

TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO À LUZ DO NOVO CPC

Mauro Schiavi*

1 – DO CONCEITO E DA FINALIDADE DA PROVA

Diante da importância da prova para o processo, Carnelutti chegou a afirmar que as provas são *o coração do processo*, pois é por meio delas que se definirá o destino da relação jurídico-processual.

No nosso sentir, provas são os instrumentos admitidos pelo Direito como idôneos, a demonstrar um fato ou um acontecimento, ou, excepcionalmente, o direito que interessa à parte no processo, destinados à formação da convicção do órgão julgador da demanda.

O direito à prova transcende o aspecto individual para adquirir feição publicista, pois não interessa somente às partes do processo, mas também a toda a sociedade, que os fatos discutidos em juízo sejam esclarecidos. Além disso, na fase probatória do processo, devem ser observados, com muita nitidez, os princípios do contraditório, da ampla defesa e do acesso à justiça.

Portanto, o direito à prova constituiu garantia fundamental processual e também um direito fundamental da cidadania para a efetividade do princípio do acesso à justiça e, acima de tudo, para o acesso a uma ordem jurídica justa.

O Código de Processo Civil não define o conceito de prova, apenas o art. 369 assevera: “As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”¹.

Desse modo, além dos meios legais de prova elencados no Código de Processo Civil, há a admissão de qualquer meio moralmente legítimo de

* Juiz titular da 19ª Vara do Trabalho de São Paulo; doutor e mestre em Direito pela PUC-SP; professor no Curso de Especialização do Mackenzie/SP; professor convidado do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da PUC-SP.

1 Tampouco a CLT, nos arts. 818 e seguintes, traz o conceito de prova.

DOCTRINA

prova, vale dizer, o meio probatório que não atente contra a moral e os bons costumes. Com isso, nota-se a amplitude probatória que consagra o Código de Processo Civil, a fim de facilitar o acesso do cidadão à justiça e a possibilidade de demonstrar a veracidade de suas alegações em juízo. De outro lado, como é princípio fundamental da nova codificação processual civil, o contraditório deve ser observado com ênfase na fase probatória, possibilitando às partes o direito de influir eficazmente na convicção do juiz.

Conforme vem sustentando a moderna doutrina processual civil, o art. 369 do CPC consagra o princípio da *atipicidade das provas*, permitindo que sejam aceitos no processo outros meios processuais, além dos nominados no Código de Processo Civil, desde que não sejam contrários à lei, à moral e aos bons costumes.

O Código de Processo Civil fala em demonstração *da verdade dos fatos* em que se funda o pedido ou a defesa. Entretanto, a verdade dos fatos alegados pelas partes é simples proposição, não significa, necessariamente, que corresponda à realidade. Somente após ampla dilação probatória será possível verificar a verossimilhança das alegações das partes. Muitas vezes, as alegações das partes, na inicial e na defesa, não são verdadeiras, sendo certo que a atividade probatória das partes será no sentido de demonstrar em juízo que pareçam verossímeis.

Enquanto os meios de prova são os instrumentos legais ou admissíveis em Direito para se demonstrar a veracidade das alegações em juízo, as fontes da prova são os fatos naturais ou humanos que tenham relevância na esfera jurídica, bem como as coisas corpóreas ou incorpóreas existentes na natureza ou criadas pelo homem, das quais se originam os meios de prova.

O direito à prova decorre do princípio do devido processo legal consubstanciado no art. 5º, LIV, da CF. Entretanto, a atividade probatória das partes no processo deve observar não só os ditames da lei processual, mas também o da moral, segundo preconiza o art. 369 do CPC.

O objeto da prova são os fatos, pois o Direito deve ser conhecido pelo juiz (*juria novit curia*), exceto as exceções do art. 367 do CPC.

O fato a ser provado deve ser relevante e pertinente ao esclarecimento do processo, ou seja, que possa influir na convicção do juiz. Além disso, há necessidade de que haja controvérsia sobre sua existência, vale dizer, que o fato seja

afirmado por uma parte e contestado pela outra. A finalidade da prova é formar a convicção do juiz sobre os fatos relevantes e pertinentes da causa².

Como bem adverte Manoel Antonio Teixeira Filho³, a prova não tem apenas a finalidade de convencer, mas, sobretudo, de restringir e nortear a formação do seu convencimento, pois sabemos que, por força de disposição legal, o julgador não pode decidir contra a prova existente nos autos, sob pena de nulidade da sentença. O princípio da persuasão racional, adotado pelo CPC vigente, desautoriza o juiz a julgar segundo a sua íntima convicção, impondo-lhe que o faça de maneira fundamentada; a fundamentação, no caso, é feita com vistas à prova produzida e traduz uma exigência constitucional (art. 93, IX).

A obtenção da verdade tem sido colocada como o motivo e a finalidade última da prova no processo. Nesse sentido, é expressivo o já referido art. 369, do CPC.

No dizer de Mittermaier, a verdade é a concordância entre um ato ocorrido na realidade sensível e a ideia que fazemos dele.

Na clássica visão de Carrara, *a certeza está em nós; a verdade está nos fatos*.

Pensamos que a definição de verdade para fins processuais significa *acontecimento que ocorreu na realidade, o qual não fora objeto de alteração por vontade humana ou alterado em razão de erro na sua percepção*.

A doutrina clássica costuma realizar uma divisão da verdade em *real* (também chamada de substancial) e em *formal* (também chamada de processual ou verossimilhança). Verdade real é aquilo que aconteceu na realidade, independentemente da vontade humana. Verdade formal é a verossimilhança, ou seja, a verdade que se extrai dos autos do processo.

Durante muito tempo, a doutrina defendeu que no processo penal se persiga a verdade real (ou substancial), pois os interesses envolvidos são indisponíveis. Já no processo civil, que lida, em regra, com interesses disponíveis (patrimoniais), é suficiente ao julgamento a verdade formal. Desse modo, na

2 Como bem destaca Márcio Túlio Viana: “Se o juiz tem de conhecer os fatos, é a ele que a prova se destina. Afinal, como nota Russomano, a prova ‘é o pilar da sentença’. Mas ela também diz respeito aos outros personagens do processo, como as partes e o Ministério Público. Em última análise, afeta a sociedade por inteiro, pois é do interesse de todos a solução dos conflitos” (Aspectos gerais da prova no processo do trabalho. In: BARROS, Alice Monteiro de [Coord.]. *Compêndio de direito processual do trabalho: estudos em homenagem a Celso Agrícola Barbi*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 340).

3 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 65.

DOCTRINA

esfera cível, o juiz poderá julgar, com base em regra de ônus da prova, presunções, sem a necessidade de investigação mais profunda da verdade.

Tanto o processo civil como o processo trabalhista lidam com direitos fundamentais do cidadão, como o patrimônio e, muitas vezes, os próprios direitos da personalidade, o que justifica também a busca da verdade real.

A obtenção da verdade real, inegavelmente, atende aos princípios de justiça e efetividade do processo, sendo, portanto, um dos escopos da jurisdição, que é pacificar o conflito com justiça. Desse modo, a moderna doutrina defende a tese da superação da diferenciação entre verdades real e formal, dizendo que a verdade é uma só, a real, mas esta é praticamente impossível de ser atingida. Não obstante, todos que atuam no processo, principalmente o julgador, devem envidar esforços para se chegar ao acerto mais próximo da realidade (verdade substancial).

De outro lado, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição e da necessidade de se proferir uma decisão no processo, pois o atual sistema constitucional não admite o chamado *non liquet*, não é possível que o processo fique aguardando a obtenção da verdade real. Caso tal fosse autorizado, comprometeria a duração razoável do processo e inviabilizaria a tomada de decisão. Além disso, diante das divergências dos fatos invocados no processo pelas partes, das vicissitudes que enfrenta o processo e da falibilidade humana na interpretação dos fatos, é tarefa das mais difíceis para o julgador apurar a verdade real. Ainda, o próprio julgador realiza valoração subjetiva dos fatos e da realidade.

2 – DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA E A PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

As máximas de experiência são conhecimentos adquiridos pelo juiz, pela sua cultura e pelo seu exercício funcional que o fazem presumir a existência de determinadas situações ou coisas. O Código de Processo Civil não disciplinou as presunções, mas tratou das máximas de experiência, o que denota a importância de tal instituto no campo probatório. Com efeito, diz o art. 375 do CPC:

“O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.”

O presente dispositivo constitui inovação em face do anterior, uma vez que o art. 335 do CPC/73 somente permitia a aplicação de regras de experiência na ausência de normas jurídicas particulares. Doravante, a utilização das regras

de experiência não está submetida à ausência de normas, incidindo, diretamente, na valoração dos fatos do processo.

No mesmo sentido, o art. 852-D da CLT:

“O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.”

Conforme os referidos dispositivos, no nosso sentir, as máximas de experiência constituem o conhecimento adquirido pelo juiz durante sua vida e também pelo que normalmente acontece, considerando-se o padrão médio da sociedade. Esse conhecimento também pode advir de determinado comportamento ou fato que se repetem nos processos. Tais dispositivos são de grande utilização no processo do trabalho, cujas matérias discutidas em juízo são eminentemente fáticas.

Segundo a melhor doutrina, as regras de experiência se destinam tanto à interpretação do direito, suprimento de lacunas da legislação (art. 140 do CPC), como à interpretação do material probatório no processo. Atuam, principalmente, na interpretação de conceitos genéricos, como “amizade íntima”, “inimigo capital”, “duração razoável do procedimento probatório”, etc., bem como na valoração da prova do processo, em compasso com os ditames de justiça e razoabilidade.

No nosso sentir, o Juiz do Trabalho poderá utilizar-se das regras de experiência como as poderosas aliadas para valorar e interpretar a prova dos autos, principalmente se esta se encontrar dividida, se mostrar inverossímil ou fora da razoabilidade. O referido art. 852-D da CLT realça a possibilidade de o juiz dar valor especial às *regras de experiência comum ou técnica*.

Por fim, adverte-se que o juiz, mesmo possuindo conhecimentos técnicos, se a matéria exige a prova pericial, não poderá dispensá-la.

No aspecto, relevante destacar a ementa que segue:

“PROVA. Regras de experiência do que ordinariamente acontece. *Convicção livre do juiz*. RECURSO ORDINÁRIO. VALORAÇÃO DO CONTEÚDO DO DEPOIMENTO DA ÚNICA TESTEMUNHA OUVIDA. A MM. Juíza afastou a veracidade do depoimento da única testemunha trazida pelo autor, sob o fundamento de que faltara com a verdade, uma vez que no mesmo dia a mesma MM. Juíza realizara

DOCTRINA

audiência em diversa ação trabalhista patrocinada pelo mesmo patrono que representa o reclamante nestes autos, em face também da reclamada, na qual aquela testemunha afirmara sobre o mesmo fato informação diametralmente oposta. Em oportunidade anterior, instruindo outra reclamação trabalhista, patrocinada pelo mesmo causídico, em face da mesma reclamada, a então testemunha já proferira declaração contrária à dada nestes autos e alinhando-se à dada pela alienígena. Cediço é que no campo de atuação do Processo do Trabalho vige o princípio da verdade real em contraponto ao princípio da verdade formal. O juiz na atividade judicante vai adquirindo experiência, conhecimento, e com isso aprimorando o próprio exercício do seu *munus* público. Não se trata de prejuízo ou quebra do dever de imparcialidade, mas tão somente de utilização da prerrogativa conferida pelo art. 375 do CPC: ‘o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece’. Não vislumbro nenhuma mácula ao procedimento adotado pela MM. Juíza prolatora da r. sentença. Essa adotou sua experiência de trabalho, e com ela concluiu pela inveracidade dos termos do depoimento da testemunha destes autos. Considerando que a única prova que o recorrente intencionou produzir foi a testemunhal e que a validade desta foi afastada, a manutenção do julgado é medida que se impõe.” (TRTSP, 01041009420085020373 [01041200837302002] RO Ac., 12ª T., 20110314195, Rel. Francisco Ferreira Jorge Neto, DOE 25.03.2011)

As regras de experiência também constituem um poderoso aliado na fixação do convencimento para o deferimento das tutelas de urgência (cautelar e antecipatória) no Processo do Trabalho, a fim de se demonstrar a probabilidade do direito invocado.

O art. 300 do CPC exige, para a concessão da tutela de urgência, a presença de elementos que evidenciem que o direito seja provável, vale dizer, que exista probabilidade de ser acolhido em juízo. Em princípio, sempre há probabilidade de a pretensão do autor ser acolhida, entretanto, há situações em que a probabilidade é remota, a exemplo do pedido juridicamente impossível, ou aquele que contraria entendimento jurisprudencial já sumulado. A avaliação da probabilidade do direito será realizada pelo juiz em cognição sumária, segundo o conjunto probatório dos autos e também segundo as máximas de experiência do que ordinariamente acontece. O magistrado poderá determinar a produção de provas para firmar sua convicção sobre a probabilidade do direito.

Para bem valorar a probabilidade do direito, deve também o Juiz do Trabalho considerar: “i) o valor do bem jurídico ameaçado ou violado; ii) a dificuldade de o autor provar a sua alegação; iii) a credibilidade da alegação, de acordo com as regras de experiência; e iv) a própria urgência alegada pelo autor”⁴.

3 – A PROVA EMPRESTADA

Segundo Moacyr Amaral Santos⁵, prova emprestada é a “prova de um fato, produzida num processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, que pode ser trasladada para outro por meio de certidão extraída daquele”.

Em outras palavras, a prova emprestada consiste no aproveitamento do material probatório produzido em outro processo para o processo em questão (atual), desde que presentes determinados requisitos.

Muitos se mostram contrários à utilização da prova emprestada, em razão de esta violar alguns princípios probatórios, quais sejam:

- a) imediatidade do juiz na colheita da prova;
- b) princípio da identidade física do juiz; e
- c) contraditório imediato na produção da prova.

Os argumentos mencionados não são, salvo melhor juízo, obstáculos para se evitar a utilização da prova emprestada, uma vez que o Tribunal, ao apreciar a prova produzida em primeiro grau, não a colhe diretamente, inobservando os princípios da imediatidade e da identidade física do juiz. Além disso, a prova documental também é produzida antecipadamente, não havendo o contraditório na sua colheita, mas somente após sua juntada aos autos.

Pensamos não ser possível impedir a utilização da prova emprestada, que foi legitimamente produzida em processo anterior, sob o argumento de ela desconsiderar, em tese, alguns princípios processuais na colheita da prova, pois não se pode obstar, a quem tem um direito, prová-lo em juízo por todos os meios legais, além de moralmente legítimos, como decorrência lógica dos princípios constitucionais do acesso real e efetivo à justiça, bem como do devido processo legal. Em razão disso, indeferir a produção da prova emprestada,

4 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v. 2. p. 203.

5 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. II. p. 365.

por ser incompatível com alguns princípios processuais da prova, configura manifesto cerceamento de defesa.

Por outro lado, sempre que possível, a produção ou a renovação da prova no processo atual deve ser deferida. Entretanto, nos casos em que não há possibilidade de se produzir a prova ou esta se tornar excessivamente dificultada, a prova emprestada é um recurso que não pode ser sonogado à parte.

A Consolidação das Leis do Trabalho nada dispõe sobre a prova emprestada, entretanto, tal meio de prova é perfeitamente compatível com o Direito Processual do Trabalho em razão da omissão da Consolidação e da compatibilidade com a sistemática processual trabalhista (art. 769 da CLT), uma vez que a prova emprestada propicia, no Processo do Trabalho, o acesso real do trabalhador à justiça, a efetividade processual e a busca da verdade real⁶.

No Processo do Trabalho, é comum a utilização da prova pericial emprestada quando o local de trabalho estiver desativado⁷ ou se alterarem as condições ambientais, e também dos depoimentos, tanto pessoais como de testemunhas produzidos em processo anterior⁸, quando a prova oral não pode ser renovada no processo atual.

As partes, conjuntamente, podem pactuar a utilização da prova emprestada, como acontece, muitas vezes, quando há muitas ações com o mesmo objeto em face de uma mesma empresa.

6 No Direito Material do Trabalho, este princípio é definido como *principio da primazia da realidade*. Carnelutti dizia que prestigiar a realidade é prestar um tributo à verdade.

7 Nesse sentido, destaca-se a seguinte ementa: “PROVA EMPRESTADA. INSALUBRIDADE. PERÍCIA. DESATIVÇÃO DO LOCAL DE TRABALHO. PROVA EMPRESTADA. Embora a regra do art. 195, § 2, da CLT determine a realização de perícia para a aferição de insalubridade no local de trabalho, é certo que, na hipótese em que se encontre este desativado e não ofereça as mínimas condições de reprodução das condições ambientais imperantes quando em atividade, pode referido meio de prova ser satisfatoriamente suprido pela juntada de laudos emprestados de outros processos, desde que estabelecida perfeita correspondência entre a situação periciada e o caso *sub judice*, flagrando-se comprovadamente as mesmas condições ambientais a que estava o autor submetido” (TRT da 2ª R., RO 19990441149, Ac. 20000541086, 8ª T., Relª Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva, DOESP 16.01.01).

8 “Prova testemunhal. Juntada pertinente. Depoimento testemunhal indeferido. Livre-condução do processo pelo juiz. Cerceamento de defesa. Nulidade não configurada. A pertinência da prova emprestada, em face da harmonia entre o seu teor e os limites da *litiscontestatio*, autoriza o juiz a anexá-la aos autos, podendo inclusive determinar o encerramento da instrução processual, sem oitiva das testemunhas presentes, se convencido sobre a realidade fática controvertida (art. 765 da CLT c/c o art. 130 do CPC). Sua decisão não macula a ampla defesa, notadamente se o documento juntado contiver depoimento de testemunha levada pela própria parte que invoca a nulidade. Trabalho externo. Existência de mecanismos de controle da jornada de trabalho. Horas extras devidas. O vendedor externo que exerce suas atividades submetidas, direta ou indiretamente, a controle de horário faz jus a horas extras.” (TRT da 15ª R., RO 532/2004.079.15.00-5, 6ª T., Relª Maria Cecília F. Álvares Leite, DJSP 02.12.05, p. 98) (RDT 01, jan. 2006)

DOCTRINA

A prova emprestada pode ser requerida por qualquer das partes, por estas em conjunto e até mesmo de ofício pode ser determinada pelo juiz, à luz dos arts. 370 do CPC e 765 da CLT.

Destaca-se, em razão do princípio da unidade da jurisdição, que a prova emprestada pode ser produzida no Processo do Trabalho, mesmo que tenha sido colhida nas esferas criminal ou cível ou mesmo na Justiça Federal.

Nesse sentido, destacamos a seguinte ementa:

“Prova emprestada. Possibilidade de que sejam consideradas as provas produzidas no processo criminal, relativo ao mesmo fato, pois perfeitamente resguardado o contraditório.” (RSTJ 104/304)

Como toda prova produzida no processo, a prova emprestada deve preencher alguns requisitos para que possa ser utilizada no processo.

A doutrina e a jurisprudência têm fixado alguns requisitos para que a prova emprestada conserve sua eficácia inicial. São eles:

- a) que tenha sido colhida em processo judicial entre as mesmas partes ou uma das partes e terceiro; e
- b) que tenham sido, na produção da prova, no processo anterior, observadas as formalidades estabelecidas em lei, mormente o princípio do contraditório⁹;
- c) que o fato probando seja idêntico.

No nosso sentir, para que a prova emprestada possa ser admitida no processo, há a necessidade apenas de que no processo anterior a prova tenha sido colhida com as formalidades legais, observado o contraditório, e que o fato probando seja idêntico, ou se relacione, diretamente, com os fatos discutidos no processo em questão (atual). Não há necessidade de que, no processo anterior, figurem as mesmas partes ou uma parte e terceiro. O fato de a prova anterior ter sido colhida entre as mesmas partes ou entre uma parte e terceiro é um elemento de valoração da prova (art. 371 do CPC), e não de admissibilidade da prova emprestada.

A prova emprestada passa por três fases no Processo do Trabalho: a) admissão; b) possibilidade de impugnação pelas partes; e c) valoração pelo juiz, segundo o princípio do livre-convencimento motivado.

9 “Não vale a prova emprestada quando colhida sem caráter contraditório (v. CF, art. 5, LV, neste sentido) e sem a participação daquele contra quem deve operar, como é o caso de prova colhida em inquérito policial.” (RJTJESP 99/201)

DOCTRINA

Na fase de admissão, o juiz aprecia se é possível a produção da prova emprestada nos autos, devendo sempre fundamentar o deferimento ou o indeferimento. Num segundo momento, se a prova emprestada foi determinada pelo juiz ou produzida por uma das partes, a parte contrária, ou até as duas partes (se o juiz tomou a iniciativa), poderá impugná-la. No terceiro momento, na sentença, o juiz irá valorar a prova emprestada, em cotejo com as demais provas, se houve, podendo firmar livremente sua convicção¹⁰.

Nesse sentido, o art. 372 do CPC, pela primeira vez no campo legislativo, estabeleceu parâmetros para utilização da prova emprestada. Com efeito, dispõe o referido dispositivo legal:

“O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.”

Conforme o referido dispositivo legal, de nossa parte manifestamente correto, o valor da prova emprestada deve ser avaliado pelo juiz no caso concreto, independentemente de quem a produziu ou das partes que figuraram no processo anterior, para apenas exigir que, no referido processo, tenham sido observados as formalidades legais para a produção da prova e o efetivo contraditório. Além disso, no processo atual, a prova emprestada, indiscutivelmente, será submetida a novo contraditório.

Alguns autores asseveram que a prova emprestada, uma vez trasladada do processo anterior para o atual, adquire a natureza de prova documental¹¹, ou seja, prova emprestada deve ser avaliada como se documento fosse.

Para outros, a prova emprestada, uma vez trasladada, conserva a mesma natureza jurídica com que foi produzida no processo anterior, ou seja, se a prova é testemunhal, será trasladada como prova testemunhal, se documental, como prova documental, e assim por diante.

10 Nesse sentido, destaca-se a seguinte ementa: “Ao juiz incumbe a direção do processo (art. 125 c/c o art. 130 do CPC). Portanto, ante uma prova emprestada, que sofreu impugnação de uma das partes, pode determinar que seja repetida na ação a fim de ficar com elementos para dirimir a impugnação, aceitá-la ou repudiá-la, com base em técnico de sua confiança. Além de tudo, pelo que se apurou, está feita e não há como desfazê-la. Problema de valorá-la é tema de decisão e não formal do agravo. Não há como impor-se ao juiz uma prova emprestada, pois nem mesmo está ele adstrito àquela produzida nos próprios autos, podendo renová-la” (RT 506/212).

11 Nesse diapasão é a opinião de Renato Saraiva: “A prova emprestada será inserida no processo como mera prova documental, devendo ser utilizada apenas excepcionalmente, uma vez que, em regra, as provas devem ser produzidas no mesmo juízo onde corre a demanda” (*Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 375). No mesmo contexto é a visão de Emília Simeão Albino Sako (*A prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 102).

DOCTRINA

No nosso sentir, a segunda vertente está correta, pois a lei não impõe que a prova emprestada seja trasladada como documento, este é apenas o instrumento de transporte da prova. Além disso, conservando a prova emprestada a mesma natureza jurídica com que foi produzida no processo anterior, o contraditório fica mais visível e dilatado. Assim, por exemplo, se a prova emprestada for pericial, no processo atual, haverá a possibilidade de se ouvir o perito que elaborou o laudo original em audiência e até mesmo de a parte juntar laudo do assistente técnico. Se a prova emprestada for testemunhal, a parte poderá arguir todas as hipóteses de incapacidade, impedimento ou suspeição da testemunha, etc.

4 – A QUESTÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Não há uniformidade na doutrina sobre o conceito de ônus da prova. Não obstante, não se trata de obrigação, tampouco de um encargo processual, já que não há uma sanção imediata para seu descumprimento. Até mesmo seu descumprimento pode não acarretar consequências, caso o juiz entenda que o ônus da prova pertence à parte contrária.

O ônus da prova, no nosso sentir, é um dever processual que incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu quanto aos fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor, que, uma vez não realizado, gera uma situação desfavorável à parte que detinha o ônus e uma situação favorável à parte contrária, na obtenção da pretensão posta em juízo.

A doutrina costuma classificar o ônus da prova em subjetivo e em objetivo. O primeiro (subjetivo) pertine às partes, que têm o ônus de comprovar os fatos que alegam, segundo as regras de distribuição do ônus da prova. O segundo (objetivo) é dirigido ao juiz, pois se reporta ao raciocínio lógico do julgador no ato de decidir, analisando e valorando as provas.

No nosso sentir, o ônus da prova no processo somente é dirigido às partes, uma vez que o julgador tem o dever constitucional de julgar e de fundamentar em compasso com os elementos dos autos. Portanto, o ônus da prova somente se dirige às partes, e não à figura do julgador.

A Consolidação das Leis do Trabalho disciplina a regra de distribuição do ônus no art. 818, que tem a seguinte redação: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Diz o art. 373 do CPC:

“O ônus da prova incumbe:

DOCTRINA

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º 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.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.”

Os arts. 818 da CLT e 373, incisos I e II, do CPC consagram o chamado ônus estático da prova, ou seja o ônus tarifado da prova, independentemente da natureza do processo e dos fatos da causa.

Não há uniformidade de interpretação do ônus da prova no Processo do Trabalho. A CLT, como já dito, apenas menciona que o ônus da prova incumbe à parte que a fizer.

Vários intérpretes se esforçaram para excluir o real alcance do art. 818 da CLT, mas não se chegou a um consenso sobre de quem seria a carga probatória no processo à luz da CLT. Inegavelmente, existem alguns critérios:

a) o ônus da prova no Processo do Trabalho é do reclamado, pois ele tem melhores condições de produzir a prova no processo;

b) o ônus da prova é do reclamante, pois o autor tem a obrigatoriedade de demonstrar em juízo os fatos da inicial;

c) tanto o reclamante como o empregado devem provar os fatos alegados tanto na inicial como na defesa; e

d) o reclamante deve provar os fatos constitutivos do seu direito, e o reclamado, os fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito do autor.

O referido art. 818 da CLT, no nosso entendimento, não é completo e, por si só, é de difícil interpretação e também aplicabilidade prática, pois, como cada parte tem que comprovar o que alegou, ambas as partes têm o encargo probatório de todos os fatos que declinaram tanto na inicial como na contestação.

Além disso, o art. 818 consolidado não resolve situações de inexistência de prova no processo ou de conflito entre as provas produzidas pelas partes. O juiz da atualidade, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), não pode furtar-se a julgar alegando falta de prova nos autos ou impossibilidade de saber qual foi a melhor prova. Por isso, a aplicação da regra de ônus da prova como fundamento de decisão é uma necessidade do processo contemporâneo. Como bem adverte Rosenberg¹², “(...) o juiz não pode chegar a um *non liquet* com relação à questão de direito, pois é obrigado a julgar e, portanto, a declarar as consequências jurídicas para o caso concreto. Assim, na atualidade pode haver um *non liquet* quanto aos fatos, isto é, o juiz pode não ter sido devidamente instruído pela atividade probatória das partes e não ter conseguido esclarecer a questão fática, mas, mesmo assim, não pode deixar de emitir um pronunciamento judicial, uma decisão sobre o caso concreto”.

Embora alguns autores defendam que o art. 818 da CLT basta por si mesmo no Processo do Trabalho¹³, pensamos que a razão está com os que pensam ser aplicável ao Processo do Trabalho a regra do art. 373 do CPC conjugada com o art. 818 da CLT. Desse modo, no Processo do Trabalho, o reclamante tem o ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito, e o reclamado, os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

Desse modo, no Processo do Trabalho: a) o reclamante tem o ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito; e b) o reclamado, os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

O Tribunal Superior do Trabalho pacificou o entendimento sobre a aplicabilidade do entendimento vazado no art. 373 do CPC quanto ao ônus da prova no Processo do Trabalho por meio da Súmula nº 6, VIII, do c. TST, *in verbis*:

12 *La carga de la prueba*. Trad. Erne Krotoschin. Buenos Aires: EJEJA, 1956. p. 2.

13 Nesse sentido defende Manoel Antonio Teixeira Filho (*A prova no processo do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 121). No mesmo diapasão: “Ônus da prova. É da parte que alega o ônus de comprovar os fatos que sustentam suas alegações” (TRT da 12ª R., ROV 1254/2005.046.12.00-0, 1ª T., Ac. 4088/06, Rel. Marcus Pina Mugnaini, DJ 4.4.06, p. 285) (RDT 05, maio 2006).

DOCTRINA

“É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial. (ex-Súmula nº 68 – RA 9/1977, DJ 11.02.1977)”

Quanto ao fato negativo, prevaleceu na doutrina clássica que ele não deve ser objeto da prova.

Atualmente, a moderna doutrina sustenta que o fato negativo pode ser objeto de prova, pois não há na lei processual nada que inviabilize a prova do fato negativo. Além disso, como dizia Chiovenda, quem faz uma negação, em verdade, realiza uma afirmação. De outro lado, ainda que o ônus da prova pertença ao autor quando o réu nega o fato constitutivo do direito, o réu poderá realizar contraprova no sentido de que o fato não existiu.

A jurisprudência trabalhista tem fixado entendimento no sentido de que, se o empregador nega ter dispensado o empregado, cabe a ele, diante do princípio da continuidade da relação de emprego (Súmula nº 212 do c. TST), provar que o autor tomou a iniciativa de pôr fim ao contrato de trabalho (pedido de demissão ou abandono de emprego).

De outro lado, no caso de inversão do ônus da prova, o fato negativo terá de ser demonstrado pela parte contra a qual o ônus da prova fora invertido. Por exemplo, havendo inversão do ônus da prova quanto à culpa pelo acidente de trabalho. Nesse caso, a reclamada deverá demonstrar que não agiu com culpa, tomando as diligências necessárias para evitar o acidente.

5 – A MODERNA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Diante da necessidade de se dar efetividade ao acesso à ordem jurídica justa e não inviabilizar a tutela do direito à parte que tem razão, mas não apresenta condições favoráveis de produzir a prova do fato constitutivo do seu direito, é possível ao Juiz do Trabalho atribuir o encargo probatório à parte que tem melhores condições de produzir a prova. É o que a doutrina tem denominado de *carga dinâmica na produção do ônus da prova*.

Como nos traz Luiz Eduardo Boaventura Pacífico¹⁴, “o grande mérito do pioneiro estudo sobre o ônus dinâmico das provas, dos juristas argentinos Jorge W. Peryrano e Julio O. Chiappini, no ano de 1976, foi o de revelar essa orientação jurisprudencial e sintetizar o princípio que acaba sendo rotineiramente utilizado em tais procedentes: o ônus da prova deve recair sobre a parte

14 PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 222-223.

que se encontre em melhores condições profissionais, técnicas ou fáticas para produzir a prova do fato controvertido”.

No Processo do Trabalho, diante da necessidade de se dar efetividade ao acesso à ordem jurídica justa e não inviabilizar a tutela do direito à parte que tem razão, mas não apresenta condições favoráveis de produzir a prova do fato constitutivo do seu direito, é possível ao Juiz do Trabalho atribuir o encargo probatório à parte que tem melhores condições de produzir a prova, aplicando a teoria do ônus dinâmico da prova. O Juiz do Trabalho, como reitor do processo (art. 765 da CLT), deve ter a sensibilidade, à luz das circunstâncias do caso concreto, de atribuir o encargo probatório ao litigante que possa desempenhá-lo com maior facilidade.

Parte da doutrina e da jurisprudência é refratária à admissão da presente teoria ao processo civil brasileiro, argumentando que ela majora de forma excessiva os poderes do juiz na condução do processo, surpreende as partes, causando insegurança jurídica e dificultando o contraditório. Além disso, transportado para o Processo do Trabalho, corre-se o risco de se entender que o ônus da prova sempre ficará a cargo do empregador, pois ele estará, na maioria das vezes, em situação de vantagem ou de maior possibilidade para a produção da prova.

Não obstante as ponderações anteriores, pensamos em sentido diverso, uma vez que, conforme já mencionado, a tendência do processo civil contemporâneo sinaliza a majoração dos poderes do juiz na instrução processo. De outro lado, diante dos princípios da cooperação e da boa-fé objetiva das partes, estas devem produzir as provas necessárias à descoberta da verdade. Além disso, os referidos princípios constitucionais da isonomia real, – livre da convicção do magistrado e do acesso real à justiça impõem ao magistrado posturas destinadas a assegurar o equilíbrio do processo, bem como a produção da prova.

De outro lado, a moderna doutrina vem sustentando que o ônus da prova, além de ser regra de julgamento, é também uma regra de instrução processual, devendo o juiz, antes de realizar os atos instrutórios, analisar as teses da inicial e da defesa, bem como os fatos e as circunstâncias do processo, e fixar o ônus da prova à parte que esteja em melhores condições de produzi-la.

Trata-se, inegavelmente, de uma tendência mundial do processo de majoração dos poderes do juiz na direção do processo, a fim de que os litigantes sejam tratados com isonomia real e a justiça seja implementada com maior efetividade. Não se trata de arbítrio do juiz, pois terá que justificar, com argumentos jurídicos, sob o crivo do contraditório, diante das circunstâncias do caso concreto, a aplicação da carga dinâmica da produção da prova.

DOCTRINA

A presente teoria não se confunde com a inversão do ônus da prova, embora com ela tenha contatos, pois a inversão pressupõe a presença dos critérios previstos na lei e que exista uma regra prefixada para o ônus da prova. De outro lado, carga dinâmica se assenta no princípio da aptidão para a prova, não necessitando da presença de verossimilhança da alegação do autor.

O atual Código de Processo Civil consagra a regra do ônus dinâmico da prova no art. 373, §§ 1º e 2º, *in verbis*:

“§ 1º 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.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”

Diante do referido dispositivo legal, o ônus dinâmico da prova (ou teoria da carga dinâmica) pode ser aplicado quando houver:

- a) excessiva dificuldade probatória da parte que detém o ônus da prova, diante das peculiaridades do caso concreto; e
- b) maior facilidade de produção da prova pela parte que não detém o ônus da prova.

De outro lado, deve o magistrado fundamentar a decisão ao atribuir o ônus da prova de forma diversa da regra geral e possibilitar à parte contra quem o ônus fora fixado de se desincumbir do encargo.

No Processo do Trabalho, o juiz, ao sanear o processo na própria audiência ou em outro momento processual, deve fundamentar a aplicação do ônus dinâmico da prova antes do início da instrução processual. Desse modo, o ônus probatório não pode ser alterado por ocasião do julgamento, por violar o direito da parte à produção da prova, bem como violar o contraditório sob a perspectiva da decisão surpresa.

Na esfera trabalhista, o ônus dinâmico pode ser utilizado em hipóteses em que o reclamante pretende reparações por danos morais, assédio moral, assédio sexual ou discriminação, uma vez que a dificuldade probatória do trabalhador é muito acentuada e o reclamado, via de regra, tem maiores possibilidades de produção da prova. No entanto, mesmo nessas situações, deve o magistrado

DOCTRINA

sopesar a boa-fé do trabalhador e a seriedade da alegação e todas as circunstâncias que envolvem o caso concreto.

O Tribunal Superior do Trabalho, por meio da IN nº 39, corretamente entendeu aplicáveis os §§ 1º e 2º do art. 373 do CPC ao processo trabalhista. Com efeito, dispõe o art. 3º, VIII, da referida instrução:

“Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas:

(...)

VII – art. 373, §§ 1º e 2º (distribuição dinâmica do ônus da prova).”

Recentemente, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho adotou, de certa forma, a presente teoria em sua Súmula nº 443, a seguir transcrita:

“DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.”

Diante do referido entendimento sumular, ao empregador cumpre o ônus da prova de demonstrar que não discriminou o trabalhador portador de doença grave, uma vez que tal prova é extremamente difícil ao trabalhador, e o empregador detém maior aptidão para produzi-la, visto que tem a obrigação legal de zelar para que a discriminação não aconteça.

6 – A REVELIA E A PRODUÇÃO DE PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Um dos temas mais polêmicos da revelia é a produção de provas. Doutrina e jurisprudência não são pacíficas quanto à possibilidade de produção de provas diante da revelia.

O autor, em muitos casos, pretende produzir provas, pois há o receio de a revelia ser reconsiderada, de não poder trazer suas testemunhas em outra oportunidade e da possibilidade de o Tribunal ter entendimento divergente.

O réu que ingressar na relação jurídico-processual após o decreto de revelia pretende, a todo custo, minorar as consequências da revelia, mas encontra limites de não poder renovar fases processuais já atingidas pela preclusão e

inúmeras vezes se vê impossibilitado de produzir qualquer prova, uma vez que não controverteu os fatos, conforme os arts. 341 e 374, III, do CPC.

Os entendimentos, tanto da doutrina como da jurisprudência, são variados. Alguns sustentam a impossibilidade absoluta da produção de provas diante da revelia, sob consequência de o instituto perder a razão de ser. Já outros sustentam ser possível a produção de provas somente em algumas hipóteses, *v.g.*, quando os efeitos da revelia não se verificam (art. 345 do CPC), em se tratando de matérias de ordem pública ou que possam ser alegadas em qualquer grau de jurisdição ou matérias de ordem técnica. Já outros entendem que é possível conjugar a revelia com a produção probatória. Embora a amplitude da dilação probatória fique mitigada, é possível tanto ao autor como ao réu produzi-las e ao juiz determinar a produção de provas em algumas hipóteses. O autor pode produzir provas quando não se verificarem os efeitos da revelia, quando a discussão é eminentemente técnica e quando, a cargo do juiz, fora determinado. Já o réu pode produzir provas para contrariar os fatos articulados pelo autor, desde que ingresse a tempo na relação jurídico-processual.

No nosso sentir, a maior participação do réu na fase probatória tem suporte no próprio conceito de revelia, que para nós configura preclusão quanto ao direito de responder, e, no Processo do Trabalho, esse direito decorre do fato de o reclamado não ter comparecido à audiência em que poderia responder (art. 844 da CLT). Não obstante o revel não ter controvertido os fatos, a revelia gera uma presunção relativa de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, mas não derruba o contraditório processual, que é o direito de reagir a cada ação do *ex adverso*, que fora fortalecido pelos arts. 9º e 10 do CPC. Ora, revelia não é pena, não é um ônus, é uma situação processual. O revel não pode ser visto como um fora da lei porque não veio a juízo se defender. Ainda que não tenha controvertido os fatos, o revel, caso compareça em momento oportuno, poderá derrubar essa presunção de veracidade dos fatos invocados pelo autor. Não poderá fazer prova de fatos que não alegou, ou seja, não poderá fazer prova de fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor. Caso o revel consiga, com a produção de provas, derrubar a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, este último terá de fazer prova do fato constitutivo do seu direito. Não se está com o presente entendimento desconsiderando o instituto da revelia, mas possibilitando ao réu o direito de, efetivamente, exercer o contraditório e buscar minorar os efeitos da revelia. Em razão do princípio da proporcionalidade a que já nos referimos, no nosso sentir, o revel que comparece e ingressa na relação jurídico-processual possui maiores faculdades processuais do que o revel que jamais comparece. Sob outro enfoque, pode, inclusive, ser benéfico ao autor o comparecimento do revel, pois há a possibilidade da conciliação,

DOCTRINA

também a possibilidade de o autor produzir a prova dos fatos constitutivos do seu direito e sepultar a possibilidade de anulação da revelia em sede recursal, bem como a certeza de que irá encontrá-lo para futura execução.

O Código de Processo Civil atual, ao contrário da doutrina e da jurisprudência dominantes à época do CPC/73, consagra o presente entendimento. Com efeito, dispõe o art. 349 do CPC, *in verbis*:

“Ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção.”

No mesmo sentido a Súmula nº 231 do STF, editada sob a égide do CPC/1939, *in verbis*:

“O revel, em processo civil, pode produzir provas, desde que compareça em momento oportuno.”

Diante do art. 349 do CPC, de aplicação subsidiária do Processo do Trabalho (arts. 769 da CLT e 15 do CPC), caso o revel compareça em momento oportuno e com relação às fases processuais em que ainda não se operou a preclusão, poderá: a) produzir provas a fim de derrubar a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor; b) requerer o depoimento pessoal do autor; c) juntar documentos para contrariar os fatos articulados na inicial; d) indicar assistentes técnicos e formular quesitos; e) contraditar testemunhas; f) produzir provas sobre matérias que possam ser invocadas em qualquer grau de jurisdição como as previstas no art. 337 do CPC e a prescrição; g) aduzir razões finais; e h) recorrer e contra-arrazoar recurso.

De outro lado, o juiz apreciará livremente os efeitos da revelia, vale dizer, se a matéria fática está incontroversa ou não, nos termos do princípio do convencimento motivado (art. 371 do CPC e também à luz do art. 765 da CLT). Caso entenda o juiz que a pretensão do autor não é verossímil ou se mostra fora da razoabilidade, poderá determinar a produção de provas, inclusive por parte do autor.

Como bem adverte Júlio César Bebber¹⁵, “a revelia não violenta a livre-consciência do juiz para ditar-lhe o seu convencimento, não inibindo, igualmente, o amplo poder instrutório que, no dizer do próprio José Roberto dos Santos Bedaque, ‘é elemento indissociável da efetividade do processo’. O juiz não tem

15 BEBBER, Júlio César. Revelia e livre convencimento. In: *Processo do trabalho*: temas atuais. São Paulo: LTr, 2003. p. 69.

DOCTRINA

o compromisso de satisfazer a vontade do legislador. Cabe-lhe, sim, atender à vontade objetiva da norma, que possui vida independente de seu criador”.

Por outro lado, no nosso sentir, o juiz tem de considerar que a revelia gera uma presunção de veracidade (art. 344 do CPC). Sendo assim, caso não esteja convencido da verossimilhança ou da ocorrência dos fatos declinados na inicial, deverá, num primeiro momento, fundamentadamente (art. 93, IX, da CF), em sede de decisão interlocutória, justificar, segundo o seu livre-convencimento, a necessidade de produção das provas que entende necessárias (arts. 370 do CPC e 765 da CLT) e, posteriormente, quando da sentença, valorar o conjunto das provas constantes dos autos.

Como bem adverte Cândido Rangel Dinamarco¹⁶, “como toda presunção relativa, também essa não tem o valor tarifado e invariável próprio aos sistemas de prova legal. No sistema da livre-apreciação de prova, segundo os autos, o juiz dar-lhe-á o valor que sua inteligência aconselhar, feito o confronto com o conjunto dos elementos de convicção eventualmente existente nos autos e levando em conta a racional probabilidade de que os fatos hajam ocorrido como disse o autor”.

No mesmo sentido é o art. 345, IV, Código de Processo Civil atual, que consagra o entendimento prevalente na doutrina e na jurisprudência. Com efeito, dispõe o referido dispositivo legal:

“A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344¹⁷ se:

(...)

IV – as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.”

7 – VALORAÇÃO DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

A valoração da prova é um dos momentos mais importantes do processo, no qual o julgador, de forma discricionária, mas fundamentada, analisará as provas produzidas nos autos, primeiramente de forma isolada e, depois, confrontando as provas existentes, chegando a uma conclusão sobre a melhor

16 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2002. v. III. p. 535.

17 Art. 344 do CPC: “Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor”.

DOCTRINA

prova e sobre o fato ou os fatos que comprovam. Diante dos fatos que entendeu provados, o juiz aplicará o direito, acolhendo ou rejeitando o pedido.

O juiz, como destinatário da prova, tem liberdade para valorá-las, segundo o princípio da persuasão racional (ou do livre-convencimento motivado), que vigora em sede processual civil, *ex vi* do art. 371 do CPC, *in verbis*:

“O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

Diante do que dispõe o referido dispositivo legal, o juiz pode firmar sua convicção com qualquer elemento de prova constante dos autos, ainda que não alegado na inicial ou na contestação. Por isso, qualquer prova constante dos autos é apta a firmar a convicção do juiz. De outro lado, por mandamento constitucional (art. 93, IX, da CF) e da lei processual civil, deve o julgador mencionar na fundamentação da sentença qual ou quais provas existentes nos autos lhe formaram a convicção. Sob outro enfoque, em compasso com a nova sistemática do contraditório no CPC de 2015, se o juiz firmar sua convicção com elemento de prova constante dos autos, mas que sobre ele não tenham se manifestado reclamante ou reclamado, deverá oportunizar, antes do julgamento, manifestação das partes.

O Código de Processo Civil de 2015 não menciona mais a expressão *livre-convencimento motivado*, que estava no art. 131 do CPC/73, mas apenas *convencimento motivado*. Para alguns doutrinadores, não houve alterações, pois a valoração da prova é discricionária e a lei processual não traça um procedimento tarifado para a avaliação da prova constante dos autos. Para outros, a alteração do Código de Processo Civil modificou a sistemática de valoração da prova, pois atrela a discricionariedade judicial à motivação em compasso com os elementos probatórios constantes dos autos.

De nossa parte, nunca houve, na verdade, livre-convencimento do juiz mesmo na vigência do CPC/73, uma vez que o convencimento sempre teve que estar fundamentado nos elementos probatórios constantes dos autos. Não obstante, diante do atual Código de Processo Civil, o juiz não poderá julgar com suporte em convicção íntima ou pessoal. Também não poderá contrariar a prova dos autos com suporte em máximas de experiência. Deverá, outrossim, valorar todos os elementos de provas constantes dos autos e fundamentar sua convicção, dizendo quais provas o convenceram e quais não o convenceram. Não se nega que há uma carga considerável de discricionariedade judicial, mas os elementos dos autos deverão ser apreciados e a convicção fundamentada.

DOCTRINA

Não há, no ordenamento jurídico processual vigente, uma regra preestabelecida para valoração da prova pelo juiz. Entretanto, o magistrado deve considerar a prova existente nos autos. Não havendo prova nos autos, ainda que o juiz possa estar convencido da veracidade de algum fato, não poderá julgar com base em convicção íntima ou pessoal. De outro lado, pensamos que deve o juiz valorar a prova no conjunto, considerando o ônus de cada parte, a verossimilhança das alegações, a dificuldade probatória, a razoabilidade e o que ordinariamente acontece. Outrossim, a prova se valora pela qualidade, e não pela quantidade.

Como já assinalado, deve o juiz sopesar todas as circunstâncias dos autos, principalmente o Juiz do Trabalho, que lida, preponderantemente, com matéria fática e analisa provas orais.

Além disso, o Juiz do Trabalho deve não só avaliar a qualidade de uma prova isoladamente, mas também confrontá-la com as demais existentes nos autos e, muitas vezes, escolher, diante de tal confronto, a que lhe é mais coerente e que se aproxima da verdade. Inegavelmente, a valoração da prova é subjetiva, decorrendo do livre-convencimento motivado do magistrado, que é uma garantia constitucional; entretanto, o convencimento firmado deve ser fundamentado.

O comportamento das partes no processo e em audiência pode influir significativamente na convicção do Juiz do Trabalho. Desse modo, a personalidade, o grau de humildade ou a arrogância, a cooperação com a justiça, a firmeza no depoimento, a segurança ou a insegurança ao depor, a boa-fé, a honestidade dos litigantes, entre outros comportamentos, devem ser considerados pelo órgão julgador.

Como destaca Isolde Favoretto¹⁸:

“Pode o juiz se apropriar não só do que contém o corpo processual, mas, sobretudo, daquilo que é a essência para este convencimento e que não está escrito, mas foi percebido pelo julgador através de suas observações quanto às manifestações e aos comportamentos das partes não traduzidas no papel que se poderia chamar de *fumus* processual. Está inserida nesta linha uma sensibilidade de quem julga, cuja teoria é mais de aplicabilidade prática do que pelo conhecimento da teoria.”

No mesmo sentido, sustenta Marcos Destefenni¹⁹:

18 FAVORETTO, Isolde. *Comportamento processual das partes como meio de prova*. Porto Alegre: Livraria Editora Acadêmica, 1993. p. 53.

19 DESTEFENNI, Marcos. *Curso de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 113. v. 1. t. II.

DOCTRINA

“O tema, contudo, nos parece bastante complexo e suscita um estudo multidisciplinar, pois o comportamento da parte pode ser analisado de diferentes perspectivas. De lembrar que a lei já valora várias situações do comportamento da parte. Pode-se citar, por exemplo, o fato de a parte se negar a depor. Essa inércia é valorada juridicamente, pois da negativa em depor é possível extrair-se uma *confissão ficta*. A doutrina costuma lembrar, também, da relevância do comportamento processual da parte que nega submeter-se à inspeção judicial. Não há, no caso, tecnicamente, uma confissão, mas, com toda certeza, trata-se de situação que deve ser considerada e valorada pelo juiz no momento da decisão. Outro aspecto recentemente disciplinado pela lei, referente ao comportamento da parte como meio de prova, está no art. 232 do CC, que determina ao juiz a valoração da recusa à perícia médica. Como se vê, o comportamento da parte deve ser valorado pelo julgador.”

Por isso, estamos convencidos de que o princípio da identidade física do juiz deve ser implementado²⁰ e impulsionado no Processo do Trabalho, para que a valoração da prova seja realizada com efetividade e a decisão reflita justiça e realidade.

8 – DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ DO TRABALHO

Doutrina e jurisprudência divergem quanto à possibilidade da iniciativa probatória do juiz²¹. A matéria é polêmica e tem gerado acirradas discussões na doutrina e na jurisprudência.

A doutrina clássica mostrou-se contrária à iniciativa probatória do juiz. Nesse sentido, Moacyr Amaral Santos: “Dá-se, assim, no processo probatório, uma perfeita interdependência de atribuições das partes e do juiz. Apenas aquelas não podem ter ingerência na função específica deste, de emitir provimentos relativos a qualquer dos atos probatórios e de avaliar e estimular as provas, porque, então, transformariam-se em juizes das próprias alegações. Por sua vez, o juiz não pode, a não ser dentro do critério legal e com o propósito de esclarecer a verdade, objetivo de ordem pública, assumir a função de provar fatos não alegados ou de ordenar provas quando as partes delas descuidam ou negligenciam”²².

20 Infelizmente, o princípio da identidade física do juiz, expressamente previsto no CPC/73, não fora reprisado no CPC/2015.

21 A doutrina denomina a expressão *poderes instrutórios do juiz* como a possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a produção das provas que entende necessárias ao seu convencimento sobre os fatos da causa.

22 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Saraiva, 1983. v. I. p. 259-260.

DOCTRINA

Para outros doutrinadores, a iniciativa probatória possível ao juiz é aquela de natureza complementar, em sede de excepcionalidade, por exemplo, quando a prova testemunhal restou neutralizada (entre prova e contraprova por igual número de testemunhas), tendo o juiz de primeiro grau dispensado uma testemunha de uma das partes. Em acontecendo a hipótese, haverá a possibilidade de ouvir aquela testemunha dispensada para complementar prova e firmar convicção.

No nosso sentir, diante dos princípios constitucionais do acesso à justiça e da efetividade e dos princípios infraconstitucionais do livre-convencimento do juiz e da busca da verdade, devem ser deferidos ao magistrado amplos poderes instrutórios.

Com efeito, há muito o juiz deixou de ser um convidado de pedra na relação jurídico-processual. Na moderna teoria geral do processo, ao juiz cabe zelar pela dignidade do processo, pela busca da verdade real e por uma ordem jurídica justa.

Isso não significa dizer que o juiz está negando vigência ao art. 844 da CLT ou ao princípio de igualdade de tratamento às partes (art. 139 do CPC), está apenas garantindo a dignidade da justiça e da aplicação justa e equânime da lei e uma ordem jurídica justa. O entendimento citado ganha corpo no Direito Processual do Trabalho, pois apresenta o princípio do inquisitivo que permite a iniciativa probatória do juiz (art. 765 da CLT).

Nesse sentido também é o art. 370 do CPC, *in verbis*, que, segundo a doutrina moderna, consagra os poderes instrutórios do juiz:

“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

Para o Juiz do Trabalho, não há preclusão na esfera probatória, conforme o já citado art. 765 da CLT. A livre-convicção do juiz é uma garantia da cidadania, do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito.

O juiz da atualidade não pode mais fechar os olhos diante de uma regra processual ou vendar os olhos e prolar uma sentença sem estar convicto (julgamento no escuro). Por isso, o juiz não pode omitir-se, negligenciando a produção de alguma prova necessária. É melhor pecar por excesso do que por omissão. O juiz que se omite é mais nocivo que o juiz que julga mal.

Sob outro enfoque, cumpre destacar que a finalidade do processo é a justa composição da lide, aproximando-se da realidade, bem como dar a cada um

DOUTRINA

o que é seu. Nesse sentido, ensina Jorge Luiz Souto Maior²³: “É verdade que, sob o ponto de vista teórico, o direito processual tem avançado muito em direção à busca da produção de resultados concretos e justos na realidade. Essa mudança vem desde o início do movimento denominado ‘movimento em prol do acesso à justiça’, encabeçado por Mauro Cappelletti, tendo atingido, mais recentemente, a fase da busca pela plena efetividade da prestação jurisdicional, que pode ser traduzida pela conhecida frase de Chiovenda: ‘o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter’. Mas o processo deve almejar mais, pois um processo despreocupado com a justiça das suas decisões pode simplesmente dar a cada um o que é seu, ou seja, ao rico, sua riqueza, ao pobre, sua pobreza”.

De outro lado, no nosso sentir, a efetividade do processo não significa apenas decisão rápida, mas também uma decisão justa e que se aproxime da verdade real, embora esta praticamente seja inatingível.

Pelo exposto, concluímos que

“os poderes instrutórios do Juiz do Trabalho são amplos, devendo sempre ser observados os princípios do livre-convencimento motivado e do contraditório.”

23 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Temas de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000. p. 170.

A RECLAMAÇÃO CONTRA A APLICAÇÃO DAS DECISÕES EM RECURSOS REPETITIVOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Osmar Mendes Paixão Côrtes*

I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O novo Código de Processo Civil consolidou a tendência à objetivação do processo, trazendo novos mecanismos de vinculação de decisões e aprimorando os já existentes.

Os Tribunais devem aumentar seu papel de órgãos uniformizadores da jurisprudência e diminuir o papel de julgadores “caso a caso”. Exemplos claros são as demandas repetitivas.

O Código cria um verdadeiro microsistema relacionado a essas demandas, bastando notar que dispositivos sobre a eficácia das decisões tomadas em demandas repetitivas estão presentes em toda a novel legislação: os paradigmas repetitivos devem ser observados sempre pelos julgadores (art. 927) e servem de fundamento para o julgamento liminar de improcedência dos pedidos (art. 332), para o deferimento de tutela de evidência (art. 311), para decisões monocráticas dos relatores nos Tribunais (art. 932), etc.

A reclamação, medida originária de competência dos Tribunais, nesse contexto, ganha papel de destaque, por ser instrumento próprio para fazer valer a autoridade das Cortes e das suas decisões.

A medida, nos termos do novo Código de Processo Civil e da IN nº 39/TST, passou a ser cabível na Justiça do Trabalho.

O presente estudo é dedicado à análise do cabimento da reclamação contra a aplicação das decisões tomadas em recursos repetitivos, tema muito polêmico e controvertido na jurisprudência já à luz da legislação processual revogada.

* *Doutor em Direito pela PUC-SP; mestre em Direito pela UnB; secretário-geral adjunto do IBDP; professor da Pós-Graduação do IDP; advogado.*

São analisadas a natureza das decisões em recursos repetitivos e a experiência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça com a reclamação até chegar à legislação vigente e à sua aplicação ao Tribunal Superior do Trabalho.

II – A NATUREZA E A EFICÁCIA DAS DECISÕES EM RECURSOS REPETITIVOS

O novo Código de Processo Civil aprimorou o mecanismo dos recursos repetitivos, introduzido na nossa legislação pela Lei nº 11.672/08, que acrescentou o art. 543-C ao CPC de 1973.

Além de melhor regulamentar detalhes procedimentais, como a desistência dos recursos, a suspensão dos processos, a distinção entre os casos sobrestados e o paradigma, a possibilidade de indeferimento de recurso intempestivo, os poderes dos relatores, a novel legislação preocupou-se em tratar da efetividade das decisões em recursos repetitivos.

A sistemática é simples. Após a identificação de que determinada tese se repete numa multiplicidade de recursos, há a “afetação” da questão para que o Tribunal Superior defina a interpretação da tese e, após a decisão no paradigma, ordene que a diretriz firmada seja observada pelas demais instâncias, a partir da aplicação da tese aos casos sobrestados.

Cabe questionar a respeito das decisões em recursos repetitivos: são precedentes? Precedentes com força vinculante? Meios para fixação de precedentes? Regras decisórias?

Luiz Guilherme Marinoni entende serem “meios para a fixação de precedentes que atribuem sentido ao direito e, apenas por essa razão, devem regular os demais casos”¹. E o que caracteriza um recurso repetitivo é o fato de ele constituir um mecanismo voltado para a criação de um precedente com a preocupação com os casos pendentes. Já os precedentes, na visão do autor, destinam-se a casos futuros.

Georges Abboud defende não serem as decisões em recursos repetitivos precedentes no sentido estrito do termo, “porquanto sua construção não é histórica, foi imposta mediante alteração legislativa motivada na redução da velocidade dos processos”². O autor anota, ainda, que a utilização de um precedente para solucionar um caso concreto exige uma intensa interpretação

1 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 332.

2 Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012. p. 520.

e a realização de contraditório entre as partes. Por outro lado, a utilização da técnica dos recursos repetitivos dispensaria nova argumentação das partes, até mesmo porque o processo em que elas atuam estaria sobrestado, aguardando a definição da Corte Superior, para sofrer direta e imediatamente os efeitos da decisão-paradigma. As decisões nos repetitivos seriam mais regras decisórias dos casos concretos, ou seja, “como se viesse a norma pronta e acabada que pudesse substituir-se às alegações das partes, à fundamentação e à problematização decisional”³.

José Rogério Cruz e Tucci entende serem as decisões proferidas nos incidentes de processos repetitivos precedentes com eficácia vinculante, ao lado das súmulas do STF e das decisões proferidas pelo STF e pelos Tribunais de Justiça, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade⁴. Os precedentes com eficácia vinculante, na visão do autor, existem ao lado dos precedentes com relativa eficácia vinculante e dos precedentes com eficácia meramente persuasiva.

No nosso entender, as decisões em recursos repetitivos são decisões paradigma que fixam teses com eficácia vinculante sobre os processos sobrestados (não se aplicando a casos futuros com eficácia vinculante). A natureza é de decisão que fixa tese aplicável a casos outros (existentes e sobrestados), independentemente da análise pormenorizada das circunstâncias específicas do caso que deu origem à decisão.

Ainda, não se aplicam a casos futuros de forma vinculante. Tanto é assim que, contra o desrespeito às decisões em recursos repetitivos, não é cabível imediatamente reclamação, exceto se exaurida a instância ordinária nos casos sobrestados (ao contrário das decisões nos incidentes de resolução de demandas repetitivas).

As decisões em recursos repetitivos servem, dessa forma, para firmar tese acerca de determinada matéria (e de forma desvinculada do recurso que lhe deu origem, tanto que pode haver a desistência do recurso, mas a tese ainda assim será julgada). E a eficácia vinculante atribuída às decisões surte efeitos quanto aos processos sobrestados. Casos futuros terão curso normal e até podem ter a tese aplicada como fundamento das decisões, mas não são atingidos pela eficácia vinculante do paradigma repetitivo.

3 Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012. p. 539.

4 Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012. p. 119.

DOCTRINA

Em síntese, quanto aos casos em curso, sobrestados, as decisões paradigma têm eficácia vinculante. Já quanto aos casos futuros, não têm eficácia de convencimento ou relativa eficácia vinculante, pois podem ser utilizados como fundamento para recursos, mas não como fundamento de reclamações.

De qualquer forma, a decisão no repetitivo tem natureza distinta da de simples decisão, até porque a intenção da sistemática dos recursos repetitivos é específica – resolver uma tese e evitar que múltiplos recursos sejam julgados um a um pelos Tribunais Superiores.

A sistemática dos recursos repetitivos (com a eficácia vinculante no que toca aos processos sobrestados) mostra, assim, a consolidação da tendência de as Cortes assumirem papéis mais uniformizadores da jurisprudência. E, uma vez definidas as teses, é necessário um instrumento para impor a observância às suas decisões e preservar a sua competência.

III – O CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES CONTRA A APLICAÇÃO DAS DECISÕES EM RECURSOS REPETITIVOS SEGUNDO A REGULAMENTAÇÃO ANTERIOR AO NOVO CPC

Vale referir o entendimento que vinha sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça antes do novo CPC por dois motivos: no Tribunal Superior do Trabalho não era cabível reclamação (que passou a ser com o novo Código) e a análise da evolução da jurisprudência pode auxiliar na contextualização do cabimento atual.

À luz da legislação anterior ao novo CPC, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça guiava-se mais pela interpretação direta da Constituição Federal e dos Regimentos Internos, já que a Lei nº 8.038/90 pouco tratava do tema. Alguns avanços quanto ao cabimento da reclamação foram observados, como a admissão para impor que os Juizados Especiais respeitassem os julgados do STJ e também para fazer com que fossem observadas decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade.

Por outro lado, algumas limitações foram impostas, como as relativas justamente ao cabimento da medida contra a má aplicação de decisões em recursos repetitivos.

Vale lembrar que o STF, a partir da paradigmática Reclamação 4.335/AC, passou a admitir em alguns casos a medida para impor a observância a decisões tomadas em processos de controle difuso de constitucionalidade.

Fugiu, portanto, da linha tradicional de que apenas decisões tomadas em processos de controle concentrado produzem efeitos vinculantes e *erga omnes* e admitiu a reclamação, mesmo não tendo havido a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal.

Outros estudos já foram dedicados ao assunto⁵, mas vale lembrar, resumidamente, que a Corte Constitucional, pelo voto do relator, considerou que o ato de suspensão de uma lei pelo Senado é meramente político, devendo-se impor a observância a decisões em controle difuso de constitucionalidade até em nome do papel constitucional do Tribunal. Na mesma linha o entendimento tomado nos autos da Rcl 2.280/RJ. Luiz Guilherme Marinoni faz coro ao aumento da vinculação das decisões do STF ainda que não em controle concentrado, pontuando que “não há motivo para limitar a eficácia vinculante apenas às decisões com igual eficácia no controle objetivo”⁶.

Seguindo a mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça ampliou o cabimento da medida, admitindo-a, a partir da Rcl 3.752/GO (que levou à edição da Resolução nº 12/09), contra decisões de Turmas Recursais que desrespeitem a jurisprudência firme da Corte. A partir da Rcl 18.506/SP houve um recuo no procedimento da Resolução nº 12/09 (com a edição da Resolução nº 03/2016 – que transferiu a competência para julgar as reclamações para os Tribunais de segundo grau), mas a manutenção do cabimento da medida bem ilustra a sua importância, notadamente no contexto da objetivação do processo.

Por outro lado, observou-se certa redução no cabimento da reclamação no tocante aos repetitivos. Mesmo sendo a sistemática desses recursos distinta da tradicional, os Tribunais adotaram majoritariamente o entendimento de que não se deve admitir a reclamação quando recursos sobrestados forem mal indeferidos ou forem mal rejudgados após a decisão no caso paradigma.

Em estudos específicos foram exploradas as limitações⁷, merecendo destaque algumas decisões que fixaram *teses restritivas*, como a da Corte Especial na QO no Ag 1.154.599/SP (Rel. Min. Cesar Rocha, DJ 12.05.2011), originariamente quanto ao não cabimento de agravo para o STJ e posteriormente estendida para a reclamação, ao argumento de que a aplicação equivocada de precedente em repetitivo não usurpa a competência do Tribunal Superior.

5 A “objetivação” no processo civil: as características do processo objetivo no procedimento recursal. *RePro*, São Paulo: RT, 178, dez. 2009, p. 220-226.

6 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 299.

7 A reclamação no novo CPC – fim das limitações impostas pelos Tribunais Superiores ao cabimento? *RePro*, São Paulo: RT, 244, jun. 2015; A reclamação para os Tribunais Superiores no novo CPC, com as alterações da Lei 13.256/2016. *RePro*, São Paulo: RT, 257, jul. 2016.

DOCTRINA

Outras decisões, como a do AgRg na Rcl 8.264/RN (Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, DJ 26.08.2014), reconheceram a ausência de caráter vinculante à decisão tomada no repetitivo, pois “as orientações emanadas em recursos especiais repetitivos não detêm força vinculante ou efeito *erga omnes*, não autorizando, por si só, o ajuizamento da reclamação constitucional contra decisão judicial que venha a contrariá-las”.

O Superior Tribunal de Justiça, assim, vinha interpretando o preceito constitucional viabilizador da reclamação, quanto aos recursos repetitivos, de forma limitada – por regra, apenas em casos de descumprimento de decisão no caso concreto. Aplicado mal um precedente em caso de recurso sobrestado, incabível agravo para o Tribunal Superior ou reclamação. Cabível, apenas, agravo interno para o Tribunal de segundo grau. Da mesma forma, se houver má aplicação do precedente em repetitivo quando do rejulgamento de determinado processo pelo Tribunal de origem.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, as limitações seguem a mesma linha, não se admitindo, por regra, reclamação contra decisão que aplica o entendimento firmado em repetitivo ou em repercussão geral. Desde o julgamento da Questão de Ordem no AI 760.358 (Rel. Min. Presidente, Tribunal Pleno, DJ 19.02.2010), foi estabelecido que a reclamação, além do agravo de instrumento, é incabível contra a decisão que aplica (mal) o entendimento firmado em recurso repetitivo. Cabível apenas o agravo interno no próprio Tribunal *a quo*.

No que toca à repercussão geral, também o STF tem entendido que os precedentes não são dotados de eficácia *erga omnes*. Ainda que deva ocorrer a observância ao paradigma, se houver o desrespeito por parte do Tribunal de origem, deve-se tentar resolver o problema no âmbito da própria Corte inferior, não podendo haver, *per saltum*, a atuação do STF. Merece referência a Rcl 17.914/MS (Rel. Min. Lewandowski, Segunda Turma, DJ 04.09.2014), na qual restou consignado que “não cabe reclamação fundada em precedentes sem eficácia geral e vinculante” e que “conquanto o decidido nos recursos extraordinários submetidos ao regime da repercussão geral vincule os outros órgãos do Poder Judiciário, sua aplicação aos demais casos concretos (...) não poderá ser buscada, diretamente, nesta Suprema Corte, antes da apreciação da controvérsia pelas instâncias ordinárias”.

No mesmo sentido, a decisão na Rcl 17.512/SP (Rel. Min. Barroso, Primeira Turma, DJ 25.09.2014), segundo a qual “as decisões proferidas em sede de recurso extraordinário, ainda que em regime de repercussão geral, não geram efeitos vinculantes aptos a ensejar o cabimento de reclamação, que não serve como sucedâneo recursal”.

DOCTRINA

Ou seja, tanto no STJ quanto no STF, o desrespeito à decisão que deveria ser observada (tomada em repetitivo ou com repercussão geral) deve ser atacado de outras formas (notadamente nos Tribunais inferiores), não sendo cabível, por regra, a reclamação diretamente às Cortes Superiores.

Apesar de estarem objetivando o processo em outras hipóteses, no que toca aos repetitivos e à repercussão geral, ao menos quanto ao cabimento direto de reclamação, as Cortes ainda adotam uma linha mais subjetiva (mais típica do CPC de 1973, menos focada em impor a observância da jurisprudência).

IV – O CABIMENTO ATUAL DA RECLAMAÇÃO CONTRA A APLICAÇÃO DAS DECISÕES EM RECURSOS REPETITIVOS CONSIDERANDO AS ALTERAÇÕES DA LEI Nº 13.256/2016 AO NOVO CPC

Se não fossem as alterações da Lei nº 13.256/2016, o novo CPC alteraria em muito a jurisprudência dos Tribunais Superiores, na medida em que expressamente previa a reclamação direta para a hipótese, entre outras, de garantir a observância de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

Com as alterações da Lei nº 13.256/2016, todavia, o art. 988 foi alterado, para limitar a reclamação contra decisões que aplicam mal precedentes em repetitivos ou em repercussão geral. O atual inciso IV do dispositivo estabelece que ela é cabível, quanto aos repetitivos, para garantir a observância a precedentes de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Houve, assim, uma limitação clara quanto ao cabimento direto da reclamação nos casos de repetitivos. Ela é cabível diretamente, agora, apenas para os Tribunais de segundo grau (que julgam os incidentes de resolução de demandas repetitivas), excluindo-se os Tribunais Superiores (que julgam os recursos repetitivos).

No mesmo sentido, o § 5º do art. 988, no inciso II, especifica que é inadmissível a reclamação proposta perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça para garantir a observância de precedente de repercussão geral ou de recurso especial em questão repetitiva.

Mas é curioso (e positivo) que o mesmo parágrafo, ao final, deixa uma margem ao prever que a inadmissibilidade limita-se a casos em que “não esgotadas as instâncias ordinárias”.

DOUTRINA

Ou seja, com as alterações da Lei nº 13.256/2016, a reclamação não será cabível sempre e diretamente para o Tribunal Superior quando for mal aplicado um precedente (seja indeferindo um recurso especial ou extraordinário sobrestado, seja rejuizando-o), mas poderá ser cabível se a parte tentar resolver com os remédios possíveis o problema no Tribunal inferior e não conseguir.

Essa limitação coincide com a linha da jurisprudência firmada à luz da legislação anterior – não se deve reclamar diretamente ao STF ou ao STJ. Devem-se adotar os remédios possíveis no âmbito das Cortes de origem. Apenas em casos extremos, nos quais não se consiga resolver a questão da observância ao precedente firmado em repetitivo no Tribunal inferior, é que se pode abrir a via da reclamação.

Outra não poderá ser a interpretação a ser dada ao art. 988, § 5º, inciso II, alterado pela Lei nº 13.256/2016, pois negar a reclamação em definitivo (mesmo após as tentativas no Tribunal inferior) significa autorizar eventual desrespeito à decisão paradigma do recurso repetitivo, que deve vincular e ser aplicado a outros casos, afrontando a própria intenção e o espírito do novo CPC – impor o respeito à jurisprudência.

O que diferencia as decisões em repetitivos das decisões das Cortes Superiores em casos individuais de rito comum é justamente a possibilidade de produzirem efeitos para além daquele processo (objetivação), afetando os casos sobrestados.

As partes devem, então, após a decisão em repetitivo, se não houver a correta aplicação do paradigma aos processos sobrestados, lançar mão dos remédios previstos na legislação perante as Cortes de origem antes de ajuizar a reclamação.

Se o recurso de natureza extraordinária sobrestado for mal indeferido, deve ser feita petição requerendo a reconsideração da decisão ou o recebimento da petição como agravo interno para que o colegiado reveja a decisão equivocada (que indeferiu recurso que não deveria ter sido indeferido). Destaque-se que a redação original do novo CPC autorizava o agravo para o Tribunal Superior. A Lei nº 13.256/2016 alterou, todavia, o art. 1.042, não mais cabendo o agravo, exceto o interno.

Se o recurso de natureza extraordinária sobrestado for mal “rejuizado” (determinou-se o rejuízo pelo colegiado do Tribunal inferior e o precedente foi mal aplicado), deve-se peticionar no Tribunal de segunda instância requerendo o processamento do recurso, nos termos do art. 1.041, ou interpor novo recurso se for o caso.

DOCTRINA

Apenas se infrutíferas essas tentativas poderá a parte ajuizar reclamação no Tribunal Superior, nos termos do art. 988, § 5º, inciso II, que prevê, repita-se, o exaurimento prévio das vias ordinárias.

Poder-se-ia pensar que esse exaurimento dependeria ainda do ajuizamento de ação rescisória prévio à reclamação no Tribunal Superior. Isso porque o § 5º do art. 966 do novo CPC, incluído pela Lei nº 13.256/2016, prevê que cabe a ação por violação de norma jurídica se a decisão rescindenda aplicar precedente de recurso repetitivo, mas não fizer a correta distinção entre o caso concreto e o paradigma.

Ocorre que se trata de hipótese de ajuizamento de nova ação, distinta, portanto, da necessidade de exaurimento da instância ordinária.

A Lei nº 13.256/2016, portanto, colocou limite ao cabimento direto da reclamação, mas ainda assim a medida foi valorizada não apenas pela brecha do referido inciso II, mas porque a previsão do novo CPC, mesmo com a redação atual, é muito detalhada, fortalecendo a medida.

O curioso é que a Lei nº 13.256/2016 manteve a reclamação para as hipóteses de incidentes de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência. Nos Tribunais Estaduais ou Regionais, dessa forma, cabível a medida se desrespeitado por órgão inferior o precedente em repetitivo. E, nos Tribunais Superiores, cabível a reclamação se descumprido precedente firmado em assunção de competência, incidente previsto no art. 947 que pode ser resumido como uma afetação para decisão de questão relevante pelo colegiado maior de um Tribunal, com efeito vinculante.

Por fim, de se anotar que, com a alteração do inciso IV do art. 988, parece ter acabado a possibilidade de reclamação para casos futuros (não sobrestados) que não observem o entendimento firmado em repetitivo ou em repercussão geral, já que a exceção do § 5º, inciso II, é para as hipóteses em que se tenha tentado fazer com que os Tribunais inferiores apliquem a processos sobrestados a jurisprudência consolidada em repetitivo ou em repercussão geral.

V – A RECLAMAÇÃO CONTRA A APLICAÇÃO DAS DECISÕES EM RECURSOS REPETITIVOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A Justiça do Trabalho não tinha uma regulamentação geral acerca da reclamação. O Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho previa a medida, até que o Supremo Tribunal Federal, em 2008, julgou o RE 405.031/AL (Rel. Min. Marco Aurélio) e declarou inconstitucionais os dispositivos acerca da matéria.

DOCTRINA

O STF entendeu que a medida pode ser prevista nas Constituições Estaduais, mas, no âmbito federal, depende de lei. Desde então, a Justiça do Trabalho aguardava previsão específica sobre a reclamação.

Como o novo CPC é aplicável, no que não for incompatível com os preceitos específicos do processo do trabalho, o problema foi resolvido com o § 1º do art. 988, segundo o qual a “reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal”, passando a Justiça do Trabalho a ter a medida por expressa disposição da novel legislação. Nessa linha, a IN nº 39/TST, no seu art. 3º, XXVII, expressamente reconhece a aplicação.

Cabe analisar, então, como será o cabimento da medida contra decisões tomadas em recursos de revista repetitivos.

Consoante já analisado, as decisões proferidas em recursos repetitivos têm natureza distinta das decisões comuns de recursos, notadamente porque elas vinculam. Sejam ou não consideradas tecnicamente precedentes, as decisões proferidas nos casos paradigma repetitivos produzem efeito para além do processo, devendo ser aplicadas a todos os casos sobrestados.

A reclamação é o instrumento próprio para impor o respeito às decisões do Tribunal Superior do Trabalho proferidas em recursos repetitivos, mesmo após as alterações da Lei nº 13.256/2016.

Isso porque, na linha do que já exposto e no sentido da jurisprudência que vinha sendo firmada no âmbito das outras Cortes Superiores já à luz da legislação anterior, a reclamação contra a má aplicação de decisões em repetitivos continua cabível. A diferença entre a redação originária do novo CPC e a atual é que, para que a medida seja ajuizada no Tribunal Superior, deve haver o prévio exaurimento da instância ordinária.

Antes de reclamar ao Tribunal Superior do Trabalho, deve a parte esgotar as possibilidades previstas na legislação para resolver a questão da má aplicação junto aos Tribunais Regionais do Trabalho.

Pelo art. 896-C da CLT e pela IN nº 38/TST, após a publicação do acórdão paradigma do TST surgem duas possibilidades: haver o indeferimento do recurso sobrestado (se a tese do recurso for contrária à do repetitivo) ou o rejuízo do recurso pelo órgão prolator da decisão no TRT (se a tese do recurso coincidir com a do repetitivo).

Se houver o indeferimento equivocado do recurso de revista sobrestado, parece que o agravo de instrumento, nos termos do art. 897 da CLT, é a medida cabível, pois, ao contrário das limitações do novo CPC ao agravo contra de-

DOCTRINA

cisão denegatória de REsp e RE (art. 1.042, *caput*, que prevê o cabimento do agravo interno para essa hipótese), não há restrição à interposição do agravo de instrumento para o Tribunal Superior do Trabalho. Se houver alguma restrição à subida do agravo de instrumento, será cabível a reclamação, nos termos do art. 988, § 5º, II, do novo CPC.

Caso se entenda incabível o agravo para o TST, deverá a parte prejudicada pelo equívocado indeferimento do recurso de revista sobrestado peticionar à Corte de origem com pedido de recebimento como agravo interno e, não sendo resolvido o problema da má aplicação do paradigma repetitivo no Tribunal Regional do Trabalho, deverá ajuizar reclamação para a Corte Superior Trabalhista.

Se houver o mal rejulgamento do recurso pelo Tribunal Regional do Trabalho, após a decisão no repetitivo, nos termos dos arts. 896-C, § 12, da CLT e 15 da IN nº 38/TST, o recurso de revista deverá ser processado para o Tribunal Superior do Trabalho. Se não houver o devido processamento ou se for imposto algum óbice, restará configurado o exaurimento da instância ordinária e será cabível a reclamação perante o TST.

Essa é a linha interpretativa que parece acertada, valendo-se, inclusive, da experiência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que já lidam com a reclamação desde a legislação anterior.

Mesmo que se defenda o cabimento direto da reclamação para o Tribunal Superior do Trabalho, sem o esgotamento das tentativas junto aos Tribunais Regionais do Trabalho, com base nos incisos I e II do art. 988 do novo CPC (preservação de competência e garantia da autoridade das decisões do Tribunal), o disposto no inciso IV e no § 5º, II, do mesmo artigo parece obstar esse entendimento.

VI – CONCLUSÃO

A reclamação é medida importante para a efetivação das diretrizes do novo Código de Processo Civil, que consolida a tendência à objetivação e impõe a observância aos precedentes dos Tribunais.

Seu cabimento na Justiça do Trabalho é fundamental para que as conquistas legislativas próprias do processo trabalhista sejam aperfeiçoadas e tornem-se completas. De nada adianta munir os Tribunais de poderes para a pacificação e a uniformização da jurisprudência se não se admitir o instrumento da reclamação como meio de controle da observância das decisões paradigma em repetitivos.

DOCTRINA

A IN nº 39/TST agiu bem ao, de plano, confirmar a aplicação do disposto no art. 988 do novo CPC ao processo do trabalho.

Devem ser consideradas, todavia, as alterações da Lei nº 13.256/2016, que limitaram a reclamação contra o mal rejuízo ou o mal indeferimento da decisão proferida no recurso repetitivo, condicionando o seu cabimento ao exaurimento prévio das instâncias ordinárias. Isso, sem dúvida, para não sobrecarregar o Tribunal Superior.

Em primeiro lugar, portanto, as partes devem se utilizar dos meios previstos no art. 896-C da CLT e na IN nº 39/TST (junto aos Tribunais Regionais). Mas, não sendo possível resolver o problema na instância regional, terá a reclamação como a medida apta a fazer valer a tese firmada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho.

Entendimento em sentido contrário retira a eficácia vinculante da decisão nos recursos repetitivos quanto aos casos sobrestados e vai de encontro com a intenção do novo CPC – fortalecer o papel das Cortes Superiores de uniformizarem a jurisprudência e firmarem teses.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A “objetivação” no processo civil: as características do processo objetivo no procedimento recursal. *Revista de Processo RePro*, São Paulo: RT, 178, dez. 2009.

_____. A reclamação no novo CPC – fim das limitações impostas pelos Tribunais Superiores ao cabimento? *Revista de Processo RePro*, São Paulo: RT, 244, jun. 2015.

_____. A reclamação para os Tribunais Superiores no novo CPC, com as alterações da Lei 13.256/2016. *Revista de Processo RePro*, São Paulo: RT, 257, jul. 2016.

_____. Reclamação – a ampliação do cabimento no contexto da “objetivação” do processo nos Tribunais Superiores. *Revista de Processo RePro*, São Paulo: RT, 197, jul. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: RT, 2016.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

_____; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.