

A Confissão Recíproca no Processo do Trabalho sob o véu do Novo Código de Processo Civil

Geovane de Assis Batista ¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. Confissão: conceito, espécies e invisibilidade. 2.2. A confissão no processo do trabalho. 2.3. A confissão simultânea e recíproca. 2.3.1. A prova: ônus, conceito, espécies. 2.3.2. Teorias de distribuição do ônus da prova: estática e dinâmica. 2.3.3. Problemática e hipóteses. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.

Resumo: o presente artigo tem por escopo analisar o fenômeno da culpa simultânea e recíproca no processo do trabalho sob a perspectiva do novel Código de Processo Civil de 2015, identificando as teorias estática e dinâmica acerca da distribuição do ônus da prova, e como ambas, conjuntamente com a nova carta adjetiva, foram recepcionadas pela processualística trabalhista consolidada e jurisprudencial.

Palavras-chave: Processo do Trabalho; CPC/2015; ônus da prova; confissão recíproca; súmulas 74 e 338 do TST.

1 Introdução

De acordo com Jean Jacques Rousseau, seja qual for a situação, o “[...] povo é sempre senhor de mudar suas leis, mesmo as melhores, pois, se for de seu agrado fazer o mal a si mesmo, quem terá o direito de impedi-lo?”.² Aqui, o iluminista genebrino parece guardar a filosofia de Aristóteles, pois, conforme se vê dos estudos de Juan Carlos Pablo Ballesteros:

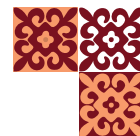
Aristóteles se pergunta si es perjudicial o conveniente para las ciudades cambiar las leys tradicionales en el caso de que haya una mejor. Concede que algunas leys y en determinadas ocasiones, deben ser sucesptibles de câmbios. Pero agrega que esto debe hacerse con mucha precaución, porque “el cambiar fácilmente de las leys existentes a outras nuevas debilita la fuerza de la ley” (Pol. 1269 a 23-24.)³

Entre nós, o legislador brasileiro mudou as regras processuais vigentes, trazendo à luz um novo Código de Processo Civil, cuja abrangência e repercussão parece ter suscitado mais celeumas na seara processual trabalhista que na civil. A propósito, desde a germi-

¹ Juiz do Trabalho Substituto - Vara do Trabalho de Jacobina (TRT5—BA). Mestre em Filosofia (UFBA). Doutorando em Filosofia (UCSF — Orientador: Dr. Juan Carlos Pablo Ballesteros). Salvador: 16.02.2016 (18h).

² ROUSSEAU, J.J. Du contract social ou principes du droit politique. O. C. III. Du contract social, II, 12, p. 394.

³ BALLESTEROS, Juan Carlos Pablo. Aristóteles y la comunidad política. 1ª ed. Santa Fe: Universidad Católica de Santa Fe, 2012, p. 103.



nação até o período da *vacatio legis*, o novo código de ritos vem provocando ricos debates acerca de sua aplicabilidade ou não no processo laboral.

A tendência trabalhista majoritária tem adotado um posicionamento mais cauteloso, de tal modo que alguns institutos foram categoricamente execrados e outros acolhidos com a condição de não serem incompatíveis com as normas da Consolidação das Leis do Trabalho.

Na esteira desse espanto com as novas regras processuais e sua aplicabilidade no processo obreiro, o presente artigo elege a temática probatória com intuito de analisar o fenômeno da culpa recíproca no processo do trabalho sob a perspectiva do novel Código de Processo Civil de 2015, identificando as teorias (estática e dinâmica) que dominam a distribuição do ônus da prova, e demonstrar como ambas, conjuntamente com a nova carta adjetiva, oferecem condições de possibilidade de serem recepcionadas supletiva e subsidiariamente pela processualística trabalhista consolidada e jurisprudencial.

A hipótese a ser defendida é no sentido de que, bem antes do advento do novo diploma processual civil, a jurisprudência trabalhista já tratava do fenômeno da dupla confissão recíproca à luz da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova substanciada no art. 373 do NCPC.

Para tanto, o texto desenvolverá uma narrativa descritiva e explicativa dos institutos processuais civilistas e trabalhistas em derredor da confissão recíproca, valendo-se, sempre da boa doutrina de Moacir Amaral Santos e de outros doutrinadores expoentes como Chiovenda.

2 Desenvolvimento

2.1 Confissão: conceito, espécies e invisibilidade

A confissão é um dos meios de prova judiciária. Ela ocorre quando a parte admite a verdade de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao adversário.⁴ Assim, basta a simples admissão da verdade do ato contra ela alegado, para que a parte tenha confessado.⁵

A admissão da verdade do fato pode ser judicial ou extrajudicial.⁶ Quando realizada em juízo, segundo os modos previstos em lei, “faz prova contra o confitente”⁷ e poderá ser espontânea (por petição) ou provocada (em depoimento pessoal, no processo civil; ou no interrogatório, no processo trabalhista).

A confissão é, de regra, indivisível, não podendo a parte, que a quiser invocar como prova, aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável. Cindir-

⁴ Art. 389 do NCPC/2015.

⁵ SANTOS, Moacir Amaral. Comentários ao Código de Processo Civil Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, vol. IV: arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 101.

⁶ Arts. 390 do NCPC/2015.

⁷ Art. 391 do NCPC/2015

se-á, todavia, quando o confitente lhe aduzir fatos novos, suscetíveis de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção.⁸

Logo, a confissão não pode ser aceita em parte e rejeitada em parte; não pode cindir-se, de forma que seja aceita na parte que beneficia o adversário do confitente e repelida na parte que o prejudicar.⁹

De acordo com Moacir Amaral, dizer que a confissão é indivisível corresponde a dizer que a parte das declarações do confitente contrária a ele não terá eficácia de prova, sem que, concomitantemente, se atribua à parte que lhe é favorável igual eficácia.

Posta a questão nestes termos, continua o processualista, vê-se, em primeiro lugar, que não haverá confissão sem que se tomem as declarações como um todo; e, em segundo lugar, que o adversário, para aproveitar-se da prova que lhe é fornecida na parte que é desfavorável ao declarante, deverá também admitir como verdadeiras as declarações na parte que ao declarante favorecem.

Logo, sem que haja essa admissão, das declarações não resulta confissão. As declarações não têm eficácia de confissão, o que não impede delas possa o juiz extrair elementos úteis à formação da sua convicção quanto aos fatos controvertidos.¹⁰

2. 2 A confissão no processo do trabalho

No processo do Trabalho, a audiência de instrução e julgamento é contínua. Entretanto, se não for possível, por motivo de força maior, concluí-la no mesmo dia, o juiz ou presidente marcará a sua continuação para a primeira desimpedida, independentemente de nova notificação.¹¹

Debruçando-se sobre este preceptivo consolidado, a doutrina e a jurisprudência pretoriana consagraram o uso das expressões “audiência una”, para o primeiro caso; e “audiência fracionada” ou “de continuidade”, para o segundo.

O reclamante e o reclamado deverão estar presentes na audiência de julgamento.¹² O não comparecimento do primeiro importará arquivamento¹³ da reclamação, e o do segundo, revela — além de confissão quanto à matéria de fato.¹⁴

⁸ Art. 395 do NCPC/2015

⁹ SANTOS, Moacir Amaral. Comentário ao Código de Processo Civil de 1973, p. 118.

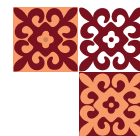
¹⁰ Idem, Ibidem.

¹¹ Art. 849, da CLT.

¹² Art. 845, da CLT.

¹³ Note-se que a ausência do reclamante, quando adiada a instrução depois de contestada a ação em audiência, não implicará arquivamento do processo. Inteligência da Súmula n. 09 do TST.

¹⁴ Art. 844, da CLT.



Sem embargo, pode ocorrer, e muita vez ocorre de o Juiz proceder ao interrogatório do autor¹⁵ com vistas à busca da verdade jurídica objetiva, hipótese em que poderá extrair do interrogando alguma declaração fática favorável à eventual alegação impeditiva, modificativa ou extintiva do réu¹⁶.

Mas presentes as partes na audiência de julgamento e não sendo possível, por motivo de força maior, concluí-la no mesmo dia, o juiz designará nova audiência com advertência de que o não comparecimento para depor na audiência de prosseguimento implicará confissão¹⁷.

Na audiência de seguimento, se uma das partes não comparece para prestar depoimento, a consequência será a declaração de confissão ficta. Mas se forem as duas as ausentes, a confissão também ocorrerá; mas nesse caso, diz-se tratar de dupla confissão ou de confissão simultânea ou, como é mais conhecida, de confissão recíproca, onde a sanção poderá recair sobre uma ou às duas partes, conformemente será demonstrado nas linhas futuras.

Verifica-se, assim, que o fenômeno da confissão ficta simples e/ou recíproca afeta as partes tanto nas audiências contínuas quanto nas fracionadas.

2.3 A confissão simultânea e recíproca

A confissão recíproca não se encontra disciplinada no novo caderno de ritos, tampouco no consolidado. Trata-se de fenômeno recorrente na processualística trabalhista, que se manifesta quando o reclamante e o reclamado, embora regularmente intimados¹⁸, não comparecem à audiência em que deveriam depor.

Em casos que tais, a jurisprudência pretoriana, com esteio nas normas adjetiva e consolidada, vem entendendo pela aplicação simultânea da confissão ficta a ambas as partes, sendo as sanções analisadas e efetivadas à luz das regras de distribuição do ônus da prova.

Não comparecendo nem o Autor nem o preposto da Reclamada à audiência em que deveriam depor, deve ser aplicada a confissão a ambos. Em tal caso, os pedidos formulados devem ser analisados à luz das regras de distribuição do ônus da prova.¹⁹

Há quem entenda que a observância da distribuição do ônus da prova revela método adequado e razoável, na medida em as sanções decorrentes da confissão recíproca

¹⁵ Preferiu-se o uso do termo “autor” porque serve tanto para o reclamante, no caso de reclamação trabalhista, como para o consignante, quando a hipótese for de ação de consignação.

¹⁶ A preferência por este termo, e não por Reclamado ou Consignado, guarda coerência com a justificativa logo acima.

¹⁷ De acordo com os §§1o e 2º do Art. 343 do CPC, a parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor. Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão.

¹⁸ No processo do trabalho a aceção usual é “notificação”.

¹⁹ Processo 0118500-82.2008.5.05.0033 RO, Origem SAMP, ac. nº 012861/2010 Desembargadora MARIA ADNA AGUIAR, 5ª. TURMA, DJ 23/07/2010.

se anulam e se absorvem mutuamente, não podendo, por isso mesmo, gerar presunção relativa em favor de nenhuma das partes.²⁰

2.3.1 A prova: ônus, conceito, espécies

Segundo Moacir Amaral Santos, ônus quer dizer ‘carga’, ‘fardo’, ‘peso’. Já a locução ônus probandi é traduzida apropriadamente por dever de provar, no sentido de necessidade de provar,²¹ ou seja, no sentido de interesse de fornecer a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes.²²

Ao autor cabe dar a prova dos fatos constitutivos da relação jurídica litigiosa. O réu, por seu lado, deve prover a prova de suas afirmações, o que pode acontecer de dois modos: a) se alega fatos que atestam, direta ou indiretamente, a inexistência dos fatos alegados pelo autor (prova contrária, contraprova); b) se alega fatos impeditivos, extintivos ou modificativos, ou que obstem efeitos ao fato constitutivo (prova de exceção, no sentido amplo).²³

Na esteira do desembaraço do ônus probandi, as partes ainda continuam com o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.²⁴

Para Moacir Amaral Santos²⁵, a prova guarda dois sentidos — a saber: um amplo e outro, restrito. No primeiro, provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa. No segundo, a prova judiciária, tem por objeto os “fatos da causa” (os fatos deduzidos pelas partes como fundamento da ação ou exceção); por finalidade, a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa; e por destinatário, o juiz.

Doutrina o processualista que a prova judiciária consiste na convicção que os meios probatórios produzidos pelas partes no processo geram no espírito do juiz quanto à existência ou inexistência dos fatos.²⁶

2.3.2 Teorias de distribuição do ônus da prova: estática e dinâmica

De acordo com a concepção doutrinária clássica, a distribuição do ônus da prova se funda em dois sistemas teóricos: um estático e outro, dinâmico. Pelo primeiro sistema, o legislador estabelece regras fixas, objetivas e imutáveis, onde o juiz se encontra amalgama-

²⁰ Processo 0137700-46.2001.5.05.0025 RO, Origem SAMP, ac. nº 002454/2003 Desembargador LUIZTADEU LEITE VIEIRA, 1ª. TURMA, DJ 10/03/2003.

²¹ Obra citada, p. 21.

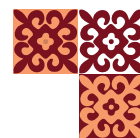
²² Ibidem.

²³ Chiovenda apud Moacir Amaral Santos – obra citada, p. 26.

²⁴ Art. 369 do NCPC/2015.

²⁵ In: Comentários ao Código de Processo Civil Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, vol. IV: arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p.2.

²⁶ Ibidem, p.4.



do às regras estabelecidas, quedando, portanto, impossibilitado de alterar o ônus da prova. Eis o sistema adotado por Chiovenda.²⁷

A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova ou teoria das cargas processuais dinâmicas (construção da doutrina argentina) tem aplicação concorrente. Isso significa dizer que, além das medidas fixadas *a priori* pelo legislador, o juiz, na busca da convicção racional frente às alegações fáticas articuladas, goza de poderes durante a investigação probatória para tornar menos rígidas *a posteriori* as regras de distribuição e inversão do ônus probandi, afastando do litigante o peso da prova, sobretudo quando surgirem peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprimento do encargo.

Frise-se, todavia, que no balanceamento do jogo probatório, o direito potestativo encarnado no julgador não o transforma num déspota. Ou seja: não pode o juiz, tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito probatório. Assim, no lugar da força, o juiz deverá observar a racionalidade e a equidade; e no da arbitrariedade, a razoabilidade, isto é, o bom senso jurídico. Para além desses marcos implicados com a teoria dinâmica, o juiz atuará em flagrante desvio de poder e finalidade, com manifesto prejuízo à balança da justiça.

Sem abrir mão do sistema estático encartado no código de ritos vigente, o Código de Processo Civil de 2015²⁸ recepcionou a teoria dinâmica, arrastando o juiz da inércia dogmática em que se encontra (va) na administração da distribuição do ônus da prova.

Com efeito, ao prescrever que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor (sistema estático)²⁹, o legislador da nova carta adjetiva assevera que, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (sistema dinâmico), sem gerar, contudo, situação em que a desicumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.³⁰

No que tange à distribuição do ônus da prova sob a perspectiva da Consolidação das Leis do Trabalho, o sistema adotado é o estático. Com efeito, sendo menos analítico e mais simples, o legislador consolidado prescreve que a prova das alegações incumbe à parte que as fizer.³¹ Ou seja, de regra, a cada parte compete fornecer os elementos de prova das alegações que a fizer.

²⁷ Apud Moacir Amaral Santos. Comentários ao Código de Processo Civil de 1973, p. 26.

²⁸ Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

²⁹ Art. 333, incisos I e II do CPC/1973.

³⁰ Caput e §§ 1º e 2º. do art. 373 do NCPC/2015.

³¹ Art. 818, da CLT.

2.3.3. Problemática e hipóteses

O problema que se impõe é saber se a teoria das cargas processuais dinâmicas da distribuição do ônus da prova, substanciada no art. 373 do NCPC, fora recepcionada ou não pelo processo trabalhista, outorgando ao juiz plenos poderes para aplicá-la em coisa litigiosa judiciária relacionada ao fenômeno da confissão simultânea e recíproca das partes.

Na perspectiva civilista, a resposta parece intuitivamente positiva, na medida em que o art. 15 do NCPC dispõe que, na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.³²

Mas do ponto de vista da hermenêutica trabalhista, a resposta se revela mais analítica, sendo necessário buscar o significado que expressões “supletiva” e “subsidiariamente” encerram.

Grosso modo, ocorrerá a aplicação supletiva quando a disposição legal sobre dado instituto processual for incompleta, e, por consequência, precisa de um suplemento paradigmático. É o caso, por exemplo, do art. 818 da CLT — mas, registre-se, não quanto ao telos ali visado, porque claro e distinto, já que, segundo estabelece, a prova das alegações (constitutivas, ou extintivas, ou modificativas, ou impeditivas) incumbe à parte que as fizer; e sim, por parecer reforçar a tese civilista analiticamente mais completa, que prescreve caber ao autor a prova das alegações fáticas constitutivas; e ao réu, a das extintivas, modificativas ou impeditivas.

Será, contudo, subsidiária, quando o caderno processual for omissivo acerca da aplicação de determinado instituto. Nesse caso, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.³³ A medida antecipatória da tutela é exemplo de instituto adjetivo³⁴ não disciplinado pela Consolidação das Leis do Trabalho.

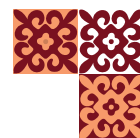
Diante desse contexto significativo e do fato de a Consolidação das Leis do Trabalho constituir norma especial com poderes de cindir a norma geral (CPC), parece imperativa a recepção e aplicação do sistema dinâmico de distribuição do ônus da prova na processualística do trabalho.

Tem-se, portanto, que, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de a parte cumprir o en-

³² Código de Processo Civil da Bahia, art. 126; do antigo Distrito Federal, art., 182; de São Paulo, art. 262 — apud Moacir Amaral Santos, ob. Cit., p. 27.

³³ Art. 769, da CLT. Ainda sobre o tema, consulte-se o art. 8º, da CLT: As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

³⁴ Art. 273 do CPC/1973.



cargo nos termos do caput do art. 373 do NCPC ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe fora atribuído.

Malgrado o NCPC seja omissivo acerca da distribuição do ônus da prova para o caso de “dupla confissão” ou “confissão simultânea” ou “confissão recíproca” das partes que, quando intimadas para depor, não comparecem à audiência designada, parece razoável defender que o juiz trabalhista dele poderá se valer para determinar a incumbência da prova com vistas à convicção racional da verdade.

Para tanto, e com o permissivo do art. 8º, da CLT, o juiz terá que buscar o auxílio da jurisprudência do TST, mas precisamente da Súmula 74 que assim prescreve: (I) a confissão é aplicada à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor; e que (II) a prova pré-constituída nos autos pode ser levada em conta para confronto com a confissão ficta (art. 400, I, CPC), não implicando cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores.

Realmente, na esteira da adoção do sistema dinâmico de distribuição do ônus probatório, a jurisprudência do TST, ao editar as súmulas 74 e 338, parece ter se antecipado ao NCPC, já que radicada em um de seus princípios fundamentais, segundo o qual o ônus de provar os fatos alegados em juízo não incumbe, de maneira exclusiva, nem ao autor nem ao réu, mas, antes e ao contrário, reparte-se entre um e outro, segundo regras previstas em lei ou consagradas pela jurisprudência e pela doutrina.

Ora, consideradas as condições de possibilidade de uso das fontes supletivas e subsidiárias do Direito suso informadas³⁵, cumpre ainda investigar se, na distribuição do ônus da prova nos casos de confissão recíproca, procede, ou não, a racionalidade jurídica segundo a qual as sanções aplicáveis se anulam e se absorvem, sem gerar presunção relativa em favor de nenhuma das partes.

Na hipótese de confissão recíproca, em que as penalidades incidem sobre a mesma demanda, estas se anulam, não gerando presunção relativa em favor de nenhuma das partes. Por consequência, a controvérsia deve ser dirimida considerando o ônus da prova, nos termos dos artigos 818 da CLT e 333, II, do CPC.³⁶

Com a devida vênia, seja em razão da aplicação supletiva do NCPC ou da jurisprudência do TST em torno da regra de distribuição do ônus da prova, o entendimento de que as confissões recíprocas se anulam e se absorvem e, portanto, não geram presunção relativa em favor de nenhuma das partes, somente encontrará guarida se a teoria processual aplicável for a estática. Isso porque, com a dupla confissão (malgrado ambas as partes façam prova das alegações que fizeram³⁷), obliquamente admitem como verdadeiros os fatos alegados contrariamente aos seus interesses.

³⁵ Art. 373 do NCPC (desde que compatíveis com as normas consolidadas) c/c as súmulas 74 e 338 do TST.

³⁶ TRT-1 - Recurso Ordinário RO 2652120115010080 RJ (TRT-1). Data de publicação: 18/04/2012.

³⁷ Art. 818, da CLT.

Casuisticamente, pode-se citar o caso em que a coisa litigiosa versa sobre a existência ou não de horas extraordinárias, e o reclamado possui menos de dez empregados em seus registros.

Em situações que tais, a prova das alegações fáticas caberá a cada parte. Mas se, conquanto intimadas, não comparecem à audiência para depor, impor-se-á a declaração simultânea de confissão ficta, cujos efeitos recíprocos — a admissão da verdade dos fatos contrários como verdadeiros³⁸ — não serão produzidos porque as sanções aplicáveis a uma e à outra parte se anulam e se absorvem, não gerando, por conseguinte, presunção relativa em favor de nenhuma delas.

As sanções decorrentes da confissão recíproca se anulam e se absorvem e, portanto, não pode gerar presunção relativa em favor de nenhuma das partes. Hipótese em que há de ser resolvida a questão fática controvertida no campo do ônus da prova.³⁹

Na hipótese de confissão recíproca, em que as penalidades incidem sobre a mesma demanda, estas se anulam, não gerando presunção relativa em favor de nenhuma das partes. Por consequência, a controvérsia deve ser dirimida considerando o ônus da prova, nos termos dos artigos 818 da CLT e 333, II, do CPC.⁴⁰

Mas esta racionalidade (nulidade e absorção) perde força quando se tratar da aplicação da teoria distributiva dinâmica do ônus da prova, pois que, diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de a parte cumprir o encargo nos termos do caput do art. 373 do NCPC ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, o juiz, antes de anular, por absorção, a confissão recíproca, poderá, com esteio na exegese das súmulas 74 e 338 do TST, atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

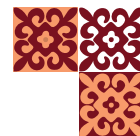
Como ilustração, volte-se ao caso da lide sobre a existência ou não de labor suplementar ao limite legal ou convencional, com a diferença de que o reclamado, apesar de contar com mais de dez empregados, deixa de carrear aos autos os controles de frequência. Sendo esta a hipótese, em estrita observância à distribuição dinâmica do ônus da prova, o TST tem assim decidido:

No caso dos autos, incontroversa a configuração de confissão recíproca quanto ao fato referente à prestação de horas extraordinárias, atinentes ao período de 10/12/2012 a 9/3/2012, tendo em vista que a reclamada não juntou os cartões de ponto correspondentes, obrigação legal que lhe incumbia, nos termos do art. 74, § 2º, da CLT, e que o reclamante foi reputado confesso, porque não compareceu à audiência em que prestaria depoimento pessoal. Nessa quadra, em face da confissão recíproca das partes e da insuficiência do acervo proban-

³⁸ Súmula 74. I, do TST: Aplica-se a confissão à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor.

³⁹ TRT-5 – Recurso Ordinário RO 1377200102505004 BA 01377-2001-025-05-00-4. D. P.: 10/03/2003.

⁴⁰ TRT-1 - Recurso Ordinário RO 2652120115010080 RJ (TRT-1). D. P.: 18/04/2012.



te dos autos, a questão deve ser dirimida à luz das regras de distribuição do ônus da prova. Segundo a regra contida no art. 74, § 2º, da CLT, competia à reclamada demonstrar a jornada de trabalho cumprida pelo reclamante no período assinalado encargo do qual não se desvencilhou, visto que não juntou os respectivos controles de frequência. Por corolário, prevalece como verdadeira a jornada de trabalho declinada na petição inicial, que não foi infirmada por prova em sentido contrário, nos moldes da Súmula nº 338, I, do TST.⁴¹

1. A presunção de veracidade quanto aos fatos da causa foi aplicada tanto ao Reclamante, por não ter comparecido à audiência de instrução e julgamento, como à Reclamada, por deixar de dar cumprimento à obrigação legal de juntar os cartões de ponto. 2. Assim, diante da confissão recíproca, prevalece aquela decorrente da obrigação legal imposta à Reclamada (74, § 2º, da CLT), porque, a par de traduzir-se em obrigação *ope legis*, ocorre em momento anterior do procedimento, aperfeiçoando-se em face da indicação de horário declinada na inicial. Correta a aplicação da Súmula nº 338, I, do Tribunal Superior do Trabalho. 3. Recurso de revista de que não se conhece.⁴²

Ainda em reforço da tese de que a anulabilidade dos efeitos da confissão recíproca não é absoluta, mas relativa segundo a concepção que vê condições de possibilidade de a teoria dinâmica de distribuição do ônus da ser aplicada ao processo trabalhista, junte-se o entendimento cristalizado nas súmulas 74 (II e III) e 338 (I, II, III) do TST.

Pois bem. De acordo com Súmula 74. II e III, o TST vem se revelando flexível na distribuição do ônus da prova, já que não deixa passar *in albis* o valor da prova pré-constituída ou substancial, bem assim o poder diretivo do juiz na condução do processo.

Com efeito, na figura II, dispõe que a prova pré-constituída nos autos pode ser levada em conta para confronto com a confissão ficta (art. 400, I, CPC), não implicando cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores; e na III, que a vedação à produção de prova posterior pela parte confessa somente a ela se aplica, não afetando o exercício, pelo magistrado, do poder/dever de conduzir o processo.

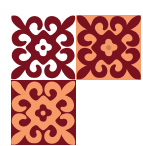
Seguindo a mesma racionalidade do sistema de distribuição dinâmica do ônus da prova, e também se antecipando ao advento das disposições do art. 373 a ele subsumidas, destacam-se as figuras I, II, e III, da Súmula n. 338 do TST:

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário.

⁴¹ TST – Recurso de Revista RR 10284220125050026 (TST). Data de publicação: 13/03/2015.

⁴² TST – Recurso de Revista RR 107218120135030087 (TST). Data de publicação: 31/03/2015.



III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

Vê-se, pois, que, por esse esforço exegético, a reciprocidade encarnada na declaração simultânea de dupla confissão das partes, o NCPC, ao recepcionar a teoria dinâmica de distribuição da carga probatória, veio somente corroborar uma prática costumeira e mais equânime adotada pela jurisprudência pretoriana trabalhista, cujo mérito reside exatamente em, na esteira de sua marcha constitucional *ius pós-positivista*, transitar com desenvoltura nos sistemas estático e dinâmico de distribuição do ônus da prova.

4 Considerações Finais

I. Em sede de distribuição do ônus da prova, o NCPC se subsume às molduras das teorias estática e dinâmica.

II. O NCPC revela institutos processuais e procedimentais probatórios compatíveis com o Direito Processual do Trabalho, sem que sua autonomia científica seja afetada.

III. O caput e parágrafos do art. 373 do NCPC são supletiva e subsidiariamente aplicáveis à processualística trabalhista.

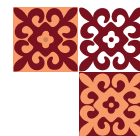
IV. O art. 373 do NCPC vem corroborar o sistema dinâmico processual trabalhista acerca da distribuição do ônus da prova consagrada nas súmulas 74 e 338 do TST.

V. A sanção à confissão recíproca traduz construção jurisprudencial pretoriana que se subsume à moldura das teorias estática e dinâmica da distribuição do ônus da prova.

V. Quando sob o véu da teoria estática da distribuição do ônus da prova, as sanções decorrentes da confissão recíproca se anulam e se absorvem, não gerando presunção relativa de veracidade em favor de nenhuma das partes.

VI. Quando sob o véu da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova, a questão deve ser dirimida à luz das regras de distribuição do ônus da prova prevista no § 1º, do art. 373 do NCPC *c/c* a inteligência das Súmulas 74 (II e III) e 338 (I, II, III) do TST.

VII. Parece oportuno afirmar que o devir existencial do Direito Processual do Trabalho sempre revelou uma atitude temporal e espacial para além dos códigos de processo civil estabelecidos. Mas a causa aí é menos psicológica e intelectual do que antropológica, em razão do fluxo sempre emergente das querelas oriundas do tecido social que se encontra entre o capital e o trabalho.



Referências Bibliográficas

BALLESTEROS, Juan Carlos Pablo. **Aristóteles y la comunidad política**. 1ª ed. Santa Fe: Universidad Católica de Santa Fe, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 15.02.2016.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 15.02.2016.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho: Decreto-lei n. 5.452**, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 15.02.2016.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 15.02.2016.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região**. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 15.02.2016.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: [HTTPS://www.planalto.gov.br/](https://www.planalto.gov.br/) Acesso em 15.02.2016.

ROUSSEAU, J.-J. **Du contract social ou principes du droit politique**. In: _____. Oeuvres complètes. v. 3. Paris: Gallimard, 1964e. (Bibliothèque de la Pléiade).

SANTOS, Moacir Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. IV; arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense. 1988.