

CONVERSÃO DA DESPEDIDA DIRETA EM DESPEDIDA INDIRETA NA SENTENÇA

Sileno Montenegro Barbosa
Juiz do Trabalho

Um dos problemas que se apresentam com muita frequência nas reclamações trabalhistas consiste em deparar-se o juiz, ao decidir, diante da necessidade de converter a despedida direta em despedida indireta. Tal situação ocorre quando, alegada a despedida direta concomitantemente com o descumprimento de outras obrigações contratuais por parte do empregador, não logra o reclamante prová-la.

A solução mais simplista, com base no princípio processual de que a prova do fato incumbe a quem o alega, ou de que a prova dos fatos constitutivos do direito compete ao autor, certamente levará à conclusão de improcedência do pedido de indenização (ou Fgts) e dos consectários legais da despedida injusta.

Outra, com fundamento no princípio de inversão do ônus da prova calcada na presunção *hominis* de que o obreiro necessita do emprego para sua sobrevivência, poderá admitir que houve efetivamente a despedida alegada, se o contrário não resultar do conjunto da prova.

A terceira solução seria a da conversão da despedida direta em despedida indireta, desde que concorra o pressuposto de haver inadimplemento patronal relativamente à obrigação contratual capaz de, por si só, ensejar a denúncia do contrato de trabalho pelo empregado.

A última hipótese aqui suscitada é a tese deste estudo já por nós sustentada em diversas reclamatórias em que a questão se apresenta. Ainda que consideremos válida a segunda solução, não nos parece inteiramente defensável, porquanto o direito do reclamante às verbas rescisórias dependerá da prova que se produzir em torno do fato da despedida em si, ao passo que a de nossa exposição prescinde de qualquer prova de parte do empregado quanto à despedida, a par de ampará-lo no caso de insucesso na prova, bastando se constate, até mesmo pelos termos da contestação, ser o empregador inadimplente. E quanto à primeira solução acima referida, é de ser desde logo rechaçada em razão de seu nítido caráter civilista em nada condizente com a índole tutelar do direito processual do trabalho, hoje mais do que nunca ressaltada tanto na jurisprudência quanto na doutrina dos autores.

Dessarte, segundo a tese aqui exposta, todos os casos de descumprimento do contrato de trabalho que venham a constituir-se em fundamento jurídico para a despedida indireta (impropriamente denominada rescisão indireta) são razão suficiente para autorizar a referida conversão. Advirta-se que a tese poderá, à primeira vista, representar uma ofensa ao princípio do contraditório, em virtude do qual a *liscontestatio* delimita os poderes do juiz, impedindo que ele decida *ultra, extra vel citra petita*. Isto nos motiva a uma abordagem, ainda que ligeira, deste aspecto da questão. Como se sabe, a menor ou menor submissão a esse posicionamento judicial deriva da preponderância ou não do *princípio dispositivo* insito no direito processual civil que restringe grandemente a atividade judicial, deixando que o impulso processual dependa quase que exclusivamente da iniciativa das partes litigantes. Em contrapartida, o *princípio inquisitório*, resultante da moderna concepção publicística do processo, confere ao juiz poderes de iniciativa bem mais amplos que, de certo modo, invalida a velha máxima "*no procedat iudex ex-officio*". O impulso *ex-officio* como característica do princípio inquisitório é bem mais acentuado no processo trabalhista em confronto com o processo civil

em que é prevalente o princípio dispositivo, limitando-se a iniciativa judicial à fase probatória, mais de caráter complementar.

Vejam os opiniões de alguns dos nossos juslaboralistas. Para Wilson de Souza Campos Batalha, nos dissídios individuais, à semelhança do que ocorre no processo civil, há a preponderância do sistema dispositivo, enquanto que a situação no tocante aos dissídios coletivos é completamente diversa, não prevalecendo quanto a estes o rigoroso princípio da *litis contestatio* como também o princípio dispositivo (v. "Tratado Elementar do Direito Processual do Trabalho", ed. 1960, vol. I, págs. 77/80). No concernente aos dissídios individuais, Christovão Piragibe Tostes Malta diverge da opinião de Campos Batalha, assinalando que "o princípio inquisitório e o dispositivo encontram-se harmoniosamente entrosados no processo trabalhista, de modo que as providências do Estado não prejudicam a iniciativa e os direitos processuais dos litigantes e de terceiros acaso interessados na solução da controvérsia". Admite que na fase probatória "a iniciativa do juiz prepondera de modo decisivo", enquanto que, na sentença, adverte aquele processualista, "entre nós prevalece o entendimento no sentido de ter como inaceitável um pronunciamento judicial *extra* ou *ultra petita*, cabendo por isso concluir que, neste particular, leve a melhor o sistema dispositivo" (v. "Introdução ao Processo Trabalhista", Ed. 1961, pág. 79/81).

Para Wagner Giglio, "o princípio inquisitório é muito mais atuante no processo trabalhista", citando o referido autor diversos dispositivos da CLT que consagram os poderes de iniciativa do juiz (arts. 856, 868, 869, letra "c", 878, 496, 765). Escreve ainda que o processo trabalhista autoriza algumas decisões *ultra petita*, como acontece nas conciliações feitas além dos limites do litígio, na conversão da reintegração do empregado estável em pagamento de indenização em dobro (CLT, art. 496) e na condenação em dobro das verbas salariais confessadas e não pagas na audiência inaugural (CLT art. 467). Veja-se a respeito o seu Novo Direito Processual do Trabalho, págs. 64, 65 e 215).

Cumpra levar à linha de conta que mesmo entre os autores civilistas não há unanimidade de opiniões quanto à prevalência do princípio dispositivo no processo civil. Para evitarmos citações fastidiosas colhemos apenas a opinião de Pedro Batista Martins quando comenta: "No atual processo civil brasileiro (refere-se o autor ao código de 1939), deu-se manifesto predomínio ao princípio inquisitório, deixando-se claramente definidos os amplos poderes do juiz no que toca à investigação da verdade e à direção do processo. Para que a sentença represente o fruto de uma sólida convicção, deu-se ao juiz a faculdade de colaborar com as partes na colheita do material probatório" (v. "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. III, Tomo 2.º, pág. 359). Com mais razão, os mesmos argumentos se aplicam ao código hoje em vigor.

Consideramos irrecusável a prevalência do princípio inquisitório no processo trabalhista, mesmo nos dissídios individuais. Sem dúvida, no direito processual do trabalho o juiz dispõe de maior autonomia e amplitude de iniciativa do que no processo civil, quer na fase cognitiva, quer na fase executória da ação, máxime nesta última. E no que diz respeito à prova, o poder de investigação do juiz para chegar à verdade real e material, e não apenas formal, é tão acentuado que não será demais afirmar que o instituto da preclusão é válido apenas para as partes e não para o juiz, no sentido de que cerceia a oportunidade de o litigante produzir a prova que pretendia, por deixar de fazê-lo dentro de determinado prazo, ou conforme certas condições. A preclusão ergue barreiras que as partes litigantes não podem transpor. Ao juiz, entretanto, não cerra suas portas. Tanto isso é verdade que, até mesmo após encerrada a instrução processual, é lícito ao julgador, caso não se achar devidamente esclarecido, converter o julgamento em diligência, a fim de complementar alguma prova, inclusive reabrindo a instrução para determinar a realização de perícia, juntada de documentos, ouvida de destemunha não arrolada pelas partes, etc. Trata-se de uma faculdade que o direito processual confere ao juiz exclusivamente, estando já precluso o direito da parte no sentido de requerer e produzir qualquer outra prova. É a inteligência do art. 765 da CLT de que se valem, muitas vezes, os órgãos judiciais trabalhistas, com a costumeira prudência, o que não constitui novidade. E isso é um corolário da nítida tendência de nossa legislação processual trabalhista para o predomínio do sistema inquisitório, pois inclusive prevê casos típicos de julgamento *extra* e *ultra petita* também nos dissídios individuais, como aqueles citados por Wagner Giglio.

Entretanto, do que acabamos de expor não se extraia a ilação de que se preconiza o

desatendimento à regra geral do processo, segundo a qual deverá o juiz conter-se, ao decidir, dentro dos limites da litiscontestação. Objetiva-se demonstrar que a prevalência do sistema inquisitório não se compadece com certo entendimento de cunho acentuadamente civilista que parece condenar os julgadores à inércia, tolhendo-lhes o poder de iniciativa e obstando-lhes o impulso processual, inclusive a faculdade de reparar algum erro do pedido ou de complementá-lo em caso de simples omissão. Assim, se o empregado, na parte expositiva da petição inicial ou no termo de reclamação, alega que foi despedido injustamente sem haver recebido aviso prévio e outras reparações legais, e omite, na parte postulativa propriamente dita, o pedido do pré-aviso, não vemos nenhuma razão para que não se defira na sentença aquela parcela, uma vez demonstrado no processo o direito do reclamante ao seu recebimento. Seria isto um julgamento *ultra petita*? É claro que não, pois o aviso prévio está conectado à rescisão sem justa causa do contrato de trabalho. Admitida esta, é ele devido juntamente com as demais verbas rescisórias. Já o mesmo não poderia acontecer se a omissão fosse referente a férias vencidas, por exemplo, que exige uma prova específica de seu pagamento e configura um pedido completamente autônomo. Neste caso, omissa também a contestação quanto a essas férias, inexistiu o contraditório, e deferi-las seria julgar *ultra petita*.

Nessa linha de pensamento, voltando ao nosso tema inicial, evidentemente a conversão da dispensa direta em dispensa indireta longe está da constituir um julgamento *extra petita*. Na realidade, ambas se equivalem quanto aos resultados, ainda que se diferenciem quanto aos fundamentos. Como é lógico, aquilo que se postula com fundamento na despedida indireta se contém, de algum modo, no que postula com base na despedida direta. A causa de pedir, embora diversa, acarreta a postulação das mesmas parcelas rescisórias. Poder-se-ia apenas excepcionar o aviso prévio, em razão da Súmula n.º 31 do TST.

O que importa é assegurar-se ao reclamado o direito de defesa, sem o que não pode haver um processo válido. Ora, a defesa do demandado na despedida direta é realmente mais ampla, mais abrangente, implicando, via de regra, em maior *onus probandi*. E isso não ocorre se a alegação é de dispensa indireta fundada em inadimplemento contratual em que a só inexistência do comprovante de pagamento (v.g. recibo de salário, de férias, etc.) já caracteriza a mora, justificando a denúncia do contrato pelo empregado. Está claro, neste caso, que a alegação de despedida direta cobre, envolve a indireta, sendo que a defesa do reclamado não refoge ao contraditório.

Disso se infere que, uma vez negado na contestação o despedimento do empregado, confirmando-se a alegação contida na inicial reclamatória de que empregador é inadimplente com relação a obrigações do contrato de trabalho, seria especioso o argumento estribado na falta de oportunidade de defesa no tocante ao fundamento da despedida indireta (*causa petendi*), quando é certo que o reclamado manifestou-se sobre a despedida direta e resultou provado que descumpriu o contrato. Não há, na verdade, dispositivo legal ou princípio de direito processual que desautorize o juiz a declarar configurada a despedida indireta em tais casos, ainda que não explicitamente alegada. Somente o apego injustificável a um formalismo estéril levaria o julgador a desconhecer a caracterização da despedida e condenar o trabalhador irremediavelmente à perda de todas as parcelas atinentes ao injusto despedimento. Assim, ressalta, à evidência, que a diferença entre a causa de pedir num e noutro caso é irrelevante.

A hipótese em exame é muito comum nas reclamatórias em que é negada a relação de emprego e na qual o reclamante declara ter sido em determinada data dispensado pela empresa. Provado o vínculo empregatício, é imperativo que se reconheça ter havido, por assim dizer, o total descumprimento do contrato de trabalho por parte do empregador. Ora, se o reclamante postulou o pagamento das verbas rescisórias com fundamento na despedida direta, muita embora resultasse provado que deixou espontaneamente o emprego, seria flagrantemente injusto que o julgador não considerasse a rescisão por despedida indireta, com isso impedindo que o ex-empregado receba aquelas parcelas constantes do pedido.

O seguinte exemplo ilustra perfeitamente nossa tese: Um empregado, alegando ter sido despedido sem justa causa, pede o pagamento de aviso prévio, indenização de antiguidade anterior à opção, Fgts, etc.. Postula, além disso, férias em dobro por não tê-las recebido na época própria e mais os salários de dois meses que não lhe foram pagos. Em sua contestação

a empresa coloca à disposição do postulante as férias em dobro e os salários reclamados, mas sustenta que não despediu o empregado e que, contrariamente, este é que deixou o emprego sem maiores explicações. Na instrução, a testemunha apresentada pelo reclamante afirma que nada sabe quanto à despedida, enquanto que uma testemunha da reclamada informa ter conhecimento de que o mesmo deixou a empresa para empregar-se em outra.

Pergunta-se: como julgar este caso? Considerar que o reclamante não provou a alegada despedida e em consequência absolver a demandada do pedido? Não, certamente, posto que uma tal solução alberga um lógica simplista, sem conteúdo jurídico válido, que desconhece o verdadeiro espírito do direito processual do trabalho e desserve a justiça. Haverá, sim a necessidade de se considerar a despedida indireta e fazer-se a conversão aludida, dado que, ao afastar-se o empregado da empresa, esta já era inadimplente.

A perda irreparável das parcelas rescisórias, justamente as que, no mais das vezes, representam a parte de maior valor do pedido, seria o resultado melancólico da decisão que entendesse inexistente a despedida, como no exemplo acima. De modo que a solução aqui proposta emerge de um posicionamento correto do julgador que, decidindo pela referida conversão, nada mais faz do que usar de uma medida de tranqüila e límpida justiça sem ferir qualquer princípio de ordem processual.