

ARBITRAMENTO DOS SALÁRIOS E DO PREÇO DA EMPREITADA

"Na falta de estipulação do salário, ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquele que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente, ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante." (CLT, art. 460)

Walter Raimundo Spies

O reclamante, cuja função era a de gerente de empresa em comércio madeireiro, alega que percebia salário fixo de Cr\$ 1.800,00, mais comissão, alcançando a média mensal de Cr\$ 3.039,13. A demandada, sem negar a função exercida pelo autor, afirma que o mesmo apenas percebia o mínimo regional. A prova testemunhal nada esclarece quanto ao valor real do salário contratado. As folhas de pagamento juntadas pela defesa são declaradas nulas, eis que perícia grafodocumentoscópica e tentativas do escritório de contabilidade, em que haviam sido confeccionadas, em fugir à responsabilidade por sua feitura desmascararam sua falsidade ideológica, levantada em incidente processual. O valor do salário e sua composição não foram anotados na CTPs.

Estes os fatos. Mas qual a decisão sobre o valor dos salários, caso a reclamatória seja julgada procedente?

Rotineiramente, em solução simplista, tem-se visto colegiados de 1.^a Instância saírem pela tangente, atribuindo ao autor o ônus da prova. E se não tenha conseguido fazê-la, aceitam como verdadeiro o valor menor contraposto pelo reclamado. Tal solução, reconheça-se, às vezes parece a única possível, na premência do tempo e na falta de apropriados meios de pesquisa.

Mas, "data venia", não se deve esquecer nunca o disposto no art. 460 da CLT, pensando cumprir a norma processual do artigo 818 na mesma Consolidação.

1. *Inversão do ônus da prova.*

Inicialmente é preciso dizer que, se o empregador opõe ao valor do salário alegado na inicial outro menor, inverte o ônus da prova, nos precisos termos do art. 333, "caput" e inciso II, do CPC vigente. Nesta hipótese não se contentou com simples negativa do valor apresentado pelo autor, mas contrapôs-lhe outro, modificativo do direito deste. Em tal situação não é solução correta aceitar simplesmente o valor menor da contestação por falta de prova do maior alegado na inicial. Se não se achar conveniente seguir a regra da inversão do "onus probandi", é preciso pesquisar mais ou recorrer ao arbitramento indicado no art. 460 consolidado.

Há ainda outra hipótese de inversão do ônus de provar. É o caso narrado no início deste trabalho. O salário pago ao empregado não havia sido anotado em sua carteira profissional. Ora, a falta de anotação dificulta ainda mais a prova. Assim pode-se presumir que o empregador quis dificultá-la propositalmente, já que não cumpriu sua obrigação legal de anotar os dados do contrato de trabalho, entre os quais sempre se inclui o valor do salário. E quando a aplicação do arbitramento previsto no art. 460 da CLT se tornar difícil e o empregador não provar sua versão quanto ao valor dos salários contratuais, deve-se ficar com o valor alegado

na inicial reclamationária. Neste sentido, inúmeros julgados dos Tribunais Trabalhistas, dos quais citam-se alguns:

“É de se admitir a contratação do salário invocado pelo empregado, desde que, como no caso, em bases razoáveis, quando o empregador, não exibindo os recibos que deveria possuir (art. 464 da CLT), limita-se, em posição processual muito cômoda, a sustentar a contratação do mínimo legal, o que, na hipótese, não é concebível, dada a superioridade hierárquica do reclamante em relação aos demais empregados.” AC. TRT-4.ª Reg., Rel. Juiz A. Salgado Martins. (“In” Ementário Trabalhista, C. Bomfim e S. dos Santos, maio/73, verbete 34).

“O empregado diz que o salário é um e a empresa diz que é outro. A prova é da empresa. Sem esta, o que seria facilíssimo de ser feita, prevalece o alegado pelo empregado como sendo o seu salário e nos dá a presunção de que a ré não fez a prova porque, realmente, a verdade é outra.” AC. TRT-1.ª Reg.-Rel. Juiz Flávio Rodrigues Silva. (“In” Ementário Trabalhista, de C. Bomfim e S. dos Santos, maio/73, verbete 33).

“Compete ao empregador a prova do salário contratado, se este contesta aquele afirmado na inicial.” AC. TST, Rel. Min. Orlando Coutinho. (“In” Ementário Trabalhista, de C. Bomfim e S. dos Santos, dez/75, verbete 37).

Além disso, na hipótese acima relatada, alegação por alegação, tem-se que a do reclamante é mais verossímil, pois o salário mínimo é o menor legalmente possível e não parece que um gerente de empresa comercial de madeiras perceba apenas o mínimo, obrigatório até como remuneração de um servente menor de idade.

É sabido também que empregadores menos escrupulosos, querendo diminuir seu ônus com a Previdência Social e com o FGTS, como também com um possível encargo indenizatório na despedida do empregado, anotam salários inferiores ao real, pagando o restante “por fora”. É mais ou menos o caso focalizado na seguinte ementa do TRT da 8.ª Região, sendo Rel. a Juíza Sulica de Castro Menezes:

“O reclamante desobriga-se do ônus da prova quando o empregador, embora conteste a importância alegada, confessa remunerar o empregado em quantia superior à anotada na Carteira de Trabalho. Tendo o réu reconhecido que pagava mais do que o anotado na carteira e não fazendo prova desse “quantum”, poderia a Junta, invertida a responsabilidade do encargo da prova, aceitar o valor alegado pelo reclamante.” (“In” Ementário Trabalhista, de C. Bomfim e S. dos Santos, abril/72, verbete 40).

2. *Uso do poder inquisitorial.*

É lógico que, tendo poder inquisitorial, o colegiado judicante, na Justiça do Trabalho, pode e, dependendo da hipótese, deve ir além da iniciativa das partes para apuração dos fatos. É preciso descobrir, quer na instrução, quer em execução, o verdadeiro valor do salário contratual ajustado, para realmente se poder declarar o direito e fazer justiça. Mas, se tal não for realizável, nem se puder aceitar seja a versão do reclamante, seja a do reclamado, recorre-se ao arbitramento salarial, conforme o que prevê o art. 460 já citado. E nele prevêm-se duas hipóteses fáticas.

3. *Aplicação do art. 460, havendo paradigma.*

No caso de haver na empresa outro empregado que fizer serviço equivalente, toma-se simplesmente a base salarial deste para fazer os cálculos dos direitos pleiteados na demanda. É claro que, para haver a equivalência dos serviços, não é preciso sejam preenchidos todos os requisitos do art. 461, que comanda a equiparação salarial para o fim de reivindicar diferenças salariais vencidas e vincendas. Aqui trata-se apenas de base salarial para se achar o “quantum” correto de cada parcela dos direitos rescisórios. Nos artigos 460 e 461 temos disposições semelhantes, não iguais, e para finalidades diversas, embora análogas. Mas é

certo que, quando o empregador discute o valor do salário alegado, afirmando que o reclamante não possui os requisitos previstos no "caput" e §§ 1.º e 2.º do art. 461 da CLT, é necessário examinar esses aspectos, sendo o "onus probandi" do empregador.

Esta hipótese de se encontrar um paradigma dentro da própria empresa reclamada seria de mais fácil solução, mas é mais rara. Com efeito, o empregador que não anota corretamente, ou simplesmente não anota, o valor do salário real pago ao empregado, terá tal procedimento não apenas com um empregado, mas com todos ou com a maioria. E se houver disparidade salarial para o mesmo serviço, do conhecimento dos empregados, eles mesmos tratam de reclamar a aplicação do art. 461 da CLT. Portanto, esta hipótese geralmente é menos frequente.

4. Aplicação do art. 460, não havendo paradigma.

Já a segunda hipótese fática prevista pelo 460, quando se precisa averiguar "o que for habitualmente pago para serviço semelhante" ao que havia feito o reclamante, apresenta maiores dificuldades para aplicação na prática, mas é a que mais ocorre. Pelo menos, em escassos três anos de judicatura, tive frequentes oportunidades de utilizar o arbitramento quer do valor dos salários, quer do preço da empreitada, quando discutidos.

É evidente que, neste caso, a pesquisa pericial não se restringe apenas à área da empresa do demandado. Em muitas empresas não há o uso ou o costume de se pagar salário "x" para serviço "x", seja porque não há outros empregados para o mesmo serviço, seja porque o salário é acertado individualmente, jogando forte o tempo de "casa", o valor da produção individual, etc., ou entram fatores aleatórios. Assim, a parte final do artigo 460 da CLT visa, principalmente, chamar em socorro do julgador o "uso" do lugar onde se situa o estabelecimento reclamado. Pretende que se faça um levantamento dos salários pagos, costumeiramente, para serviço semelhante, na praça em que atua a empresa do demandado. Tal levantamento se faz, naturalmente, através de perícia, para a qual não há necessidade de apresentação de quesitos pelas partes. A perícia conduzirá, necessariamente, ao arbitramento do valor a ser utilizado como base para cálculo dos direitos rescisórios. Se o procedimento tiver sido regular, a Junta poderá valorizar tranquilamente o resultado do arbitramento pericial. Na prática, pode-se afirmar que as partes geralmente se conformam com a decisão baseada no arbitramento dos salários.

5. Aplicação num caso concreto.

A propósito, apresentam-se dados concretos de uma decisão que se utilizou do disposto no art. 460:

"N.D.P. pleiteia de N.S.D.L. diversos direitos remanescentes da extinção de contrato de trabalho, alegando que as partes contrataram, tacitamente, um salário mínimo regional, mais 50% sobre o lucro na churrascaria do demandado, o que lhe dava a média mensal de Cr\$ 4.500,00. O reclamado, contestando, afirma que o salário pactuado fora apenas o mínimo mensal. A prova testemunhal nada traz para determinar o valor real do salário que havia sido contratado. Realiza-se perícia (seguindo o disposto na parte final do art. 460 da CLT, a qual abrange o âmbito da sede municipal e da localidade em que se situa a churrascaria."

E a decisão pôde, então, ser a seguinte:

"O postulante alega que o salário contratado tacitamente (sic) com o empregador compunha-se do salário mínimo regional somado a um percentual de 50% sobre o lucro auferido na churrascaria. O reclamado afirma, por sua vez, que o combinado restringiu-se ao salário mínimo mensal.

É claro que não se pode aceitar a alegação do demandante quanto a contrato tácito relativamente aos salários. Poderia falar-se em contrato tácito, se realmente tivesse sido pago o que o empregado alega. A contratação tácita surge de atos concretos praticados, é óbvio. Como não houve o pagamento do percentual de 50% sobre os lucros, não há que falar em contrato tácito. E como, de outro lado, não houve alegação de contrato verbal quanto ao percentual alegado, não ocorreu o acerto quanto à participação

nos lucros. De resto, tal remuneração é inadmissível, pois o empregado teria mais lucro com a churrascaria do que o próprio empregador, que corre todos os riscos e arca com todas as despesas. Assim não se pode aceitar o salário médio mensal pretendido de Cr\$ 4.500,00.

De outra parte, como o demandado não chegou a pagar salários, mas apenas fez adiantamentos que superam o salário mínimo regional para o tempo de serviço admitido na contestação, também não se pode aceitar sua versão quanto ao valor do salário mensal, ainda mais pelo fato de não tê-lo anotado na CTPS do empregado. Desta maneira, "se o salário mensal não chegou aos Cr\$ 4.500,00, também não ficou nos Cr\$ 1.027,20, que seria o mínimo regional. Assim, "não havendo prova sobre a importância ajustada" e não havendo outro assador e garçom na empresa reclamada, na época do demandante, a Junta resolveu, por solicitação do Sr. Vogal dos Empregados, estabelecer, por perícia, o salário "que for habitualmente pago para serviço semelhante", de acordo com o disposto no art. 460 da CLT. Tal perícia só poderia ser feita, como o foi, no município e na localidade onde se situa a churrascaria do demandado.

E a perícia, sobre a qual não se manifestaram as partes, apurou que os salários nos estabelecimentos do genero, nas localidades pesquisadas, é de Cr\$ 1.027,20 até Cr\$ 1.200,00, para solteiros, e de Cr\$ 1.600,00 até Cr\$... 2.000,00 para os casados. Assim, sendo o postulante casado e o estabelecimento onde trabalhava, dos mais modestos, aceita-se o salário encontrado de Cr\$ 1.600,00 como tendo sido o do postulante a serviço do demandado. Tal salário parece aproximar-se da realidade do que acertaram as partes ao início do contrato, eis que o empregado era, ao mesmo tempo, assador, com serviços totais a prestar na churrascaria, e garçom que atendia ao bar, junto à churrascaria. Há que considerar, ainda, que parte do salário era "in natura", ou seja, a alimentação e o transporte de ônibus, os quais o empregador fornecia. Tais parcelas naturalmente se acrescentariam ao mínimo legal, pelos percentuais previstos. Assim, o salário arbitrado de Cr\$...1.600,00 tem fundamento suficiente." (Proc. 407/77 — JC) de S. Rosa, RS)

Tal decisão foi acatada por ambas partes, tendo o reclamado satisfeito o débito da condenação, sem haver necessidade de execução.

6. Aplicação, por analogia, no preço da empreitada.

Mas não apenas para determinação do valor do salário contratual controvertido tenho usado a regra proposta no art. 460 da CLT. Tal disposição funciona, admiravelmente, para dirimir controvérsias, sempre mais numerosas, oriundas de pequenas empreitadas. Todos sabem que, no ambiente das pequenas empreitadas, o contrato escrito, indicando as medidas da obra a realizar, o tempo para entrega e o preço por unidade e/ou pela obra toda, é peregrina exceção. Tudo é acertado "de boca" e nunca os valores combinam na hora do acerto final. Apresentado o litígio perante a Justiça do Trabalho e ultrapassado o problema da competência, é preciso apurar os valores realmente contratados. Mas, em geral, mesmo ouvindo três testemunhas de cada lado, a confusão aumenta com cada testemunha que depõe. No final da prova oral, as dúvidas são ainda maiores, porque as testemunhas do autor confirmam as afirmações deste e as do empregador as do último. Por isso, não costumo ouvir testemunhas nesses casos, a não ser em circunstâncias especiais. Normalmente, após o depoimento das partes e frustrada a conciliação, determino imediatamente perícia técnica, geralmente realizada por pessoa de maiores conhecimentos práticos do que teóricos. Mas funciona. Principalmente no setor da pequena construção civil. O perito construtor licenciado, após o compromisso e já de posse dos quesitos das partes, realiza rapidamente sua incumbência, relacionando as peças e as áreas construídas e os preços médios costumeiramente vigentes na praça. Seus honorários se mantêm dentro do razoável, não onerando muito as despesas processuais. E quando o laudo chega aos autos, na maior parte dos casos, segundo minha experiência, as partes se compõem amigavelmente, inclusive quanto aos honorários

da perícia. São os processos que mais rapidamente se solucionam, fora das conciliações de primeira audiência. Mas às vezes, mesmo que não se tenham manifestado sobre o laudo, as partes preferem deixar a decisão para a Junta. Eis como, então aplicou-se o disposto no art. 460 à pequena empreitada:

"EMENTA" Havendo controvérsia sobre o valor da empreitada e não havendo prova da importância ajustada, aplica-se, por analogia, o disposto no art. 460 da CLT, através da realização de perícia. A não aceitação da obra empreitada deve ser feita através dos caminhos previstos em lei, sob pena de o dono da obra ser obrigado a pagar a quantia estipulada ou encontrada em arbitramento pericial."

(Sent. do Proc. n.º 417/77 da JC) de Ijuí, Rs).

7. Conclusão.

A técnica do arbitramento tem ainda o mérito de corrigir eventuais injustiças no aviltamento da remuneração da mão-de-obra no respectivo setor, pois traz os preços normalmente vigorantes na praça, à época da realização da perícia, não sendo necessário, por isso, aplicar juros e correção monetária, se a condenação for logo cumprida quando o reclamado for o vencido. De outra parte, cumpre-se o disposto no art. 8.º da Consolidação quanto ao uso da analogia e chega-se a solução rápida e justa dos litígios a que se refere o inciso III do art. 652 do mesmo Diploma Obreiro. E presta-se homenagem à equidade.

Resumindo: 1) Na controvérsia sobre o valor dos salários contratados, inverte-se o ônus da prova, quando o empregador não se limita a negar o valor alegado na inicial, mas opõe-lhe outro, inferior, modificativo dos direitos postulados (CPC, art. 333, inciso II).

2) A inversão do "onus probandi" também se opera quando o empregador não anotou ou confessa que anotou incorretamente na CTPS o valor do salário contratado, mas nega que seja o alegado pelo reclamante.

3) Quando se recorre ao disposto no art. 460, não há necessidade da aplicação subsidiária do art. 461, em caso de haver paradigma na própria empresa reclamada, a não ser que o empregador argumente que a diferença no valor salarial provém justamente das circunstâncias enumeradas no "caput" e §§ 1.º e 2.º do último artigo referido.

4) Quando não houver paradigma na reclamada, faz-se o arbitramento através de perícia na localidade e/ou no município em que se situa o estabelecimento empregador, não havendo necessidade de as partes apresentarem quesitos.

5) Nos litígios de que trata o inciso III do art. 652 da CLT, pode-se aplicar, por analogia, o arbitramento pericial quando o preço dos serviços realizados pelo pequeno empreiteiro é objeto de controvérsia judicial.

1

2

3

4

5

6

7

8

9

10

11