

A PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Manoel Antonio Teixeira Filho

Juiz Presidente da J.C.J. de
Ponta Grossa

Sumário: A — Preâmbulo. B — Temário: I — Inaplicabilidade da Súmula n.º 74, do TST, em relação ao empregado. II — Inaplicabilidade, ao direito processual do trabalho, do critério estabelecido pelo artigo 333 e incisos, do CPC, quanto à distribuição do ônus subjetivo da prova. III — Inaplicabilidade, relativamente ao empregado, do disposto no artigo 389, I, do CPC.

A — PREÂMBULO

1. A trilogia relacionada à prova no direito processual do trabalho, que ora submetemos à judicosa apreciação dos ilustres partícipes deste IV Encontro, foi adjetivada de **autonomista** em virtude do seu propósito de contribuir com modesto adminículo doutrinário para a grandiosa tarefa — que a todos convoca e desafia — de conferir a este processo uma efetiva **autonomia científica**, no plano da enciclopédia jurídica em que se insere, vez que a meramente **didática** (ou administrativa, como prefere a doutrina alienígena), porque anódina e com laivos de romantismo, já não satisfaz.

2. Impeliu-nos a este mister a consciência de que a adoção supletiva de normas processuais civis, e até mesmo de critérios de interpretação que lhe são próprios, com a iteratividade — **data venia** incauta — com que vem sendo feita, está a transformar o processo do trabalho em um arduo terreno movediço onde, não raro, acabam sendo ludibriados a eficácia e o caráter protectivo do direito substancial; daí se segue que, transfundido em sua essência, o processo do trabalho resulta desviado daquela que entendemos ser a sua verdadeira razão teleológica: servir ao direito do trabalho.

3. Estamos convencidos de que o primeiro passo em direção a essa imprescindível autonomia científica consiste em fazer com que o direito processual do trabalho busque em si mesmo, nos dispositivos que o compõem e — se inexistentes em determinado caso — nos princípios que o animam, soluções não apenas aptas à dirimência dos conflitos de interesses entre empregados e empregadores (notadamente os de natureza individual), mas,

acima de tudo, fiéis ao **padrão de realidade** onde, em concreto, as relações materiais inter-subjetivas são estabelecidas.

4. Reconhecemos, de outra parte, que o **movimento autonomista** não deve fazer tábua rasa do processo civil, onde disposições há que, aparadas as arestas, podem ajustar-se ao do trabalho. Como ponderou o notável CHIO-VENDA, em toda obra de reconstrução não se deve desprezar os elementos da velha estrutura pois, muitas vezes, é aconselhável sejam reaproveitados, com economia de material — ou de cerebração, como queiram.

O autor

TESE I: **Inaplicabilidade da Súmula n.º 74, do T.S.T. em relação ao empregado**

1. Há pouco mais de um decênio, controvertia-se, na doutrina e na jurisprudência, a propósito de — contestada a ação — saber-se qual o reflexo, na relação jurídica processual, resultante da ausência injustificada do empregado à audiência em que deveria prestar depoimento. Sustentava-se, de um lado, que a conseqüência seria o arquivamento dos autos, supondo-se, assim, que a hipótese estaria abrangida pela disposição do artigo 844, **caput** da C.L.T.; de outro, porém, afirmava-se que o desenvolvimento da relação processual não seria afetado pela contumácia do autor.

Visando a dar cobro a tal cinca, o T.S.T. editou, em boa hora — mas em má técnica — a Súmula n.º 9, para estabelecer que “A ausência do reclamante, quando adiada a instrução após contestada a ação em audiência, não importa em arquivamento do processo” (sic).

Cumprе esclarecer, todavia, que: a) a Súmula incidirá mesmo no caso de a ação não ser contestada **em audiência** — em que pese, por expressa disposição de lei (C.L.T., art. 846), no geral o seja; b) houve cometimento de manifesto deslize técnico do órgão sumulista, porquanto a referência deveria ter sido feita aos **autos** e não, **data venia**, ao **processo**, vez que somente aqueles são passíveis de arquivamento, como é elementar.

Postas à margem essas erronias da Súmula, é inevitável reconhecer que, de resto, o seu enunciado reflete, com fidelidade, a dicção específica do próprio direito processual positivado, pois, contestada a ação, o réu adquire direito de julgamento do mérito — salvo, é certo, se houver, quanto a isto, algum impedimento legal. Daí por que, decorrido o prazo para o oferecimento da **resposta** (seja contestação, exceção, reconvenção ou outra), o autor nem mesmo poderá desistir da ação sem o assentimento do réu (C.P.C., art. 267, § 4.º), sendo certo que, ainda assim, a desistência somente produzirá efeitos

se homologada por sentença (C.P.C., art. 158, parágrafo único). Estas disposições do C.P.C. são aplicáveis, supletivamente, ao direito processual do trabalho, porque omissas, e ausente o óbice da incompatibilidade.

2. Descurou-se, entretanto, a Súmula n.º 9 em explicitar quais as repercussões, no plano da prova, da ausência injustificada do empregado-autor, cuja omissão rendeu ensejo ao surgimento de nova cizânia doutrinária e jurisprudencial a respeito. Buscou-se saber, em síntese, se a ele se aplicaria, ou não, a pena de confissão quanto à matéria de fato — nada obstante, pela nossa parte, entendamos que não se trata, no caso, de **pena**, segundo a acepção técnica do vocábulo no âmbito da ciência jurídica.

Considerando que essa polêmica estava a suscitar um generalizado **estado de incerteza**, não apenas para as partes, mas, sobretudo, para os que exercitavam as **profissões forenses** (*) entendeu necessário o T.S.T. dar a lume, em 1978, uma nova Súmula, que dirimisse a pendência. Essa Súmula — que constitui o objeto de nosso artigo — recebeu o número 74 e está assim redigida, **verbis**: “Aplica-se a pena de confissão (sic) à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor”.

Observa-se, de tal arte, que a Súmula n.º 74 não apenas complementou a de n.º 9, mas, acima de tudo, elasteceu as suas disposições, porquanto passou a fazer alusão implícita, também, **ao réu** — tanto que cogita da ausência **da parte**, em sentido genérico.

3. Proclamou, pois, a Súmula n.º 74 que a “pena”, de confissão é aplicável ao litigante que, sem justificativa ponderável, deixar de comparecer à audiência em que deveria ser interrogado — pouco importando que se trata do autor ou do réu. A hipótese revela, portanto, a concreção da **ficta confissão**, verdadeira ficção jurídica no capítulo das provas, que se assenta em razões de ordem eminentemente prática; assim sendo, nem sempre devem ser levados à risca os efeitos que lhe são inerentes, pois é necessário não se esquecer de que ao Judiciário **interessa a verdade real**, ou, quando menos, a **formal**, não se lhe podendo exigir se satisfaça com meras presunções ou truísmos. Segue-se, então, que essa modalidade de confissão não impede que o Juiz, caso entenda conveniente, dê curso à instrução processual, interrogando a parte presente, inquirindo as suas testemunhas e, se for o caso, as da própria parte ausente.

Esta circunstância, porém, não redime a Súmula n.º 74 da sua eiva ideológica original, responsável por uma das mais profundas lesões no direito processual do trabalho, conforme se verá — muito embora estejamos convencidos de que não foi este o propósito que inspirou a sua adoção.

(*) Tomamos a expressão à doutrina alienígena, que a emprega para designar a classe daqueles que fazem da atuação em juízo a sua regular profissão (juizes, advogados, membros do Ministério Público e o mais).

4. Para demonstrá-lo, faz-se necessário, neste passo, uma incursão prospectiva aos domínios do processo civil. Estatui o artigo 343, **caput**, do C.P.C., que “Quando o juiz não determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento”, determinando em seu § 1.º que do mandado conste a advertência no sentido de que se presumirão verdadeiros os fatos contra ela alegados: a) se deixar de comparecer, injustificadamente, ou, b) comparecendo, recusar-se a depor.

Constatamos, diante disto, que a Súmula n.º 74, em essência, incorporou, com nuances de literalidade, as disposições do § 1.º do artigo 343, do C.P.C., relativamente aos efeitos processuais decorrentes do não comparecimento da parte à audiência em que deveria ser interrogada; ao fazê-lo, entretantes, perpetrou, no processo do trabalho, a lesão a que nos referimos há pouco.

5. Com efeito, segundo a redação inequívoca do artigo 848, da C.L.T., no direito processual do trabalho as partes somente serão interrogadas: a) **por iniciativa do Juiz** (“ex officio”, diz a lei) ou b) **a requerimento de qualquer Vogal**. Nada mais. Temos, por conseguinte, que, **à dessemelhança do processo civil, o do trabalho, em nenhum momento, concede à parte o direito de requerer o depoimento pessoal da outra, mesmo que o Juiz tenha deixado de determinar o comparecimento, à audiência, para tal finalidade.**

Esta afirmativa constitui o ponto-de-sustentação de nossos argumentos, no particular; resulta ser aconselhável, pois, que sobre ela se debrucem, a reflexionar detidamente, aqueles que pretendam nos honrar com judicioso entendimento divergente.

6. Quando, por outro lado, a própria C.L.T. dispõe, no artigo 820, que “as partes (...) serão inquiridas pelo juiz ou presidente, **podendo ser reinquiridos, por seu intermédio, a requerimento dos vogais, das partes, seus representantes ou advogados**” (sublinhamos), não está, como se possa supor, demonstrando: a) a falibilidade de nossos argumentos, ou b) no mínimo, a existência de **antinomia** sobre a matéria.

Sem embargo, as previsões legais relacionadas à obrigação de as partes virem a Juízo, para serem interrogadas, se circunscrevem, exclusivamente, àquelas previstas no artigo 848 da C.L.T. O que o artigo 820 está a estabelecer, em verdade, é: a) o **modus faciendi**, a técnica do interrogatório (por intermédio do juiz) e b) que a parte poderá reinquirir a outra somente no caso de o Juiz, por sua iniciativa ou a requerimento de vogal, impuser o seu comparecimento à audiência. Por outras palavras: o artigo 848 constitui pressuposto imprescindível para a atuação do artigo 820; assim, se não se verificar a hipótese mencionada no primeiro, o segundo permanecerá inerte, porque não pode ser aplicado por si só. Não há efeito sem causa, ao menos como princípio.

Desta forma, os artigos 848 e 820 (de acordo com a ordem **lógica** de incidência), longe de se atritarem, se articulam harmoniosamente, figurando aquele como requisito para a ativação deste. A antinomia, como se vê, é apenas aparente.

7. Admitida como verdadeira esta afirmação, torna-se possível extrair-se, a esta altura, duas ilações intermediárias: a) no processo do trabalho não configura cerceamento de defesa (logo, inexistirá, por isso, nulidade processual) o **indeferimento**, pelo Juiz, de requerimento da parte no sentido de determinar o comparecimento da outra, à audiência, para prestar depoimento; b) o mesmo se diga diante da hipótese de o Juiz haver dispensado, **sponte sua**, o interrogatório das partes.

É curial que caberá ao Juiz, quer num ou noutro caso, tomar tais decisões segundo o seu prudente arbítrio; o que se deve deixar claro é que, ao assim decidir, estará agindo rigorosamente dentro dos poderes que o direito processual do trabalho lhe confere.

Não é inútil observar, ademais, que, nos dias de hoje, a relação jurídica processual se desenvolve regularmente mesmo sem a presença das partes — ao contrário, portanto, do que ocorria em tempos priscos.

8. Torna-se imperativo esclarecer que os argumentos, até aqui expendidos, têm como pressuposto o fato concreto de a praxe forense haver consagrado a **cisão** da audiência (bipartindo-a, tripartindo-a etc.), de tal maneira que, atualmente, a sua **unidade e indivisibilidade** sobrevivem, não raro, apenas como aspiração do texto legal (C.L.T., art. 849). Disto resulta que onde houver condições de se fazer cumprir, em concreto, o mandamento da unidade e da incindibilidade da audiência, as partes terão, obrigatoriamente, de a ela comparecer (pois será a única), sendo inevitável que, neste caso, ocorra o arquivamento dos autos ou a declaração de revelia, conjugada à **ficta confessio**, conforme a ausência injustificada tenha sido do autor ou do réu, respectivamente (C.L.T., art. 844, **caput**).

A própria Súmula n.º 74, a propósito, traz expresso o seu reconhecimento quanto à partição da audiência, tanto que alude ao seu **prosseguimento**.

As críticas que, até aqui, temos formulado a esta Súmula, se relacionam, como é bem de ver, à sua atitude desprecitada de haver transfundido para o processo do trabalho disposições do processo civil, quando se sabe que a C.L.T. contém **norma expressa** sobre a matéria (**erco**, falece o requisito legal da **omissão** para justificar a adoção supletória); como se não bastasse, a norma processual civil colide, de frente, com a trabalhista (há, pois, incompatibilidade).

9. Considerações postas, uma outra questão se planta: à parte que não comparece à audiência, a fim de ser interrogada, e cuja determinação fora feita por iniciativa do Juiz (hipótese típica, aliás, do processo do trabalho), poder-se-á aplicar a "pena" de confissão? A resposta, evidentemente, é

negativa. E o é porque, neste caso, a comparência da parte tinha como finalidade tão-somente propiciar ao Juiz obter determinados **esclarecimentos sobre a matéria de fato versada na ação**; nem poderia ser de maneira diversa, na medida em que ao Juiz, ou mesmo aos Vogais (que juízes também o são, embora não togados), **por não ser parte na ação, falta, fundamentalmente, o interesse processual em obter a confissão do litigante**; tem-no, somente, a parte contrária. Neste sentido, inclusive, a orientação consagrada, acertadamente, pela própria doutrina processual civil (PESTANA DE AGUIAR: "Comentários ao C.P.C.", São Paulo, RT, 1977, pág. 131; ARRUDA ALVIM: "Manual de D. Proc. Civil", São Paulo, RT, 1978, pág. 299; MOACYR AMARAL SANTOS: "Primeiras Linhas de D. Proc. Civil", S. Paulo, Saraiva, 1978, pág. 388, dentre outros autores).

A partir daí, é correto asseverar-se que, como princípio vogante **no plano genérico da ciência processual**, não se pode cogitar de pena de confissão quando o comparecimento da parte foi determinado pelo Juiz; a infringência desse **dever**, pelo litigante, sujeitá-lo-á, unicamente, à sanção prevista no artigo 18 do C.P.C., porquanto estaria, com isto, omitindo intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa (C.P.C., art. 17, III).

Ocorre, entretanto, que o legislador processual trabalhista excepcionou, parcialmente, esse princípio para determinar que, em relação ao réu-empregador, incida, mesmo assim, a pena de confesso: basta que se veja o teor do artigo 844, da C.L.T. A entender-se de modo diverso, por que motivo ele teria feito inserir essa cominação no precitado dispositivo consolidado?

Dir-se-á, talvez, que este argumento só prospera no caso de **não** haver fracionamento da audiência, porque o artigo 844 pressupõe a sua **unidade** e a indivisibilidade. Nada mais inexato. Objete-se que a solução, aqui, há de ser buscada não sob a ótica da unidade, ou não, da audiência, mas, sim, com vistas à **exceção discriminatória** que o legislador fez, segundo sábias razões, instilar nesse artigo a que constitui a sua íntima e inseparável substância racional.

A nenhum intérprete familiarizado com as peculiaridades do direito processual do trabalho haverá de causar repulsa esta afirmativa, que nada mais é do que manifestação legítima do espírito que anima o mencionado artigo.

10. Não cessam, com isto, porém, as nossas críticas à Súmula n.º 74; dá-se que ela, talvez inadvertidamente, cometeu outra lesão no direito processual do trabalho ao condicionar a incidência dos efeitos da **ficta confessio** (da qual sabemos ser destinatário exclusivo o empregador) ao fato de a parte haver sido advertida, expressamente, dessa cominação. **Venia concessa**, até onde sabemos, a C.L.T., em nenhum instante, assim o exige. Fosse esta a intenção do legislador trabalhista, te-lo-ia feito estampar, sem ambages, na redação do artigo 844, **caput**, por suposto; este, como resulta nítido da sua leitura, estabelece, tão-somente, que a referida "pena" será aplicada

sempre que se verificar a hipótese ali prevista, **sem fazer qualquer menção à advertência prévia do réu, quanto a isto.**

O desacerto da Súmula, neste aspecto, decorreu de haver adotado, vez mais, pura e simplesmente, uma solução concebida pelo processo civil (C.P.C., art. 343, § 1.º), sem se dar conta de que, com isto, transubstanciou, perigosamente, o conteúdo do artigo 844, **caput**, da C.L.T.

11. Lançadas as nossas razões — embora em linhas de debuxo — cremos ser possível resumi-las em um concluímento final: a poder da dicção inequívoca do artigo 844, **caput**, da C.L.T., a denominada "pena" (sic) de confissão se aplica, exclusivamente, ao empregador (ou a quem a ele se equiparar), sendo irrelevante, para tanto, tenha sido advertido expressamente dessa cominação.

Sugere-se, à vista disso, que a Súmula n.º 74 seja parcialmente reformulada, a fim de ajustá-la às disposições específicas do direito processual do trabalho — com o que se estará, se não contribuindo para a sua autonomia científica, ao menos se removendo um obstáculo que, desavisadamente, se interpôs entre esse desígnio grandioso e o objeto de sua realização.

TESE II: Inaplicabilidade, ao Direito Processual do Trabalho, do critério estabelecido pelo artigo 333 e incisos, do C.P.C., relativamente à distribuição do ônus subjetivo da prova

1. Tem sido freqüente, no plano do direito processual do trabalho, a invocação supletória do artigo 333, incisos I e II, do C.P.C. — estabelecedor, como sabemos, de critério prático relacionado à distribuição do encargo subjetivo da prova.

Preocupa-nos, exatamente, o fato de esse procedimento incauto — porque adotado, **data venia**, sem a necessária reflexão pelo intérprete trabalhista — já se haver generalizado, estando até mesmo consagrado por força da iteratividade. *Cumpra observar, contudo, que em certos casos o costume, longe de legitimar o uso, o compromete a cada triquete, em decorrência do erro original em que se assenta.* Calham, por isso, à hipótese, como a mão à luva, as sábias palavras de advertência que o notável **William Shakespeare** colocou na boca de sua imorredoura personagem, Hamlet — o Príncipe da Dinamarca, há quase quatrocentos anos, e que apresentam indiscutível atualidade: "É um desses hábitos, cuja quebra honra mais que a observância".

O momento sugere, portanto, uma advertência: a adoção sistemática e irrefletida, pelo intérprete trabalhista, de dispositivos e institutos do

processo civil, vem transformando o direito processual do trabalho em um ardiloso terreno movediço, onde, quase sempre, acabam sendo sepultados a eficácia e a natureza tuitiva, que animam as normas substanciais trabalhistas.

Digam-no os trabalhadores que, um dia, tiveram de ingressar em Juízo.

2. Antes de passarmos a demonstrar as razões em que se fundamenta a nossa discordância quanto a essa incursão descautelada ao processo civil, convém esclarecer que, a rigor, o denominado **ônus subjetivo da prova** não constitui, como se tem suposto, um **dever** ou uma **obrigação** da parte, de tal modo que se não produzir a prova que lhe competia, terá, inevitavelmente, rejeitada a sua pretensão; nada mais equivocado: o **onus probandi** consiste, apenas, na **conduta processual** que se impõe ao litigante, tendo em vista o seu **interesse** em ver provados os fatos deduzidos perante o Juiz. Pode ocorrer, em conseqüência, que mesmo não tendo efetuado a prova que lhe incumbia, a parte venha a ter o seu pedido acolhido, como, por exemplo, em virtude de a prova haver sido feita, inadvertidamente, pela parte contrária, ou de o Juiz haver feito incidir as **máximas de experiência** a que alude o artigo 335, do C.P.C. — este sim de inegável incidência supletiva no processo do trabalho.

À idéia de **ônus**, enfim, não se adjunge a de **sanção processual**, contra-riamente, pois, ao que entende **Eduardo Couture** ("Fundamentos del Derecho Procesal", 1951).

3. Retornemos ao núcleo do tema, para rememorar que o precitado artigo 333, **caput**, do C.P.C., estatui que o ônus da prova incumbe: I — Ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II — Ao réu, quanto à existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo desse direito. Vejamos, a seguir, como a adoção desse critério, pelo intérprete processual trabalhista, é desautorizada por, pelo menos, duas razões fundamentais.

Primeiramente, **porque a C.L.T. contém norma expressa sobre a matéria** (art. 818): logo, ausente está o pressuposto imprescindível da **omissão** (art. 769); em segundo lugar, ainda que omissa fosse o texto consolidado, a invocação subsidiária do C.P.C. seria inadmissível em face da manifesta colidência deste com os autênticos princípios informativos do processo do trabalho: **ergo**, haveria, também, incompatibilidade (art. 769).

3.1. De efeito, dispõe o artigo 818, da C.L.T., que "A prova das **alegações** incumbe à parte que os fizer" (sublinhamos). Eis, aqui, a **dicção expressa**. É muito provável, todavia, que alguém — pretendendo defender ou justificar o procedimento contra o qual nos opomos — argumente que as disposições contidas nos artigos 333, incisos I e II, do C.P.C., e 818, da C.L.T., são tautológicas, pois, em substância, dizem a mesma coisa, sendo que a norma processual civil nada mais representa do que uma explicação **didática** do conteúdo da trabalhista. Redargúa-se, entretantes, em caráter proleptico,

que a solução conferida ao problema do ônus da prova, pelo artigo 818, da C.L.T., é totalmente dessemelhante da estampada no artigo 333, do C.P.C. A similitude, portanto, entre ambas, é ilusória.

Eis, aqui, o ponto medular da questão; o pomo-da-discórdia, como queiram.

3.2. Demonstramos a nossa convicção mediante alguns exemplos típicos, encontradiços no cotidiano forense, como, v.g., o das **horas extras**. Pois bem. Sob a ótica do artigo 333, inciso I, do C.P.C., ao empregado que está a postular o recebimento de horas extras incumbirá provar a prestação de serviços além da jornada ordinária, vez que este fato é constitutivo do seu direito; de tal arte, não produzindo prova neste sentido, a consequência será a rejeição do seu pedido — a que a sentença, muitas vezes, se refere, impropriamente, como “improcedência da ação” (sic).

A luz do artigo 818, da C.L.T., entretanto, o empregador, ao contestar a **causa de pedir** (trabalho em jornada extraordinária), atrairia para si, inevitável e automaticamente, o ônus da prova, porquanto, ao fazê-lo, expendeu uma **alegação**, cabendo-lhe, assim, sustentá-la por meio de provas. Não se suponha que se estaria, no caso, a exigir-lhe que produzisse **prova negativa** (ausência de trabalho em jornada extraordinária); a prova seria, sim, **positiva**, porquanto dirigida a demonstrar que o empregado somente trabalhou **em jornada ordinária**. O efeito prático dessa atração do **onus probandi** está em que, não realizando o empregador tal prova, presumir-se-ão verdadeiros os fatos narrados pelo empregado, na inicial.

A questão, pois, há de ser solucionada não sob o ponto-de-vista da prova quanto à existência ou inexistência de **fato constitutivo** do direito do empregado (o que é próprio do C.P.C.), mas, sim, em atenção à prova que o réu produziu ou deixou de fazê-lo, quanto ao trabalho apenas em jornada normal e cujo ônus trouxe para si ao contrapor, à do empregado, uma outra **alegação**.

3.3. A orientação inserta no artigo 818, da C.L.T., como é bem de ver, repele a incidência da máxima: “O ordinário se presume e o extraordinário se prova”, que RUSSOMANO, com apoio em MALATESTA, erigiu como **princípio ontológico da teoria da prova (apud Wagner Giglio, “Direito Processual do Trabalho”, LTr Editora, São Paulo, 1977, pág.)**. Não estamos afirmando que esse princípio não seja útil ao empregado: no geral o é; no particular, porém, ele perde o seu significado protectivo para “virar o fio” contra o empregado — como, diria MARTINS CATHARINO, razão por que se torna imprestável, quanto mais não seja diante do fato de que esbarra na lei.

Ademais, mesmo que se admitisse, **ad argumentandum**, que a prova atribuída ao empregador, neste caso, fosse, realmente **negativa**, isto não haveria de causar sobressalto a quem estivesse a par de a concepção vogante na moderna ciência jurídica processual, para quem “toda afirmação é,

ao mesmo tempo, uma negação: quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados contrários ou diversos dessa coisa” (Chiovenda, “Instituições do Direito Processual Civil”, 1943, Vol. II, pág. 505). Daí por que, acertadamente, a doutrina e a jurisprudência deitaram por terra “a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos” (Eduardo Couture, *ibidem*, págs. 151/152).

4. A finalidade deste trabalho não nos possibilita descer a minúcias a fim de analisarmos, sob o ângulo de nosso pensamento, a vasta heterogeneidade de pedidos que os empregados, como sói acontecer, deduzem em Juízo; seja-nos permitido, em face disto e como imperativo de brevidade, atalhar que os argumentos até aqui expendidos, em relação às horas extras, se aplicam, *mutatis mutandis*, à maioria dos casos, como, por exemplo, do adicional noturno, da relação de emprego, do grupo econômico etc.

5. Insta que se ponha sempre à frente — e isto é o que sobreleva — o fato de que a C.L.T. possui norma específica sobre a distribuição do ônus subjetivo da prova (art. 818), cujo verdadeiro alcance muitos intérpretes ainda não apreenderam, razão por que, não raro, recorrem às disposições do artigo 333, incisos I e II, do C.P.C. O próprio anseio dos doutrinadores brasileiros, no sentido de somar engenho e arte para dar concreção ao princípio da inversão do ônus da prova, em benefício do empregado, (*) embora louvável, revela que o verdadeiro sentido da redação do artigo 818, da C.L.T., também não foi por eles captado. Ora, *legem habemus*. Assim, toda cerebração doutrinária há de convergir não para o estabelecimento de princípios voltados a cometer ao empregador a maior parte do encargo probatório — como se tem feito — mas, sim, para demonstrar a verdadeira dicção do artigo 818, da C.L.T., cujo laconismo, se não seduz como o faz a literalidade didática e quase retórica do artigo 333, do C.P.C., encerra, sem dúvida, um conteúdo que respeita, de perto, às peculiaridades e o propósito do ordenamento processual em que se insere.

5.1. Não nos move, aqui, o desiderato de criticar o critério que o C.P.C. consagrou para o seu uso, relativo ao *onus probandi*, pois o sabemos justo e lógico a partir da consciência de que foi elaborado sob o pressuposto da igualdade formal das partes, que se manifesta tanto no plano material quanto no processual; não obtemperamos, sim, à intromissão desse critério no âmbito do processo do trabalho, onde não se pode ignorar que a desigualdade real das partes, reconhecida pelo direito substancial (que, por isso, é anti-igualitário — na feliz expressão de Camerlynk/Lyon-Caen, “Derecho del Trabajo”, Aguilar, Madrid, 1974, pág. 24) não deixa de existir pelo simples fato de o trabalhador haver ingressado em Juízo. Com quanta razão, pois, pôde afirmar Giovanni Tesorieri (“Lineamenti di Diritto Processuale del Lavoro”, Pádova, Cedam, 1975, pág. 4): “quando o dador de trabalho e o traba-

(*) Conclusão, v.g., a que chegaram os ilustres partícipes do IV Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e Seguridade Social, São Paulo, 1972.

lhador assumem no processo as vestes de partes, não cessam por isso de ser o que sempre terão sido; a história das suas relações não se transforma numa outra história: é a mesma, que continua”.

5.2. Segue-se, então, que no caso em exame, a norma processual civil atua, relativamente ao processo do trabalho, como autêntica “rolha redonda para orifício quadrado”, segundo o apotegma popular, pois a este não se ajusta com perfeição.

Demais, a trasladação irrefletida, para o processo do trabalho, de dispositivos próprios do processo civil, não apenas empece o **movimento autonomista** daquele processo — tarefa grandiosa, que irmana doutrinadores de tantos países e para o qual temos procurado contribuir com a nonada de nossos conhecimentos, como pode, no paroxismo dessa atitude mimética, implicar em perigosa subversão das suas razões teleológicas.

6. No capítulo da distribuição do ônus subjetivo da prova, portanto, o processo do trabalho, com o que tem, basta a si — em que pese nomes ilustres divirjam desta afirmação e cujo pensamento respeitamos.

Conclua-se, pois, afirmando que o artigo 818 da C.L.T. deve ser o único dispositivo a ser invocado para resolver os casos relacionados à partição do encargo da prova, vez que possui extraordinária eficácia para tanto; na eventualidade — remota, aliás — de esse artigo revelar-se insatisfatório, não deve o intérprete valer-se, ato-contínuo, do critério indicado pelo artigo 313, do C.P.C., mas, sim, verificar, em concreto, **quem estava apto a produzir a prova**, segundo os meios de que, verdadeiramente, dispunha. Esta é a atitude exigível do julgador trabalhista.

Deste modo, aquilo que me permito designar de **princípio da aptidão para a prova** deve constituir o verdadeiro **critério supletório** do processo do trabalho, em cujo plano figurará como espécie de “telón de fondo” — conforme a expressão espanhola — apto a fornecer ao julgador as diretrizes seguras para a dirimência da questão, pondo-se de lado, assim, as disposições do artigo 333, I do C.P.C. — porquanto representam uma fantasiosa abstração da realidade prática do processo do trabalho.

TESE III: Inaplicabilidade, em relação ao empregado, do disposto no artigo 389, I, do C.P.C.

Cogitamos de uma hipótese localizável, a mancheias, no cotidiano forense: a em que o réu, contrapondo-se à alegação do autor quanto a jamais haver recebido as horas extras, o adicional noturno, os repouso semanais etc., a que tinha direito, junta aos autos documento comprovativo de que o

pagamento teria sido feito **de uma só vez**, abrangendo, inclusive, parcelas vencidas há vários meses ou, até mesmo, há mais de ano.

Instado a manifestar-se, o autor objeta que não recebeu, no todo ou em parte, as quantias ali expressas, seja porque quando após o seu autógrafo o documento ainda não estava preenchido, seja porque, se preenchido se encontrava, o empregador se recusou a pagar-lhe.

Surge, aqui, o *busilis* da questão: a quem incumbe o ônus da prova?

Fosse a alegação do autor no sentido de que a assinatura não lhe pertence, o encargo de provar a **autenticidade** seria do réu, que produziu o documento, a teor do disposto no artigo 389, II, do C.P.C., de inegável incidência supletória no processo do trabalho; como não se trata de contestação de assinatura, mas sim de falsidade de documento, dispõe o C.P.C. (art. 389, I) que o **onus probandi** compete ao autor.

Essa orientação do processo civil tem sido perfilhada, no geral, pelo processo do trabalho, que se ressentiu de disposições próprias.

O propósito deste nosso trabalho, contudo, consiste exatamente em demonstrar a manifesta incompatibilidade, no particular, das normas processuais comuns com os princípios reitores do processo trabalhista, motivo por que, embora omissa a C.L.T., a sua incidência, aqui, deve ser repelida.

Convém observar, para que melhor possam ser entendidas as nossas razões, que quando o C.P.C. atribui ao documento particular, assinado por uma ou por ambas as partes, conforme seja o caso, eficácia probante praticamente absoluta (ressalvadas as hipóteses que autorizam a arguição do incidente de falsidade, artigo 390 e seguintes), fá-lo, por certo, sob o pressuposto de que havendo uma igualdade formal entre as partes, no plano do direito **material**, os atos por ela praticados são perfeitos, tanto que o seu desfazimento somente será possível se o interessado provar a ocorrência de quaisquer dos **vícios do consentimento** previstos em lei (Cód. Civil, arts. 86/105). Daí resulta que, ausente essa prova, o documento conserva a sua **validade** original, com o que se reveste de plena eficácia para comprovar o pagamento das parcelas nele mencionadas.

Forremo-nos de demonstrar, a fundo — porque essa tarefa já desempenhada, satisfatoriamente, pela doutrina — que na esfera peculiar do direito do trabalho não prospera o postulado da isonomia formal entre as partes, mas, ao contrário, avulta o reconhecimento da desigualdade real do trabalhador, em relação ao empregador; advertamos, apenas, que a partir de uma visão crítica e prospectiva da realidade que caracteriza as **circunstâncias** em que são estabelecidas as relações materiais subjetivas entre empregados e empregadores, torna-se absolutamente inafastável o reconhecimento de que o próprio processo do trabalho deve valer-se de critérios e princípios que respeitem essa realidade, sob pena de atentar contra a sua verdadeira razão teleológica.

O **padrão de realidade social** em que se lastrea o ordenamento processual civil não é idêntico, nem sequer assemelhado, ao **padrão de realidade** que se impõe deva ser observado pela doutrina e pela jurisprudência trabalhista (e, de **lege ferenda**, pelo direito processual positivado) sempre que tiveram de encontrar um critério para dirimir casos como o **sub examem**.

Por esse motivo, cremos **data venia**, haver desacerto dos órgãos judicantes trabalhistas quando rejeitam as pretensões do empregado, sob o fundamento de que, estando por ele assinado o documento, era seu o encargo de provar que o assinou "em branco", ou, se já estava preenchido, que o empregador se recusou a efetuar o pagamento. O equívoco de pronunciamentos jurisdicionais dessa ordem radica, ao nosso ver, em se supor que devam ser aplicadas à espécie, as disposições pertinentes do C.P.C., em sua rigidez, com imprudente desprezo da realidade material onde o ato foi praticado.

Admitamos, v.g., que o empregado tenha alegado **coação**. Segundo o sistema do C.P.C., caberá a ele provar esse constrangimento (art. 404, II); ora, até onde sabemos, o empregador, quando coage o empregado não o faz de maneira pública e solene, com pompa e fanfarra. Considerando, ademais, que do ponto-de-vista do direito civil a coação **não se presume** (exatamente porque se pressupõe a igualdade das partes), resulta impossível, em concreto, na quase generalidade dos casos, o empregado provar que foi coagido.

Nemo turpitudinem . . .

Razões inomináveis, portanto, sugerem que a **coação** — instituto civilista que o é — não seja utilizada, nestes casos, como condição para cassar a validade de documento assinado pelo trabalhador, sem receio de escoriar o permissivo estampado no artigo 8.º da C.L.T., verdadeiro entrave para a autonomia científica do direito do trabalho, assim como o artigo 769 o é, sem dúvida, em relação ao processo civil.

Não menos tormentosa, para o empregado, é a prova de que o documento, assinado em branco, foi abusivamente preenchido pelo empregador. Como prová-lo, quando se sabe que tais atos são realizados sub-repticiamente, à socapa?

Cessa, pois, tudo quanto o C.P.C. proclama, pois o processo do trabalho pode sobreviver sem essa musa sedutora. Se não, vejamos.

A ninguém é dado ignorar que enquanto está a vigor o contrato de trabalho, o empregado se mantém sob um inerente **estado de sujeição (status subiectionis)** ante o empregador, cujo estado constitui, por isso, fator de acentuada subjugação de sua vontade. Tanto isto é verdadeiro que a própria lei chega, em alguns casos, a subtrair do empregado a sua autonomia volitiva, como forma (de paradoxalidade apenas aparente) de protegê-lo dos atos do empregador (veja-se, dentre outros, os artigos 76, 468 da C.L.T., 477, § 1.º).

É, precisamente, esse **estado de sujeição** — que, salvo exceções, inexistente no plano do direito comum — que torna o empregado extremamente suscetível aos efeitos das **pressões** (e não **coação**) que sobre ele exerce o empregador e cuja intensidade oscila conforme as conveniências ditadas pelo **casuismo** estimulador.

Desta forma, a **pressão econômica**, ínsita nas relações de emprego e que já era denunciada pelo notável OLIVEIRA VIANNA há mais de quarenta anos, deve ser sempre posta à frente quando se trata de apreciar documentos juntados pelo empregador com a finalidade de provar o pagamento de parcelas que o empregado afirma não haver recebido. Essa mesma **pressão**, quando conjugada com o fato de o empregador apresentar recibo pelo qual pretende fazer crer que o pagamento de parcelas heterogêneas (horas extras, adicional noturno, repousos semanais e o mais), vencidas há vários meses, foi feito de uma só vez, gera a presunção (embora **iuris tantum**), de que o documento é falso. Não se quer dizer que, em face disto, o empregador seria, automaticamente, condenado ao pagamento das verbas postuladas na ação; o resultado prático dessa presunção seria a eliminação da eficácia probante do documento, sem que isto implique na impossibilidade de o réu provar, por todos os meios em direito permitidos, que o pagamento, realmente, foi efetuado.

Em suma: desloca-se para ele o ônus da prova — malgrado o documento que produziu.

A não se supor assim, por que motivo o empregador, que sempre se manteve inadimplente, agora, em insólito arroubo de honestidade, teria pago, num só ato, parcelas de natureza diversa, que se encontravam vencidas há muito tempo — cujo valor, muita vez, coincide, rigorosamente, com o expresso na inicial, em que pese o cálculo do autor esteja até mesmo errado?

Diz a estória, a propósito, que em período medieval existiu arqueiro ímpar, cuja infalibilidade na pontaria estava no seu método de primeiro arremessar a flecha para depois desenhar o alvo.

Jocosidade à parte, a prática nos revela que tem sido este o procedimento de alguns empregadores em relação a documentos assinados **in albis** pelos empregados.

A despeito de os nossos argumentos não incidirem na hipótese de os pagamentos das parcelas pedidas haverem sido feitos em suas **épocas próprias**, segundo demonstram os respectivos recibos juntados aos autos, é razoável que o Juiz do Trabalho, diante de uma das duas alegações do empregado, já indicadas, **exija do empregador uma atividade processual capaz de demonstrar que o teor dos documentos merece credibilidade**, pois, em última análise, tais documentos também foram produzidos quando o trabalhador ainda se encontrava ajoujado ao **status subiectionis**, a que há pouco nos referimos.

A **presunção elisiva**, que estamos a propugnar seja aceita pelo predi-
camento dos julgadores, não tem a veiedade de constituir panacéia capaz de
neutralizar a eficácia probante de **todos** os documentos que são juntados
aos autos pelo empregador e diante dos quais o empregado reage; a sua
adoção, contudo, fará com que as decisões se aproximem, o quanto possível,
da realidade material subjacente, onde os atos foram praticados e que as
disposições monolíticas do processo civil não permitem seja considerada.