas estimular reflexões sobre o tema.