

ESTUDOS SOBRE A SÚMULA 338 DO TST: dever e ônus da prova no Direito do Trabalho

VALDETE SOUTO SEVERO*

RESUMO: Este artigo discute a necessidade de cancelamento imediato da súmula 338 do TST, demonstrando como esse entendimento cristalizado nega o direito às horas extras, além de contrariar dicção expressa da CLT e do CPC. O estudo é proposto a partir do exame da categoria dos deveres de prova e do ônus da prova, e sua importância para a compreensão das normas materiais e processuais trabalhistas.

PALAVRAS-CHAVE: Processo do trabalho. Ônus. Dever de prova. Súmula 338 do TST.

SUMÁRIO: 1 Introdução; A razão de ser dos deveres de prova: ou de por que impor a documentação das questões mais relevantes da relação social de trabalho; 3 O conteúdo da norma do artigo 74 da CLT: dever fundamental e suas consequências materiais e processuais; 4 As categorias do ônus e do dever de produção de prova documental: uma distinção necessária; 5 As consequências processuais do descumprimento do dever contido no artigo 74 da CLT; 6 As súmulas e a cristalização do Direito: do juiz “boca da lei” ao juiz “boca da súmula”; 7 Contraditório, ampla defesa e prova testemunhal: a “astúcia da razão conservadora” e o dever de prova da jornada; 8 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Existe certa confusão e muita lacuna na compreensão do tema da prova no âmbito do processo do trabalho, tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina. O exemplo mais emblemático disso é a Súmula 338 do TST. Não é o único. A prática de realização de “perícia em secretaria”, a “técnica de inversão do ônus da prova”, o “princípio da aptidão para a prova” são provas da falta de compreensão do assunto.

Não compreendemos adequadamente o sistema probatório no processo do trabalho, razão pela qual negligenciamos os deveres de produção prévia de prova documental que gravam a conduta do empregador. Trata-se de deveres que, fixados por normas de direito material, têm direta relação com o processo, porque acabam por determinar o tipo de prova a ser admitido em juízo.

A Súmula 338 do TST, que será o ponto de partida para o rápido estudo que empreenderei acerca do dever e do ônus de prova, tem a seguinte redação:

* Doutora em Direito do Trabalho pela USP/SP, Pós-doutoranda em Direito do Trabalho. Diretora e Professora da FEMARGS - Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do RS.

Súmula nº 338 do TST. JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. 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. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003). II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001). 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. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003). (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2014a)

O processo do trabalho é a relação social entre capital e trabalho submetida à avaliação do Estado. Pressupõe, tal como ocorre no âmbito das normas materiais, regras inspiradas pelo princípio da proteção. A desigualdade material, reconhecida e de certo modo estimulada pelo Estado, tem de ser em alguma medida “compensada”, minimizada, no âmbito processual, sob pena de comprometer o “caráter democrático” do processo.

Em outras palavras, as regras processuais também precisam ser inspiradas na proteção, sob pena de comporem uma farsa. Um processo inspirado pela noção de igualdade, como ocorre(ia) com o processo civil, implicaria a absoluta impossibilidade de acesso a uma versão mais aproximada dos fatos. E isso porque é o empregador quem tem a exclusiva possibilidade de documentar o que ocorre durante a relação de emprego, justamente em face do poder que exerce durante o vínculo.

É reconhecendo essa circunstância que a CLT estabelece, em pelo menos três oportunidades, a determinação de que o empregador documente a relação de trabalho. Há determinação de que o “contrato” seja registrado na CTPS do trabalhador (art. 29), de que a jornada seja devidamente anotada (art. 74) e de que o salário seja pago mediante recibo (art. 464). Há também determinação de que seja escrito o “pedido” de demissão e o termo de quitação das verbas resilitórias, ambos com assistência do sindicato, sempre que se tratar de relação com mais de um ano de vigência (art. 477). Portanto, cuida-se de documentar o pagamento do salário e o tempo à disposição: os parâmetros de troca dessa relação social.

Dentre esses deveres de documentação atribuídos ao empregador pela própria ordem jurídica, o que será aqui discutido é exatamente aquele de que trata (de modo equivocado) a Súmula 338 do TST: o de manter registro escrito do horário de trabalho.

O artigo 74, § 2º, da CLT, dispõe que:

Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores **será obrigatória** a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso. (grifo meu)

Trata-se de um dever legal (*obrigação*), cuja função é obviamente viabilizar o controle do tempo colocado à disposição durante a relação de trabalho. Portanto, não se trata de norma acerca de ônus da prova. Do mesmo modo, a consequência da sua inobservância não pode se resumir a mera presunção.

A dificuldade em lidar com questões relativas à prova está, em larga medida, vinculada a essa má compreensão dos deveres de prova. É disso que se tratará neste artigo.

2 A RAZÃO DE SER DOS DEVERES DE PROVA: ou de por que impor a documentação das questões mais relevantes da relação social de trabalho

Ao fixar obrigações como aquela prevista no artigo 74, a CLT estabelece a possibilidade de o trabalhador ter instrumentos para verificar a medida da troca: o tempo de vida que põs à disposição do empregador ao longo do curso de uma relação de trabalho e a remuneração respectiva. Mas, o que é mais importante, dá ao trabalhador também o meio necessário para que o direito à limitação e ao correto pagamento da jornada possa ser realmente exercido e respeitado. Não há outro modo de concretamente “congelar” os horários de trabalho realizados, para torná-los aferíveis numa futura demanda trabalhista.

O tempo de trabalho, a medida da troca, é algo insuscetível de ser lembrado pelo trabalhador ou por seus colegas de trabalho, com a precisão que o processo racional iluminista pretende. Basta um exercício simples. Tentar recordar o horário exato em que iniciou e no qual concluiu determinada atividade há dois ou três dias é uma tarefa praticamente impossível. Quando pretendemos ter essa informação, via de regra precisamos recorrer a anotações. A memória humana tem limites que não podem ser desconsiderados. A continuidade da relação de trabalho e suas circunstâncias, sempre versáteis, mutáveis, geram essa impossibilidade real. Recordar os horários, o que foi dito, onde determinado documento estava guardado, se não impossível, é tarefa muito difícil.

Soma-se a isso o fato de que nossa memória retém aquilo que considera importante. Não temos condições de “arquivar” tudo, por isso selecionamos fatos, figuras e sentimentos. Essa é a razão pela qual a prova oral é necessariamente frágil. Mesmo a mais bem intencionada testemunha pode

confundir-se, esquecer-se ou reter memória que não se coaduna com o que ocorreu na realidade.

A legislação trabalhista reconhece essa limitação que decorre das próprias características da relação de trabalho e da continuidade que a informa. Por isso, determina ao empregador a obrigação de manter registrados os horários de trabalho. Assim, promove a proteção do trabalhador durante a relação de trabalho e após o seu término, ao lhe permitir demonstrar em juízo as horas de vida que colocou à disposição durante a relação social de trabalho, caso haja discussão judicial sobre a matéria.

O primeiro aspecto que precisa ser salientado é justamente este: a exigência de manutenção de controle escrito do horário de trabalho tem caráter pedagógico e social, atuando durante o desenrolar do vínculo de emprego. Também tem caráter assecuratório, garantindo ao trabalhador a forma como eventual prova posterior do horário de trabalho deverá ser produzida diante do Estado. E isso em razão do reconhecimento de que: ou a jornada é registrada ou não haverá como “recuperá-la” posteriormente, em âmbito processual.

Trata-se de uma garantia que atinge tanto a esfera material quanto a processual. Aliás, a garantia processual só ganha relevância em razão da garantia material que promove. A exigência de produção prévia dessa “prova documental” tem sua importância justamente naquilo que ela viabiliza antes mesmo de iniciar o processo e ainda quando esse processo sequer vier a existir. Folgas, férias, descansos, adicional de assiduidade, acidente de trabalho, doenças profissionais: praticamente todas as questões relativas ao vínculo de emprego dependem de um correto registro do horário de trabalho. Atrasos e faltas, muitas vezes apontados como o motivo para a despedida, só podem ser observados pelo empregador mediante cotejo dos registros de horário de trabalho.

Do mesmo modo, uma doença profissional ocasionada pelo esforço repetitivo poderá ser demonstrada também pelo excesso de trabalho, devidamente documentado nos registros de horário. A discussão acerca da ocorrência ou não de um acidente durante a atividade laboral também terá nos registros escritos do tempo de trabalho o melhor meio de comprovação do local em que ocorreu. A medida e a razão do pagamento do adicional de assiduidade previsto em várias normas coletivas está igualmente nos registros dos horários de trabalho. O mesmo ocorre em relação ao controle das folgas, a fim de garantir a fruição do repouso aos domingos ou a observância da quantidade de tempo necessária à consecução de determinada tarefa.

Muitos outros exemplos poderiam ser lembrados. Se não houver efetivo controle do tempo de trabalho, os direitos trabalhistas terão seu exercício

obstado ou dificultado durante a relação de trabalho. Portanto, mesmo quando a relação social de trabalho não resultar em um processo trabalhista, o controle escrito do tempo de trabalho revela-se fundamental à proteção efetiva do trabalhador. Isso porque o tempo colocado à disposição é a medida da troca. Não controlá-lo é admitir a quebra do suposto sinalagma que informa a relação social de trabalho.

Utilizo propositadamente a expressão “suposto sinalagma”, porque, a partir de tudo o que já foi estudado, estamos habilitados a perceber que não existe verdadeira correspondência na troca que se opera na relação de trabalho assalariado. O valor pago pelo tempo de trabalho não corresponde ao que efetivamente é entregue pelo trabalhador durante a jornada. Aliás, é justamente essa discrepância que gera mais-valor e que, por consequência, torna tão atraente a própria exploração do trabalho. Ainda assim, o registro e controle do tempo de trabalho é a medida da troca.

Já há um tanto de trabalho não remunerado no tempo computado à disposição do empregador. Existe ainda a diferença objetiva entre o que se troca nessa relação. O fato de que o trabalhador vende, na relação de trabalho, sua própria força de trabalho e, portanto, a si mesmo (MARX, 1982, p.160) determina de um lado a subordinação do trabalhador e, de outro, o poder social do empregador. A supressão desse poder social destruiria a própria noção de relação de trabalho assalariado. Trata-se de elemento de dominação, puro e simples, facilitado pela separação do trabalhador dos meios de produção e impulsionado pela existência de um excedente de força de trabalho e pela necessidade de trabalhar (MELHADO, 2007, p.108).

A limitação desse poder social é uma das razões da criação das normas propriamente trabalhistas. É igualmente a razão pela qual a doutrina constitucional reconhece a necessidade de intervenção na vontade, elemento que distingue o Direito do Trabalho (ABRANTES, 2005, p.136). É ainda o motivo pelo qual as normas trabalhistas fixam deveres de conduta ao empregador. Deveres cujas consequências extrapolam o âmbito material para invadir também a esfera processual.

Esse é o outro aspecto da proteção que a norma do artigo 74 da CLT promove. Constitui condição de possibilidade para um processo justo e eficaz, direito fundamental que, por sua importância, está inclusive expressamente previsto no art. 5^o da Constituição. Portanto, sob a perspectiva da sociedade do capital, é indispensável que o Estado garanta um processo em que a melhor versão dos fatos possa ser apurada, prevenindo ou recompondo, ainda que parcialmente, o dano sofrido pela parte.

3 O CONTEÚDO DA NORMA DO ARTIGO 74 DA CLT: dever fundamental e suas consequências materiais e processuais

O artigo 74 da CLT não reproduz regra estritamente processual. Trata da relação material de trabalho, embora efetivamente fixe obrigação cuja consequência será verificada quando da judicialização do conflito. Dispõe acerca de obrigação que atribui ao empregador antes mesmo do início do processo e em situações que, muitas vezes, sequer virão a ser objeto de demandas trabalhistas.

Quando se refere a esse dispositivo legal, Arnaldo Süssekind (2005, p.829-830) admite que a norma tem por objetivo “a comprovação do tempo” em que os trabalhadores permanecem à disposição do empregador. Refere expressamente tratar-se de obrigação imposta ao comprador da força de trabalho, cujo desrespeito implicará infringência à “norma de ordem pública”, mas reconhece como consequência apenas sanções administrativas. Chega a mencionar a relação do dever de controle com a produção da prova, mas apenas para referir que a sua não apresentação dificultaria a prova de prestação de serviços extraordinários pelo empregado e encontra aí a justificativa para a súmula 338 do TST. Alice Monteiro de Barros (2006, p.660-1), por exemplo, limita-se a reproduzir a súmula 338 do TST, referindo que o aludido dispositivo trata de ônus da prova.

No mesmo equívoco incorre Maurício Godinho Delgado (2006, p.872). Quando se refere especificamente à norma do artigo 74, reconhece que a exigência ali contida tem por objetivo “facilitar a prova do respeito à jornada legal padrão ou a prova do trabalho extraordinário efetivamente realizado”. Ainda assim, observa que existem duas posições acerca das consequências processuais desse dever legal: a) de que os registros escritos seriam a única prova possível da jornada; b) de que a não apresentação dos registros reduziria os efeitos da contestação do empregador, “atenuando o ônus probatório cabível ao obreiro de provar a existência de sobrejornada” (DELGADO, 2006, p.873). Portanto, reconhece que o dispositivo em exame, que regula situação material, tem efeitos processuais. Mas, ao tratar desses efeitos, também confunde categorias jurídicas diversas: ônus e dever processual.

Essa confusão é comum entre aqueles que escrevem sobre a matéria. O artigo 74 da CLT é norma de direito material, mas não há como negar sua incidência sobre questões processuais. O problema é conseguir equacionar essa relação sem confundir dever e ônus, reconhecendo a função que a regra desempenha no vínculo de trabalho, seja durante a sua execução, seja em momento de posterior discussão judicial.

Na realidade, três posições podem ser defendidas em relação ao artigo

74 da CLT: a) de que estabelece um dever de produção de documento, cujo efeito processual é justamente atribuir ao empregador a incumbência da prévia produção de prova documental; b) de que estabelece uma faculdade do empregador que, por se tratar de norma de direito material, não gera efeitos processuais; c) de que fixa um ônus de prova em relação à jornada, atribuindo-o ao empregador.

Das três possibilidades, a última é a que mais contraria não apenas os limites semânticos do dispositivo, como sua topografia e função dentro do sistema que a CLT estabelece. A norma não se refere à relação processual. Trata de circunstância relativa à execução de relação de trabalho que pode jamais vir a ser judicializada. Aliás, caso se referisse ao ônus da prova, seria contrária ao artigo 818 da CLT, porque não é o empregador quem alega a existência de horas extras.

A segunda opção esbarra na literalidade do dispositivo. A CLT determina seja obrigação do empregador a manutenção dos registros. Não se trata, portanto, de mera faculdade. Retomando, aqui, o que já foi dito acerca da norma jurídica, sob a perspectiva do Constitucionalismo Contemporâneo, parte-se do pressuposto de que norma é “produto da interpretação de um texto”. Não se resume, portanto, ao que está escrito. Por outro lado, porém, parte exatamente do que está escrito e, por isso mesmo, não há como interpretar fugindo completamente do que dispõe a regra. Em outras palavras, ao intérprete não é facultado “pular” a regra e ir direto ao princípio ou criar uma nova regra, desconectada do texto legal. Então, se por um lado o texto não esgota o conteúdo da norma, por outro, ele determina os limites da interpretação (STRECK, 2011, p.581).

Por fim, esbarra, também, na circunstância de que justamente por tratar de questão material que independe da existência de processo, não faz sentido pensar-se em atribuição de mera faculdade ao empregador. Não há qualquer utilidade em estabelecer que o empregador (com mais de dez trabalhadores subordinados) pode manter registro escrito do horário de trabalho dos seus empregados. E, por isso mesmo, a norma não fixa faculdade, mas sim obrigação.

Além disso, restaria injustificável a sanção administrativa que a própria CLT prevê em caso de descumprimento da obrigação de manutenção dos registros. E também não haveria falar em qualquer consequência processual. A não observância de uma faculdade material não gera sanções materiais ou processuais, nem mesmo sob a perspectiva da distribuição do ônus probatório.

A literalidade do texto legal, que se revela sempre suficiente para a defesa de interpretações restritivas dos direitos trabalhistas, aqui parece não ser sequer percebida pelos aplicadores do Direito do Trabalho. Em vez de reconhecer o que a CLT expressamente determina e, a partir daí, analisar as consequências

jurídicas da inobservância de um dever legal, é mais fácil examinar o dispositivo como se ele dispusesse sobre ônus probatório. Como tentarei demonstrar, essa confusão de conceitos jurídicos tem consequências práticas extremamente relevantes.

A regra do artigo 74 da CLT revela uma característica que também transparece em outras normas trabalhistas. É, ao mesmo tempo, norma coletiva, destinada a um grupo de pelo menos dez empregados, e individual, porque se refere a cada trabalhador. É norma de direito material e também norma processual, já que o *dever* ali inscrito tem consequências no processo.

Nesse aspecto, o Direito do Trabalho rompe com dicotomias próprias do direito comum, revelando sua natureza dialética. Embora persistam as diferenças entre normas processuais e materiais, ambas estão intimamente conectadas.

À época em que foi editada a CLT, prevalecia com extrema tranquilidade na doutrina e na jurisprudência a noção de que normas materiais não se confundem com normas processuais; pertencem a mundos distintos. Do mesmo modo, regras do “processo de conhecimento” não dialogavam com as do “processo de execução” ou mesmo com as do “processo cautelar”. O Código de Processo Civil então vigente tratava de tais normas em três livros distintos.

A CLT compilou em um único texto normas materiais e processuais, assecuratórias e satisfativas. Dispôs expressamente que o processo trabalhista inicia com a petição endereçada ao Estado-Juiz e só termina com a efetiva entrega do “bem da vida”. Portanto, rejeitou a separação civilista pela qual os institutos precisavam sempre ser “catalogados” (SILVA, 2002b, p.11). Por isso, se não ultrapassa, ao menos desafia a racionalidade processual moderna que “concebe o direito como uma ciência explicativa, não uma ciência da compreensão”, partindo de uma visão compartimentada (SILVA, 2003, p.269).

A Constituição de 1988 prestigiou essa nova racionalidade, já presente na CLT desde 1943. A construção de um Estado Social pressupõe a atribuição de função diferente ao Poder Judiciário. Se o que realmente importa é dar efetividade aos direitos reconhecidos como indispensáveis à concretização do projeto de sociedade contido na Constituição, a separação absoluta entre normas processuais ou materiais perde relevância. Na verdade, a alteração, em nossa percepção acerca do processo, abandonando dogmas que servem apenas à cientifização e ao distanciamento entre Direito e realidade, é condição para a compreensão de temas como o do dever de registrar o horário de trabalho.

As normas fundamentais trabalhistas devem ser aplicadas / interpretadas de sorte a concretizar o princípio que as fundamenta. Cada obrigação ou dever que grava a conduta do empregador tem inspiração direta no *princípio de*

proteção. Mais do que a literalidade do artigo 74 da CLT, é a função que ele exerce na concretização dos direitos fundamentais trabalhistas que precisa ser percebida, revelada e preservada, quando da sua aplicação aos casos concretos.

Entretanto, o exame da doutrina e da jurisprudência revela um silêncio ensurdecedor diante do tema. É urgente, portanto, examiná-lo com mais vagar, a fim de afastar-se o “senso comum teórico” (WARAT, 2006), a que se propõe a leitura das normas de modo desconectado com a razão de ser (com o que *está no princípio*) do Direito e do Processo do Trabalho.

A norma do artigo 74 da CLT é composta pela regra, observada inclusive a sua literalidade, e pelo princípio da proteção, que justifica sua existência. Portanto, sua aplicação, tanto no âmbito da relação material quanto no de um eventual litígio trabalhista, depende da compreensão de que o dever de anotar o horário de trabalho é corolário da proteção ao trabalhador. Disso se extrai, também, que a norma do artigo 74 da CLT tem ainda função pedagógica e atua como condição de possibilidade para o exercício e a posterior discussão judicial de vários direitos trabalhistas, inclusive não diretamente relacionados ao tempo de trabalho.

Neste estudo, para além da importância material de que o registro do horário de trabalho se reveste, me deterei em examinar as questões processuais a ele relacionadas, que existem exatamente para resguardar essa importância.

4 AS CATEGORIAS DO ÔNUS E DO DEVER DE PRODUÇÃO DE PROVA DOCUMENTAL: uma distinção necessária

A compreensão processual acerca do artigo 74 da CLT, em função da redação da Súmula 338 do TST, vem comprometendo não apenas a produção da prova nos processos trabalhistas, mas, sobretudo, a própria existência material dos registros. Compromete, por consequência, toda a proteção que o controle escrito do horário de trabalho promove durante a relação material.

A compreensão de que esse dispositivo contém regra sobre ônus da prova vem justificando a oitiva de testemunhas para demonstrar horário de trabalho. Como decorrência lógica, estimula empregadores a não mais manterem os registros escritos. Justifica também “técnicas” de inversão de ônus da prova ou de “distribuição dinâmica”, que são absolutamente desnecessárias no processo do trabalho.

A CLT dá uma lição ao direito comum acerca de ônus da prova. Fixa-o em regra extremamente simples, em seu artigo 818, cuja redação atual é: a “prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. Essa diretriz que serve para resolver qualquer questão relativa ao ônus probatório no contexto de uma relação de trabalho judicializada, será substituída, quando entrar em vigor

a Lei 13.467/17 (reforma trabalhista) recentemente aprovada. Embora não comprometa o raciocínio que venho aqui desenvolvendo, é preciso observar que essa alteração revela com ainda mais força o desconhecimento acerca da fórmula adotada pela legislação trabalhista, para resolver a questão relativa à produção da prova que, diga-se de passagem, é muito mais eficiente e atual do que aquela prevista no CPC.

A CLT estabelece um sistema de deveres fundamentais do empregador, que precisam ser exigidos no processo antes mesmo que se adentre à questão do ônus de prova. Para melhor compreender o que aqui se sustenta, é preciso fazer a distinção entre ônus de prova e dever de produção de prova. Essa distinção me parece a chave para dissipar as confusões produzidas pela doutrina, sobretudo pela jurisprudência consolidada na súmula 338 do TST, e combater seus efeitos sociais extremamente nocivos.

A palavra ônus significa carga, peso. Não se confunde com obrigação ou dever. A verificação do ônus ocorre no âmbito processual e implica justamente a atribuição de comprovar ao Juiz as alegações. Por isso mesmo, é atribuído à “parte no processo”. E a parte que detém um ônus “não está obrigada a desincumbir-se do encargo, como se o adversário tivesse sobre isso um direito”. Trata-se de um instituto jurídico típico do direito moderno burguês. O Juiz não pode se eximir de decidir, ainda que não possua provas suficientes para seu convencimento. A distribuição do ônus de prova entre os litigantes permite que se atribua a um deles “as consequências de tal insuficiência probatória” (SILVA, 2002a, p.342-3). Portanto, a noção de ônus da prova surge da necessidade de resolver os casos em que o Juiz não sabe como julgar (*non liquet*).

Nas palavras de Pontes de Miranda (MIRANDA, 1996, p.253):

A diferença entre dever e ônus está em que (a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos; satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse.

Portanto, ônus é um conceito jurídico intimamente ligado ao processo, à pretensão à tutela jurídica. Pode até não se resumir à esfera processual, como defendem alguns, mas encontra ali o seu ambiente, porque é esse o momento em que há o convencimento do Estado, detentor do monopólio da jurisdição. Quem tem interesse em provar, em âmbito judicial ou extrajudicial, detém o ônus da prova. É nesse sentido que Pontes afirma que “não se pode pensar em dever de prova, porque não existe tal dever, quer perante a outra pessoa, quer perante o Juiz” (MIRANDA, 1996, p.253).

Realmente, no âmbito da relação material existente entre as partes, esteja ela judicializada ou não, quando se trata de saber a quem incumbe demonstrar (provar) um fato alegado, é de ônus que se está a tratar. E aí a categoria dos deveres não encontra lugar. O ônus da prova existe para resolver um problema processual: o de sustentar o dogma da completude do ordenamento jurídico e, por consequência, da existência de uma resposta a ser encontrada pelo Juiz, quando do exame do litígio. Existe, portanto, para resolver “casos difíceis”, para auxiliar a resolução do caso concreto, em razão da premissa racional de que o Juiz não poderá se abster de “resolver” a lide.

É nesse sentido que o ônus da prova existe, sobretudo, para regular a “consequência de se não haver produzido prova”. Ou seja, serve para resolver o dilema da situação processual em que não haja prova suficiente para o convencimento do Juiz. O Estado, justamente porque detém o monopólio da jurisdição, não pode se negar a oferecer uma resposta ao conflito social que aprecia. Portanto, “se falta prova, é que se tem de pensar em se determinar a quem se carga a prova”. Então, a questão acerca do ônus da prova diz justamente com a determinação sobre quem irá sofrer “as consequências de se não haver provado” (MIRANDA, 1996, p.271).

Ora, o raciocínio de Pontes de Miranda é perfeitamente compatível com a tecnologia dos direitos trabalhistas. A CLT impõe deveres de documentação. Logo, apenas após a verificação acerca do cumprimento de tais deveres, chegar-se-á ao momento em que é preciso verificar se falta prova de algum fato. E, então, haverá a distribuição (ou a atribuição) do ônus àquele que alegou.

Disso se extrai que a atribuição do encargo de demonstrar ao Juiz a verossimilhança de suas alegações tem íntima relação com os deveres de conduta que se atribuem às partes, antes mesmo de iniciada a demanda. Apenas quando superada a verificação acerca do dever de documentação e de exibição de documentos, por exemplo, haverá necessidade de distribuir o ônus probatório, em âmbito processual. Logo, para o desenrolar da técnica processual trabalhista, enquanto há dever, não há ônus. O ônus só assumir importância, no âmbito do processo, quando ultrapassada a fase de verificação do cumprimento ou não do dever legal.

A obrigação ou dever de conduta é estabelecida pelo Estado para viabilizar o convívio social e reproduzir um modelo de sociedade. Habita tanto a esfera das relações materiais, quanto a dos deveres processuais. Toda vez que o Estado impõe ao sujeito a realização ou a abstenção de um ato, sob pena de sofrer determinada consequência, impõe-lhe uma obrigação. Do mesmo modo, as partes podem atribuir-se respectivamente obrigações em razão de um contrato ou de uma relação social de trabalho. Durante o processo, existem deveres de conduta exigíveis pelo Estado que, desrespeitados, geram sanções.

O Estado não pune quem tem ônus de prova e dele não se desincumbe. O pressuposto é o de que as partes em litígio num processo têm interesse em demonstrar a veracidade de suas versões, portanto cada uma delas fará o possível em relação à prova de suas alegações. Pune-se, porém, a parte que, tendo dever de agir de determinado modo, não o faça. Basta pensarmos nos deveres de conduta instituídos no Código de Processo Civil, dentre os quais o de dizer a verdade e não ocultar documentos do processo. A não observância desses deveres gera sanções decorrentes da litigância de má-fé, como, por exemplo, o pagamento de multa e de indenização. Portanto, quem tem o dever de agir e não age, está sujeito à coerção. Quem tem ônus, poderá permanecer inerte e daí não advirá coerção alguma. Arcará, porém, com as consequências do seu agir. É por isso que, no âmbito processual, não existe o dever de provar, mas existem deveres processuais ligados à prova. Os deveres, ainda que se constituam e sejam exigíveis no âmbito material, têm consequências que poderão invadir a esfera processual.

No âmbito do Direito do Trabalho, ao dever de produzir determinado documento, previsto em norma de direito material, corresponde o dever processual de exibi-lo em juízo. Trata-se de um outro modo de dizer a mesma coisa: a parte que tem o dever de exibir acaba produzindo a prova. Entretanto, a distinção feita por Pontes de Miranda evidencia uma compreensão que compartilho: o dever de produzir o documento, durante a relação de trabalho, e de exibi-lo em juízo, em caso de controvérsia, não se confunde com o ônus probatório, que será aferido apenas após superada essa etapa inicial da fase instrutória.

Trata-se de um mesmo dever, com consequências materiais e processuais. Exatamente por isso o artigo 400 do CPC prevê que, ao decidir o pedido, o Juiz *admitirá a verdade do fato* que, por meio de documento, se pretendia provar. A consequência da não exibição não é, portanto, a confissão ficta, mas a imposição de uma penalidade ainda mais grave: a admissão da veracidade das alegações contrárias à parte gravada com o dever de produção e exibição da prova.

O Juiz, decidindo a partir da distribuição do ônus da prova, poderá conceder ou negar o direito, ainda que não esteja convencido da prova produzida pela parte “beneficiada” pelo resultado da decisão. Por isso, a CLT estabelece que a prova das alegações incumbe à parte que as fizer. Porque é exatamente essa a regra geral sobre o ônus, e a contrapartida estabelecida pelo direito processual é a possibilidade de o Juiz presumir a inexistência ou a existência de determinado fato, em razão da inércia da parte a quem pertencia o ônus da prova.

Quando se trata de dever, porém, já não se está mais diante de mera faculdade, justamente porque ao dever corresponde – em contraposição –

um direito da parte adversa da relação social. Por isso, sua inobservância gera sanção, de natureza cível, penal ou trabalhista.

O problema da interpretação / aplicação do artigo 74 da CLT deve ser examinado, portanto, a partir de dois aspectos. Inicialmente, em razão da função dos deveres no âmbito material e no âmbito processual. Em seguida, a partir das consequências que o reconhecimento de um dever fundamental ligado à prova tem em relação ao ônus probatório.

No âmbito material, os deveres figuram como limites e, ao mesmo tempo, como condição de possibilidade do exercício dos direitos. Mesmo sob a lógica do capital, uma sociedade que garanta direitos, mas não imponha deveres, não consegue realizar seu projeto de justiça. A categoria dos deveres nasce junto com a noção moderna de direitos subjetivos, tem imbricação com a racionalidade moderna. O sujeito de direitos é o indivíduo que, estando sozinho no mundo (sem o apoio das forças míticas e dos dogmas medievais), é responsável por sua própria sorte. Por isso, autores comprometidos com tal racionalidade referem que o homem, exercendo sua liberdade, deve assumir deveres relacionados aos seus pares (KANT, 2009, p.192), que “a moralidade do indivíduo consiste em que ele cumpra os deveres de sua posição social” (HEGEL, 2008, p.88), que a responsabilidade perante os pares e as “gerações futuras” deve ser o limitador da liberdade individual (RALWS, 2000) ou que o direito de liberdade corresponde à responsabilidade, ao cumprimento de determinados deveres (HABERMAS, 1997). Então, mesmo (ou principalmente) sob a perspectiva liberal, aos direitos correspondem deveres exigíveis pelo Estado e sujeitos a sanções por descumprimento.

Sob a perspectiva do Direito, portanto, a categoria dos deveres fundamentais não pode ser negligenciada. Tanto assim que a evolução possível, no âmbito do que é jurídico, com o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais, vem emprestando ainda maior relevância à observância dos deveres (fundamentais) que lhes correspondem e que justificam o reconhecimento de sua exigibilidade não apenas na relação entre Estado e cidadão, mas, sobretudo, nas relações sociais privadas (NABAIS, 2007, p.198-246).

Em nenhum outro ramo do Direito emerge com maior nitidez a necessidade de que os deveres sejam observados, a fim de que os respectivos direitos possam efetivamente ser exercidos. Essa é, inclusive, a razão pela qual as primeiras teorizações sobre a existência de deveres diretamente exigíveis da parte surgem no Direito do Trabalho.

É justamente no Direito do Trabalho que se desenvolve a chamada teoria da eficácia direta ou horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas (SARLET, 2000, p.121-2). O Juiz do Trabalho Hans Carls Nipperdey

apoiou sua tese, acerca da necessidade de exigir diretamente dos particulares o cumprimento de deveres fundamentais, no fato de que, em algumas relações sociais privadas, como aquela que se estabelece entre capital e trabalho, habita um poder que deve ter, como resposta a sua possibilidade de determinação dos moldes da relação, um dever direto de realização dos direitos fundamentais da outra parte. Portanto, os deveres fundamentais atuam como condição de possibilidade dos direitos fundamentais e devem ser exigidos diretamente dos particulares. A principal preocupação dessa doutrina, que evidentemente não questiona a ordem posta, é impedir a “proteção insuficiente”, um conceito construído para se referir às situações em que o ordenamento jurídico garante determinada proteção que, na prática, revela-se mera retórica (CANOTILHO, 1993, p.497).

No caso específico do Brasil, a eficácia imediata dos direitos fundamentais está estabelecida no art. 5º, § 1º, da Constituição, e deve ser exigida inclusive nas relações entre particulares. Embora haja diferença entre o que se pode exigir do Estado e aquilo que é exigível diretamente dos particulares, há uma “simultânea e interdependente eficácia dos direitos fundamentais” (SARLET, 2007, p.111-144). Pois bem, o reconhecimento de uma eficácia direta dos direitos fundamentais, gerando deveres nas relações privadas, implica (ou deveria implicar) a superação da dicotomia público x privado (FACCHINI NETO, 2006, p.13-62), tal como o Direito do Trabalho parece propor, desde a sua gênese. É exatamente na realidade das relações entre capital e trabalho que surgem os primeiros casos, nos quais se reconhece a necessidade de exigir diretamente do particular a realização de um direito fundamental.

É nesse ambiente que os deveres ligados à prova se inscrevem. Aqui, os âmbitos material e processual se imbricam sem se confundir: o sistema de provas trabalhista pressupõe o reconhecimento de deveres fundamentais diretamente exigíveis do empregador.

5 AS CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER CONTIDO NO ARTIGO 74 DA CLT

A doutrina trabalhista não controverte acerca da existência de deveres fundamentais que gravam a conduta do empregador. Porém, em razão de uma lógica que distancia o direito material do processo, desconecta tais deveres do âmbito processual, tornando-os meras recomendações sem efeito jurídico-processual, quando se trata da análise do dever de prova da jornada.

O artigo 74 da CLT, embora regra de direito material, especifica o *tipo de prova* legalmente aceitável para o efeito de comprovação da jornada realizada pelo empregado. Estabelece um dever ao empregador, cujo não cumprimento

tem por consequência sanções legais. Nesse caso, assim como no caso da norma relativa à documentação do pagamento de salário, as consequências do descumprimento são tanto materiais quanto processuais. No âmbito material, o empregador pode sofrer sanções administrativas em razão de não possuir registros escritos do horário de trabalho de seus empregados. No âmbito processual, também há previsão expressa de consequência legal para o descumprimento do dever imposto pela norma trabalhista. Embora essa previsão não esteja no texto da CLT – assim como não está ali a previsão de sanção ao litigante de má-fé – consta de cláusula geral plenamente compatível com o processo do trabalho. Cláusula que, aliás, nem precisaria ser expressa, na medida em que a sanção decorre justamente da natureza de *dever legal*, que a manutenção e a consequente exibição dos registros de horário assumem no sistema trabalhista.

O artigo 442 do Código de Processo Civil diz expressamente que a prova testemunhal é, como regra, sempre admissível, e o art. 443 apresenta exceção a essa regra, ao dispor que o juiz “**indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos**” que “só por documento ou por exame pericial puderem ser provados”.

O indeferimento da oitiva de testemunhas é a sanção que o ordenamento jurídico impõe à parte que, tendo dever de documentar determinado fato e, por consequência, de exhibir o documento em juízo, não o faz. O dever de pré-constituir a prova implica, necessariamente, a sua exibição em juízo, sob pena de perda de sua própria razão de ser. A jornada é justamente o tipo de fato que só por documento pode ser provado, quando o empregador contar com mais de dez trabalhadores a ele subordinados. Isso por determinação expressa do art. 74 da CLT. A penalidade aqui, segundo Pontes de Miranda (1996, p.422), é a completa negação da eficácia probatória aos testemunhos sobre a jornada:

A prova testemunhal não é de admitir-se; por maior que fosse o número de testemunhas, nenhuma eficácia probatória teria o que elas declarassem. Quando para algum ato se exige determinada forma, não entra ele, sem isso, no mundo jurídico: não existe.

É interessante observar que o TST aceita tranquilamente a aplicação do artigo 443 do CPC (antigo artigo 400) ao processo do trabalho, nas hipóteses em que se exige perícia para a comprovação de um fato ou discute-se salário, mas nega sua aplicação – mais do que isso, silencia sobre ela – quando o assunto é a jornada. A observância ou não de um dever fundamental ligado à prova em nada interfere na distribuição do ônus. Aqui, a categoria dos deveres fundamentais invade a esfera processual, mas exige um raciocínio que não se confunde com aquele relativo à distribuição da carga probatória.

Ao iniciar a fase da produção de provas, o Juiz do Trabalho deve investigar se o empregador, a quem se atribuem deveres ligados à prova (de documentar a jornada, o pagamento de salário, o fornecimento de equipamentos de proteção e, portanto, a própria relação de emprego), os cumpriu devidamente. A verificação do cumprimento do dever legal, pelo Estado, se dá previamente em âmbito administrativo (mediante fiscalização) e posteriormente em ambiente processual (mediante exigência de exibição do documento). Caso o dever não tenha sido observado, ao Juiz cumprirá aplicar as respectivas sanções: admitir como verdadeira a versão contida na petição inicial e indeferir eventual prova testemunhal. Apenas após o empregador haver demonstrado ao Juiz que cumpriu seu dever legal, assumirá relevância a distribuição do ônus probatório.

Um exemplo torna tudo mais claro. Quando o trabalhador pleiteia o pagamento de horas extras, está alegando e, portanto, conforme a regra do artigo 818 da CLT, é seu o ônus da prova dessas alegações, mesmo considerando a nova redação que lhe foi dada pela Lei 13.467/17, e que nada mais é do que a imitação pura e simples da redação do CPC (Ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos do seu direito). Entretanto, a CLT atribui ao empregador, que possui o poder social e a possibilidade de documentar a relação de emprego, o dever de produção prévia da prova da jornada (art. 74), quando possuir mais de dez empregados. Em razão disso, o Juiz, antes mesmo de “distribuir” o ônus da prova, irá inicialmente verificar se o empregador trouxe aos autos os registros. Perceba-se bem: nesse momento, o Juiz não está perquirindo ônus da prova; está verificando o cumprimento de um dever legal.

Disso se extrai, ainda, que as alterações realizadas no art. 818 não alterarão a racionalidade da CLT. Ao contrário, considerando a predileção de muitos intérpretes da área trabalhista pelo uso do CPC, talvez até auxilie na sua observância. O § 1º do novo art. 818 refere que “diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo 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”. O empregador, cujo dever de documentação segue incólume, terá de demonstrar o cumprimento dos direitos trabalhistas por prova documental que, caso não apresentada, seguirá atraindo a aplicação subsidiária das normas do CPC, notadamente daquelas inscritas nos artigos 400 e 443¹. Então, caso não se desincumba

¹ O art. 611-A, inserido pela mesma Lei 13.467/17, quando refere que o negociado irá prevalecer sobre o legislado, inclusive no que tange à “modalidade de registro de jornada de trabalho” (X), também terá de ser compatibilizado com a obrigação prevista no art. 74, plenamente vigente. Logo, o resultado de uma negociação entre as partes acerca dessa matéria deverá necessariamente observar os parâmetros legais da própria legislação trabalhista, sob pena de nulidade, na forma do art. 9º da CLT, cujo conteúdo também não foi alterado pelo desmanche promovido pela Lei 13.467.

de seus deveres, haverá a admissão dos fatos alegados pela parte contrária como corretos. E o juiz segue proibido de produzir prova testemunhal sobre fatos que apenas por documento ou perícia possam ser demonstrados (art. 443 do CPC).

A redação dada ao § 2º incluído no art. 818 também deve ser aplicada em consonância com o poder geral de condução do processo pelo juiz que, portanto, definirá a necessidade de adiamento da audiência e, ao possibilitar a prova dos fatos, terá que atentar para aquele admitido pelo direito. Se o Direito impede a prova por meio de testemunhas (art. 443 do CPC), não poderá o juiz admiti-la. Na linha dialética e otimista que deve nos orientar, temos aí mais uma chance importante para o cancelamento da nefasta súmula 338 do TST e, enfim, o reconhecimento da importância dos deveres de prova que gravam a figura do empregador.

Se o empregador tiver cumprido seu dever legal, exibindo os registros em juízo, o trabalhador deverá ter deles ciência. Havendo sua concordância com os horários documentados, a prova se restringirá à demonstração de que a jornada registrada não foi integralmente paga, porque não consta nos recibos de salário, cujo dever de exibição o empregador também detém. Havendo a discordância do trabalhador com a documentação produzida pela empresa, passar-se-á à fase de distribuição do ônus da prova. O que ocorre, então, é a impugnação de um documento, cuja prova da falsidade será incumbência do trabalhador. De outra parte, se o empregador não cumprir seu dever legal, deixando de trazer aos autos verdadeiros registros de horário, ele sofrerá as sanções correspondentes. Por consequência, não haverá necessidade ou utilidade na produção de outra prova acerca da jornada. Haverá, isso sim, proibição legal expressa de oitiva de testemunhas sobre esse fato. E não haverá mais controvérsia. Assim, sempre que o Juiz chegar ao ponto de ter de distribuir ônus probatório, a prova caberá à parte que alegou.

Temos, na fase probatória do processo, momentos distintos. Primeiro, afere-se o cumprimento dos deveres ligados à prova, aplicando-se as sanções pertinentes. Apenas quando ultrapassada essa fase, haverá a necessidade de distribuição de ônus. Logo, raras serão as hipóteses em que o Juiz precisará “inverter o ônus” ou invocar razões de outra ordem (como a facilidade na produção ou na guarda), para distribuir de modo diferente a prova. Porém, não é essa a compreensão refletida na praxis trabalhista. Os Juízes do Trabalho seguem colhendo prova testemunhal acerca da jornada, quando a empresa com mais de dez empregados não apresenta os registros escritos do horário de trabalho, e o fazem em razão do entendimento contido na súmula 338 do TST.

Antes de tratar da questão específica da Súmula 338 do TST, que torna letra morta o dever contido no art. 74 da CLT, e confunde dever e ônus, prestando um

grande desserviço à dogmática jurídica e à prática da relação social de trabalho, é preciso uma breve referência sobre a função que as súmulas desempenham no Direito.

6 AS SÚMULAS E A CRISTALIZAÇÃO DO DIREITO: DO JUIZ “BOCA DA LEI” AO JUIZ “BOCA DA SÚMULA”

Como já referi, apesar da dicção expressa dos artigos 74 da CLT e dos artigos 400 e 443 do CPC, a maioria da jurisprudência segue aplicando o entendimento da súmula 338. Ouvem-se testemunhas que muito raramente são isentas, na medida em que, via de regra, ou são ex-empregadas (convidadas a depor pelo trabalhador) ou são atuais empregadas (convidadas pelo empregador). Em ambos os casos, estão irremediavelmente afetadas pela luta de classes, em cujo cenário se reconhecem como representantes do capital ou do trabalho.

As decisões nas quais a regra do artigo 443 do CPC (antigo 400) é aplicada, para o efeito de indeferir prova testemunhal, reconhecendo o horário de trabalho descrito na petição inicial, são, geralmente, anuladas, sob o argumento de “cerceamento de defesa”. É exemplo disso:

NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. Cabe assegurar às partes todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive oral, para demonstração de suas alegações no que tange à jornada de trabalho, pois “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.”, conforme orienta a súmula 338, inciso I, do TST. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2014).

Nesse caso específico, a empregadora – empresa com bem mais de dez empregados – não apresentou os registros de horário da empregada, ao argumento de que os psicólogos eram dispensados de marcação por sua própria vontade e pela necessidade do serviço. A decisão menciona que o preposto, ouvido em audiência, referiu que a reclamante trabalhava das 8h30min às 17h30min, “demonstrando, portanto, que era possível o controle da jornada”. No Acórdão, há o reconhecimento expresso de que “é de ordem pública a natureza jurídica de todo o sistema de normas previsto no Capítulo II denominado Da Duração do Trabalho”. Como consequência, “não podem as partes contratantes, na seara trabalhista, escolherem se irão adotar, ou não, o controle de horário”.

Aqui está um ponto extremamente importante da discussão. Admitir a possibilidade de “produção de prova em contrário”, quando o empregador não

cumpra seu dever de documentação, implica exatamente isso: admitir que as partes podem escolher se irão ou não cumprir as normas impositivas contidas na legislação trabalhista.

Na decisão em exame, admite-se, também, que a exigibilidade de marcação do cartão ponto tem como único pressuposto a possibilidade de controle do horário de trabalho. Então, a empregadora, “por sua livre escolha, e em que pese o poder de mando e disciplina que a lei lhe assegura, **abriu mão da prova preconstituída** consubstanciada nos cartões ponto, não lhe socorrendo a alegação de que tal ocorreu por vontade do autor” (grifo meu). E a Relatora conclui: “Não havendo razão de ordem lógica e jurídica para o descumprimento do que determina o artigo 74 da CLT, não deve ser admitida a prova testemunhal”.

Ainda assim, em vista dos termos da súmula 338 do TST, que, segundo a mesma decisão, “confere amplitude máxima ao direito de defesa e adota, implicitamente, a técnica processual da inversão do ônus da prova”, a Relatora, fazendo expressamente constar “ressalvado meu entendimento acerca do tema”, adota a orientação jurisprudencial, por questão de “disciplina judiciária”. Em razão disso, declara a nulidade por cerceamento de defesa e determina o retorno dos autos para audição das testemunhas. No Acórdão, admite-se que a súmula, da forma como redigida, “alcança resultado não querido, pois incentiva o descumprimento da lei”.

Essa decisão impressiona pela possibilidade que nos confere de perceber a força da ideologia no discurso jurídico. O Juiz, mesmo ciente de que contraria a lei (material e processual), *rende-se* à orientação sumulada, por “disciplina”. A sociedade da disciplina coloca a obediência acima do raciocínio, da capacidade de indignação e mesmo da *vontade de Constituição*, que é indispensável para que o projeto social (que essa mesma disciplina propugna) se torne realidade.

Ora, se a súmula – que constitui entendimento reiterado sobre norma jurídica e, nesse caso específico, sequer tem caráter vinculante – está dispendo de modo absolutamente contrário às normas materiais (art. 74 da CLT) e processuais (art. 400 e 443 do CPC), qual a função do Juiz do Trabalho senão afastá-la, sob pena de estar promovendo verdadeiro boicote ao Direito do Trabalho?

Trata-se do que Streck (2013) denuncia, em texto recente, referindo-se à súmula do STJ:

As súmulas brasileiras são uma espécie de ‘jabuticaba’. Só existem por aqui. As suas similares portuguesas, chamadas de ‘assentos’, foram declaradas inconstitucionais já em 1996 (Acórdão do TC 743/96). [...] Lamentavelmente, parece que a dogmática jurídica pretende construir

enunciados assertóricos que ‘abarcam, de antemão, todas as possíveis hipóteses de aplicação. São respostas a priori, oferecidas antes das perguntas. Isto é, as súmulas são uma espécie de ‘antecipação do sentido’, uma ‘tutela antecipatória das palavras’ ou, ainda, uma ‘atribuição de sentido inaudita altera parte...! [...]’

Em tempos em que se diz por aí que o Judiciário não é ativista, este parece ser um bom exemplo de como se faz ativismo dizendo que não se está fazendo. Ora, há limites semânticos no dispositivo que estabelece o tipo penal da corrupção de menores. O STJ não poderia fazer uma interpretação *in mala partem*.

As súmulas, tanto no TST quanto no STJ ou no STF, estão determinando uma nova forma de legislar, sem qualquer filtro democrático. Supostamente interpretam o ordenamento jurídico, mas o fazem, como é o caso da súmula 338 do TST, em franca contrariedade ao texto expresso de lei. Quando essa interpretação – no caso do Direito do Trabalho – é diametralmente contrária ao princípio da proteção e ao que dispõe a legislação vigente, a súmula é, como bem observa Streck, ilegal e inconstitucional.

No caso da jornada, como em outros tantos – basta lembrar o exemplo da súmula 331 do TST –, essa manifesta inconstitucionalidade é obscurecida pela necessidade de obediência (disciplina). Exatamente por isso, os argumentos jurídicos utilizados para a aceitação de produção de prova testemunhal não se sustentam. Eles não são a verdadeira razão pela qual os juízes seguem colhendo prova oral em hipóteses nas quais a lei determina a produção de documento. Apenas dissimulam o que efetivamente conduz à negação do ordenamento jurídico: a sujeição a um controle pan-óptico, cuja função última é a eterna (re) produção do modo de organização social atualmente existente.

Súmulas são orientações jurisprudenciais. Por consequência, devem retratar o modo de *interpretação* das normas jurídicas em determinado contexto histórico e social, e aí encontram seu limite. Não regulamentam nem legislam, ou, ao menos, não deveriam ter a pretensão de fazê-lo. Entretanto, não parece mais possível sustentar esse conceito de súmula, diante da alteração constitucional perpetrada pela Emenda 45, que introduziu em nosso sistema jurídico as súmulas vinculantes.

Como observa Rafael Marques, a alteração constitucional que introduz as súmulas vinculantes acaba com a dialética no Direito, na medida em que impede interpretações, engessando a compreensão dos institutos (MARQUES, 2013, p.132). Na realidade, penso que qualquer espécie de súmula tem esse caráter destrutivo do raciocínio dialético que os intérpretes do Direito deveriam ter. Se a norma é o resultado da atribuição de sentido ao texto de lei, um sentido necessariamente informado pelo princípio instituidor e atrelado à construção

histórica da regra, não deveria haver espaço para cristalizações. As súmulas são exatamente isso: cristalizações que desconsideram o caso concreto, as circunstâncias que o circundam e a finalidade do Direito.

Nesse sentido, escreve Lenio Streck, acrescentando que “o sonho de aprisionar a razão em conceito é deveras tentador”. Entretanto, impossível de ser realizado. Por isso mesmo, tanto o atrelamento do juiz à letra da lei quanto a pretensa superação desse paradigma, através de uma *legislação* judiciária sob a forma de súmulas, resultam “equivocada visão acerca do sentido do que seja o positivismo jurídico” (STRECK, 2014, p.78).

No âmbito das relações de trabalho isso é claro. As mais de 400 súmulas do TST criaram uma legislação paralela e em larga medida frontalmente contrária ao que diz a Constituição ou a CLT, permitindo jornadas de 12h, neutralizando o dever de documentação do vínculo, autorizando terceirização. Todo poder, então, está concentrado nas mãos do Judiciário, dizem alguns. Trata-se de um engano. O Poder Judiciário, em realidade, está sendo morto de dentro para fora, consumindo suas próprias entranhas. O poder que a EC 45 e, agora, o CPC dão às súmulas, chancelando, portanto, essa autogestão do Poder Judiciário, que tem permissão legal para produzir uma legislação paralela e aplicá-la como lhe convier, é também o seu veneno. Isso porque o fortalecimento se dá apenas em relação às decisões de cúpula, notadamente o STF e o TST, em âmbito trabalhista. Enquanto as decisões de nossos Ministros tornam-se lei, a possibilidade de criação do Direito a partir dos fatos, especialmente no primeiro grau de jurisdição, em que o Juiz tem contato com as partes, torna-se cada vez mais difícil.

A disciplina judiciária imposta pelo CPC dá a medida da gravidade do problema que estou aqui enunciando. Basta pensar nos exemplos do art. 332, que autoriza o juiz a “independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; [...] IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local”. Ou então o art. 489, que considera não fundamentada a sentença que “VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. O artigo 926, que determina a uniformização de jurisprudência, ou o 927, que determina que “os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”.

Esse esvaziamento da função do juiz de primeiro grau não tem efeito negativo apenas para o juiz ou seu jurisdicionado, mas afeta diretamente a democracia e, portanto, o Estado Social e Democrático de Direito. A democracia

pressupõe não apenas liberdade de pensamento e atuação, mas especialmente condições de vida que permitam exercer essa liberdade.

É certo que a instituição de um pacto entre as características inerentes ao capital (produção de miséria, concentração de renda, esgotamento de recursos naturais) e a necessidade de sobrevivência desse sistema (e do próprio ambiente em que vivemos), que resulta no reconhecimento da necessidade de garantia de direitos sociais, produz demandas. Tais demandas, na lógica de organização social que adotamos, dependem de um Poder Judiciário forte e eficaz. A existência mesma da Justiça do Trabalho no Brasil decorre do reconhecimento da necessidade de garantir, através de um judiciário forte e independente, direitos que, na realidade da vida, a classe destituída de poder econômico e político não consegue exercer.

Como refere Mario Elffman, “os juízes do trabalho são, na maioria das vezes, a única e a última oportunidade de obtenção da tutela” dos direitos fundamentais sociais do trabalho. Portanto, “não devem nem podem ser indiferentes àquela verdade” de que não há democracia enquanto os direitos trabalhistas não forem respeitados. Precisam saber diferenciar imparcialidade de neutralidade e assumir compromisso com a função que exercem: de atuar para a realização dos direitos do trabalhador. (ELFFMAN, 2014).

Sem uma magistratura independente, que tenha condições de determinar que uma instituição financeira não cobre juros extorsivos, que um político influente não abuse de seu poder nem promova atos de corrupção, entre tantos outros exemplos que poderiam ser aqui referidos, não há democracia. Por consequência, não há liberdade. Essa é a importância da compreensão da ilegalidade da súmula 338 do TST perante as disposições legais que expressam a necessária proteção à relação entre capital e trabalho.

A norma geral e abstrata criada para aplicação futura não constitui interpretação reiterada de decisões judiciais no mesmo sentido. Constitui espécie de regra jurídica que padece de pelo menos três problemas graves. Pode estar desconectada do princípio instituidor e, desse modo, ser inconstitucional. É exemplo a súmula 331 do TST, quando estabelece critérios para a terceirização, que são contrários à legislação vigente, e a própria súmula 338 do TST, como a seguir examinarei. Além disso, trata-se de regra produzida ao largo do filtro democrático, porque editada pelo Poder Judiciário, sem o amadurecimento da matéria, sequer em âmbito jurisprudencial, menos ainda em âmbito social, fato que se torna ainda mais grave com a determinação do atual CPC, para que também os tribunais regionais sumulem matérias. Por fim, consubstancia pretensão do Poder Judiciário em uniformizar, de cima para baixo, as decisões judiciais, dificultando enormemente a verdadeira função do Juiz: decidir a partir

do – e com atenção ao – caso concreto, de forma a concretizar os valores da Constituição, provocando mudança efetiva no mundo dos fatos.

A súmula 338 do TST sintetiza os três problemas. É um dos tantos exemplos da dificuldade que temos em compreender o sistema de deveres estabelecido pela legislação trabalhista e sua importância para a efetivação do direito à limitação e controle efetivo da jornada. É emblemática para fazer perceber a função que o Poder Judiciário por vezes assume, de usurpador do direito do trabalhador. Refere, em seu item I, que “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”. Nesse tópico, parece mesmo limitar-se à reprodução da previsão legal. Entretanto, a troca de uma só palavra faz que tudo se altere. Em lugar de obrigação, a redação da súmula refere-se a ônus. Portanto, estimula a confusão que, a partir dela, se estabelece na doutrina e na jurisprudência, entre dever e ônus de prova.

Em sua segunda parte, o mesmo item I da orientação em exame parece revelar uma evolução no exame da matéria, quando aduz que 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”. O item III também menciona que “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”.

O pressuposto básico das afirmações contidas na súmula é o de que a não apresentação dos registros gera *presunção relativa* passível de ser “elidida por prova em contrário”. Presunção é a relação lógica e racional que o Juiz estabelece entre o fato conhecido e o fato desconhecido. Serve para suprir lacuna verificada quando do exame do caso concreto. Tanto assim que o artigo 212 do Código Civil menciona que o fato jurídico pode ser provado, inclusive, mediante presunção, ressalvando apenas as hipóteses em que a tal fato se impõe *forma especial*. Desse dispositivo se extrai a noção de que a presunção simples constitui meio de prova nas hipóteses em que a Lei não determina a espécie de prova pela qual deva se revelar determinado fato.

É exatamente por essa razão que o artigo 230 do Código Civil dispõe expressamente que as presunções simples não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal. Em tais casos, o que se tem é um dever legal de agir, cujo descumprimento gera sanção, como já referi. No atual CPC, o artigo 374 dispõe que não dependem de prova os fatos “em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade”. A denominada “presunção legal” é justamente essa consequência imposta pelo ordenamento jurídico,

de admissão da tese adversa, que não admite prova em contrário (MIRANDA, 1996, p.277).

O equívoco da súmula 338 do TST está, portanto, na confusão intencional que faz entre dever e ônus e na conclusão equivocada que gera a partir disso: a de que é possível produzir prova oral da jornada, mesmo quando a empresa com mais de dez empregados simplesmente não exhibe os registros de horário em juízo. É interessante perceber como doutrina e jurisprudência moldaram-se a essa compreensão equivocada e a reproduzem sem maiores reflexões. Mesmo sob a perspectiva da racionalidade liberal, todas as premissas até aqui examinadas permitem a compreensão de que o art. 74 da CLT encerra um dever de produção prévia de prova. Precisamos, então, reconhecer as consequências da compreensão destrutiva contida na súmula 338 do TST.

7 CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E PROVA TESTEMUNHAL: a “astúcia da razão conservadora” e o dever de prova da jornada

O sistema diferenciado concebido pela CLT não se limita às disposições materiais acerca de um dever de documentação cujo objetivo certamente tem estreita relação com o âmbito processual. No processo do trabalho, o ônus probatório só deve ser investigado quando superada a questão dos deveres fundamentais atribuídos ao empregador. Exatamente por isso a regra acerca do ônus da prova, em sua simplicidade, é suficiente para resolver questões relativas ao encargo probatório.

Recordo aqui as lições de Ovídio Baptista, quando se refere à “astúcia da razão conservadora” e à “cegueira propositada do discurso dominante” (SILVA, 2004). O artigo 818 é suficiente em si, mas parece que poucos conseguem perceber isso. Sua redação atual é simples justamente porque o ônus (que sempre caberá a quem alegar) só será perquirido após superadas as questões relativas aos deveres de produção de prova, que recaem sobre a figura do empregador. Por isso, é possível afirmar que sequer seria necessária a aplicação subsidiária do artigo 443 do CPC ao processo do trabalho. Mesmo a nova redação que lhe é atribuída pela Lei 13.467/17 em nada altera essa compreensão, como já referi.

A existência de normas de direito material estabelecendo deveres de produção de documentos já indica a necessidade de reconhecer efeitos processuais à eventual desobediência da parte. Não haveria razão diversa para que se impusesse ao empregador deveres de documentação da própria relação, do salário e da jornada, que não a compreensão de que esses documentos são o meio admissível de prova, em âmbito material ou processual.

A mudança no olhar do aplicador do Direito do Trabalho, uma vez

observadas as regras da CLT, especialmente quando fixam dever de produção prévia de prova documental, é importante. Permite superar definitivamente a discussão acerca da necessidade de “inversão do ônus da prova”. Ao contrário, atribui-se ao empregador a consequência por sua deliberada omissão e, com isso, o recado é claro e extrapola o âmbito jurídico: a observância da limitação do tempo de trabalho – com todas as regras que a compõem – é indispensável, seja sob a perspectiva estritamente econômica, seja sob a perspectiva social.

Daí a fragilidade dos argumentos jurídicos que sustentam o discurso oficial. A principal razão jurídica invocada para a oitiva de testemunhas, mesmo quando o empregador falha em seu dever de produção prévia da documentação do horário de trabalho, é o “cerceamento de defesa”. Com efeito, a Constituição de 1988 garante o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório. Reconhece-o, inclusive, “aos acusados em geral”, e não apenas aos litigantes de um processo judicial ou administrativo.

A ampla defesa e o contraditório compõem a noção de “devido processo legal”. Entretanto, há uma convergência da doutrina e da jurisprudência, sobretudo a partir da segunda metade do Século XX, com o fenômeno da “constitucionalização do processo”, de que a noção de devido processo legal não se resume a isso. Deve ser examinada sob o ponto de vista da realização da pretensão de direito material. Inclui, portanto, o direito a “um processo sem dilações indevidas” (CANOTILHO, 2000, p.493), que confira tutela tempestiva e eficaz.

Nesse passo, não há mais falar em direito a um procedimento ordinário de cognição plenária, que se protraia no tempo e permita ao Juiz alcançar a *certeza* traduzida pela *descoberta da vontade da lei*. Se essa foi, em algum momento, a leitura do conteúdo desse princípio constitucional, ela não mais se justifica. O Juiz não é oráculo da Lei nem a “voz do TST”. Essas afirmações, embora possam parecer ultrapassadas, têm de ser insistentemente repetidas. Decisões como aquela que analisei, em que o Juiz declara abertamente ter percebido que a súmula do TST contraria o texto legal, mas ainda assim a aplica, pressupõe tal racionalidade.

Em tais casos, que se repetem com extrema frequência, o Juiz se reconhece e atua como mero *oráculo*. Como uma voz que repete, autonomamente, a compreensão cristalizada em súmula, pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário Trabalhista. Ora, o Juiz tem compromisso com o processo desde o seu ajuizamento. Ao deferir ou indeferir uma prova, está decidindo em favor de uma parte e necessariamente contra a outra.

A oitiva de testemunhas do empregador que não atendeu ao dever do artigo 74 da CLT é o deferimento, à demandada, de uma dilação probatória que

compromete não apenas o tempo de andamento do processo, mas também a própria efetividade da tutela. O que é pior, compromete o discurso social que rege as relações de trabalho, mesmo sob a perspectiva estritamente liberal.

O testemunho dos colegas de trabalho não conseguirá, por óbvio, reproduzir exatamente o momento em que o trabalhador iniciou e encerrou a sua jornada em cada um dos dias do *contrato*. Haverá, no máximo, referências aproximativas, quando não houver de fato declarações “construídas” para compor a “farsa” no momento da audiência. E isso não decorre necessariamente de uma vontade de mentir ao Juiz ou de intenção obscura do empregador. Decorre do fato singelo de que é humanamente impossível lembrar os horários exatos de realização do trabalho, sobretudo daquele que não é realizado pelo indivíduo de quem se exige tal prodigiosa memória.

Sequer é razoável presumir que o empregado realize suas tarefas laborais prestando atenção aos horários praticados por seus colegas de serviço. Imagine-se, então, exigir desse empregado que relembre tais horários, dois, três ou cinco anos depois, para então os declarar ao Juiz em audiência. É evidente que a prova testemunhal, sobretudo em relação à jornada, é uma prova falha. Essa é a razão pela qual o ordenamento jurídico, através da regra do art. 74 da CLT, exige a prévia documentação dos horários de trabalho. É também a razão pela qual a desobediência a esse dever legal deve implicar, como penalidade, o acolhimento da tese contrária.

Em tal caso, não se está a desprestigiar a busca da “verdade real”. A verdade é uma questão amplamente discutida em âmbito filosófico, e com consequências jurídicas que estão intimamente ligadas à racionalidade moderna. É justamente o dogma da completude do ordenamento jurídico o que determina, quando da construção da racionalidade jurídica moderna, a noção de que o processo é o caminho para atingir a verdade contida no texto de lei.

A dificuldade em perceber ou aceitar isso está intimamente ligada à compreensão do processo como um conjunto de atos destinados a permitir ao Juiz alcançar a *verdade*. Essa compreensão remete a Francesco Carnelutti, cuja definição de lide é justamente a de conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida (CARNELUTTI, 1942, p.34). Sob tal perspectiva, a lide só se estabelece no processo de conhecimento, em que uma parte busca do Poder Judiciário que seu interesse prevaleça sobre o da outra parte.

A função processual consistiria em compor esse litígio. Essa redução do conceito de lide ao de “*interese calificado por una pretensión resistida*” é o pressuposto teórico que justifica a compreensão do mérito como o exame da matéria de fundo, que confere ao Juiz a *certeza*, ao final de um processo *declaratório*. Trata-se de uma concepção matemática do processo, como se ele

reproduzisse a mesma “fórmula matemática” das ciências exatas: se os passos forem seguidos corretamente, ao final a *verdade* se revelará.

A alteração nas estruturas de poder e na forma de (re)produção social, engendrada pela burguesia como algo revolucionário, gerou a necessidade de que, na sequência imediata dos fatos, o pensamento conservador prevalecesse. Era preciso construir uma nova concepção de sociedade e é nesse ambiente que o Direito positivo se consolida. Esse pensamento conservador que naturaliza a realidade que ele próprio elabora (a realidade do capital e do Direito como instrumento de consolidação da relação de trocas), é exatamente o que dá ao Juiz a “tranquilidade de consciência, que lhe permite a ilusão de manter-se irresponsável”.

Os dois principais compromissos ideológicos que exurgem dessa compreensão do Direito e da própria função do Poder Judiciário são: “a ideia de que o juiz somente deve respeito à lei” (ou à súmula), sendo-lhe vedado decidir as causas segundo sua posição política, e a “tirania exercida pela economia sobre o resto”. Daí a facilidade de produzir decisões que se fundamentam em súmulas, mesmo quando elas contrariam frontalmente o ordenamento jurídico. O Juiz assume com passividade a função de mero desvelador da “vontade da lei” (Chiovenda) ou da “vontade da súmula”, produzindo o sonhado “juízo de certeza” (SILVA, 2004, p.17-27).

É exemplo disso o fato de que comumente ouvimos a mídia, as partes ou mesmo o Tribunal referirem-se à sentença do Juiz, dizendo: “estava errada a decisão” ou “o Juiz acertou”. É por isso que existe tamanha resistência a decisões que indeferem a produção de determinadas provas ou abreviam o andamento do feito. Tais decisões estão *comprometendo* essa possibilidade de atingir a *verdade*.

A noção de que se atribui às partes a iniciativa de instauração e impulso do processo é decorrência disso (THEODORO JUNIOR, 1998, p.27). O princípio dispositivo, em sua versão clássica, implica a compreensão de que à parte compete instar o Poder Judiciário a resolver o conflito de interesses verificado no mundo dos fatos e só a ela interessa o desenrolar do procedimento. O interesse para agir até hoje se caracteriza, seguindo esse referencial, pela necessidade que a parte tenha de provocar o Estado a decidir um conflito de interesses materiais.

Ora, o mérito envolve tudo o quanto se define a partir do processo. O interesse de agir não se resume à obtenção de declaração (certeza) a propósito da matéria de fundo. Examinar o mérito da demanda implica exercer cognição: conhecer e decidir a propósito da matéria que lhe é submetida, o que ocorre também durante o curso do processo, inclusive na fase de cumprimento da

sentença. Disso tudo se extrai a necessidade de que os princípios do contraditório e da ampla defesa sejam examinados à luz da *razão de ser* do processo, qual seja, conferir eficácia à tutela jurisdicional de direitos.

Não se trata, portanto, de negar a existência da verdade – seja na realidade da vida, seja no âmbito de um processo judicial –, mas de reconhecê-la como “verdade existencial”, verdade que se constrói na existência e que não corresponde necessariamente à realidade.

No âmbito do Direito, embora a noção positivista de verdade como subsunção tenha pretensamente sido superada pelo que se denomina neoconstitucionalismo, esse salto para a compreensão de uma verdade existencial não ocorreu. Ao contrário, o abandono da “busca da verdade real” gestou uma doutrina e uma prática jurídica descomprometidas com qualquer tentativa de reconstrução dos fatos vivenciados pelas partes.

Este é o dado de fato, o problema real, que o CPC de 2015 parece querer enfrentar: a dissociação entre o conteúdo das decisões judiciais e o comprometimento com a busca da melhor versão dos fatos e com a aplicação do ordenamento jurídico vigente. O resultado da positivação de normas de “disciplina judiciária”, como os já referidos artigos 332 e 927 do CPC, ou a obediência a súmulas contrárias à legislação vigente, como é o caso da 338, não apenas deixam de enfrentar e resolver o problema, como também o aguçam, pois estimulam a existência de uma espécie de legislação paralela. Em vez de seguir a lei, seja ela qual for, o juiz é estimulado a seguir a súmula, permanecendo sob a mesma lógica da aplicação subsuntiva, e, pois, desconectada não apenas da construção democrática das normas jurídicas, mas sobretudo do que está *no princípio mesmo* de determinado ramo do Direito.

O que está em discussão, portanto, para além da verdade possível, é o caráter pedagógico que se deve atribuir à decisão judicial, cujo resultado, para além da regulação do caso concreto, é sempre também um recado social. No âmbito das relações de trabalho, a cada sentença trabalhista, o Poder Judiciário também indica às partes, e à sociedade em geral, sua compreensão acerca da necessidade ou não de observância das normas trabalhistas regularmente editadas.

No exemplo aqui enfrentado, a regra do art. 74 da CLT, ao ser aplicada ao caso concreto, deve ser “contaminada” pelo princípio da proteção que a inspira e justifica. Sua compreensão pressupõe o reconhecimento da categoria de deveres fundamentais e de sua importância para a consolidação do projeto social contido na Constituição de 1988. Não é diferente com o processo. Enquanto instrumento de realização do direito material, a norma processual precisa ser compreendida e aplicada em consonância com o princípio que justifica a

existência mesma das regras materiais. Por isso, sob a ótica constitucional, não há falar em plena disponibilidade da demanda, pelas partes. Não há falar em inércia absoluta do Juiz. Não há pensar em um Juiz que se limite a declarar a “vontade” previamente estabelecida por um entendimento sumulado.

O *contraditório*, ao qual Ovídio Baptista da Silva atribui o nome de “princípio da bilateralidade da audiência”, corresponde ao direito da parte de ver suas alegações deduzidas em Juízo, sem que isso implique, necessariamente, a postergação do exame da matéria de fato, o deferimento de prova desnecessária ou a inércia judicial no decorrer do feito (SILVA, 2003). A doutrina processual reconhece até mesmo a possibilidade de *contraditório diferido*, em que a decisão do Juiz é proferida antes mesmo de ouvir a parte contrária, ou *eventual*.

É interessante observar a crescente preocupação com o estudo do princípio do *contraditório* de modo comprometido com a efetividade do processo. Cândido Rangel Dinamarco é exemplo disso. Assevera que o princípio do *contraditório* está diretamente relacionado à necessidade de instrumentalidade, de sorte que o processo deve atender aos preceitos constitucionais e favorecer a efetiva participação dos sujeitos interessados. Com isso, distancia-se do conceito de *contraditório* como mero direito a produzir prova (DINAMARCO, 2002, p.159-62).

Por sua vez, a *ampla defesa* deve ser compreendida como o direito de conhecer as alegações da parte contrária e delas defender-se. Como bem esclarece Mitidiero, embora a ampla defesa determine, na lógica das relações processuais vigentes, a cognição plena e exauriente da matéria como regra geral, não impede o Legislador ou mesmo o Juiz de promoverem “cortes de cognição para a organização do processo” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p.654). Esses cortes são mesmo necessários, como no caso das tutelas de urgência e evidência ou das demandas cautelares, e envolvem tanto a profundidade com que o Juiz produz a prova, quanto as matérias em relação às quais é permitida a produção de prova.

O direito de produzir prova no processo não é, portanto, ilimitado. Ao contrário, encontra limites no tipo de cognição adotado para o procedimento, na existência ou não de controvérsia em relação ao fato e na existência de vedação legal à sua produção. Há proibição expressa, por exemplo, de produção de prova por meios ilícitos. O ordenamento jurídico também dispensa a prova de fatos “públicos e notórios”. A própria realização de perícia, considerada prova indispensável para a aferição de condições insalubres ou perigosas de trabalho, pode ser dispensada em determinadas circunstâncias, sem que isso implique nulidade.

A jurisprudência trabalhista não tem dificuldades em aceitar o indeferimento de provas inúteis, apesar da determinação expressa nesse sentido (art. 370 do CPC):

Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Ora, a produção de uma prova nem sempre aproxima o Juiz da melhor solução e, muitas vezes, implica quebra do próprio sistema jurídico. O caso da jornada (ou poderia ser do salário) é um bom exemplo. O indeferimento da prova inútil, que é exatamente do que se trata quando a empresa não apresenta os documentos com os quais deveria provar o horário do trabalhador, pressupõe o entendimento de que não há verdade a ser alcançada no processo. Como afirma Ovídio Baptista da Silva (2004, p.28):

Sabemos, embora nem todos tenham disposição de confessá-lo, que o direito é uma ciência da cultura, que labora com verdades contingentes, situando-se muito distante da matemática e muito próximo das ciências históricas; que o direito, afinal, é uma ciência da compreensão, não uma ciência explicativa, que o juiz, ao contrário do que desejava Chiovenda, tem sim vontade e que o ato jurisdicional é necessariamente discricionário”

Partindo dessa compreensão, há preservação do contraditório e da ampla defesa quando o Juiz, mesmo sem a oitiva de testemunhas, decide o feito com base na versão apresentada na petição inicial, em função de uma sanção legal expressamente prevista.

No processo do trabalho, caso a empresa não compareça à audiência, torna-se revel e confessa. Tratando-se de audiência una, isso implicará o impedimento da produção de provas e o acolhimento integral da versão contida na petição inicial. Essa norma, amplamente aceita e aplicada no cotidiano das lides trabalhistas, traz efeito similar àquele previsto nos artigos 400 e 443, do CPC, cuja aplicabilidade ao processo do trabalho também não é controvertida.

Além disso, o indeferimento de prova, nesse caso, tem importante conteúdo social. Indica ao empregador a necessidade de observância dos deveres de documentação contidos na CLT. Dá a medida da gravidade do descumprimento do ordenamento jurídico trabalhista, algo fundamental para a preservação da exploração do trabalho pelo capital, sob limites de razoabilidade e suportabilidade.

O que está por trás da racionalidade expressada na súmula 338 do TST é a resistência em aceitar juízos de verossimilhança, decisões que não sejam baseadas na certeza. Entretanto, como já referi, existem dois problemas aqui. O primeiro: a oitiva de testemunhas em nada garante a maior aproximação do Juiz à verdade. O segundo: não há verdade, enquanto reprodução de uma realidade pré-existente, a ser descoberta (SILVA, 2003, p.269). Isso permite perceber que a tutela imediata e eficaz dos direitos não se contrapõe à noção de segurança jurídica. Em realidade, confirma-se o princípio do devido processo legal, quando se distribui o tempo necessário para a atividade probatória, atendendo às diretrizes normativas e às limitações que elas impõem.

O direito ao contraditório não equivale à cognição exaustiva, na exata medida em que o sistema convive em harmonia com inúmeras espécies de demandas sumárias, bem como admite formas de contraditório diferido e eventual. Por sua vez, o direito à ampla defesa deve conviver com o dever de atuar com lealdade e boa-fé, eximindo-se da prática de atos que pretendam a procrastinação indevida do feito, tal como a oitiva desnecessária de testemunhas.

Por fim, não há falar em devido processo legal, quando o ônus do tempo é distribuído de modo desigual entre as partes, onerando em demasia justamente o litigante que desde logo demonstra a verossimilhança de suas alegações. É o que ocorre quando, pela ausência de documentação – meio eleito como o único apto a demonstrar o horário de trabalho cumprido durante o período de execução do vínculo –, o empregador descumpre seu dever legal e ainda pretende a audição de testemunhas.

Ao contrário do que comumente se pensa, o indeferimento da prova testemunhal nessas hipóteses constitui expressão de segurança jurídica. Quando instrui um processo em que há discussão acerca da jornada, o Juiz do Trabalho está vinculado à norma do artigo 74 da CLT, que institui um dever legal de ordem material, diretamente relacionado ao processo. Se o processo não for efetivo, não há segurança na ordem jurídica. O resultado é a derrogação, ainda que tácita, do direito material a que corresponde. Esse Direito, mesmo comprometido com o capital, é também, ao mesmo tempo, o único espaço que a racionalidade burguesa *cede* a conquistas parciais, mas importantes, da classe trabalhadora.

A mensagem social outorgada às empresas, cada vez que um Juiz do Trabalho aplica a súmula 338, é a de que não há mais necessidade de manter registro escrito da jornada. Portanto, cria-se uma situação de desvantagem para todos os empregadores que, em obediência à norma do artigo 74 da CLT, seguem mantendo registros escritos dos horários de trabalho de seus empregados.

Ao contrário, prestigiar a norma do artigo 74 da CLT, exigindo a observância

do dever legal ali contido, implica conferir segurança jurídica às partes e aos terceiros que, atuando no mundo das relações de trabalho, procuram observar os deveres de conduta que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico e que são colocados em situação de manifesta desigualdade diante de empregadores (via de regra, grandes empregadores) que simplesmente descumprem a legislação trabalhista e sonegam o direito ao pagamento das horas suplementares. Horas extraordinárias que, diga-se de passagem, já deviam ter sido proibidas pela ordem jurídica vigente, para que fosse real o limite ali inscrito, de 8h de trabalho por dia, consagrado mundialmente, pelo menos desde a Convenção n. 01 da OIT em 1919, como o máximo tolerável de tempo de vida passível de ser “vendido” ao empregador.

8 CONCLUSÃO

A súmula 338 do TST é apenas um exemplo do distanciamento entre o que diz o ordenamento jurídico e o que dele fazemos na prática judiciária. A questão fundamental é que essa prática acaba por determinar o que efetivamente vale para as relações sociais. Se é o Poder Judiciário que, em última instância, decide acerca da correção ou não dos atos dos empregados e empregadores na relação social de trabalho, de nada valerá o dever contido no artigo 74 da CLT ou a sanção prevista no artigo 443 do CPC. Prevalecerá o entendimento da súmula 338 do TST.

A consequência já é e será cada vez mais a sonegação dos documentos que permitem a aferição da medida da troca entre capital e tempo de vida, quando judicializado o conflito. E, claro, a pretensão, cada vez mais recorrente, de produção de prova oral. O afastamento do juiz da realidade vivida entre as partes, que daí certamente decorrerá, nem será o mais grave. Grave será a permissão, que é corolário do uso dessa orientação jurisprudencial, para a exploração de trabalho, inclusive em jornada extraordinária, sem a devida contraprestação. Isso porque bastará em eventual futuro litígio trabalhista levar para a sala de audiência, um, dois ou quem sabe três trabalhadores da empresa, todos eles sem qualquer garantia contra a despedida, para que digam ao juiz que determinado colega de trabalho não realizava jornada extraordinária e as horas extras exigidas e não documentadas, como determina a norma trabalhista, não serão passíveis de cobrança por meio do processo judicial.

A necessidade de superação desse entendimento repousa não apenas na circunstância de que contraria normas expressas, como também no fato de que existem obstáculos cada vez maiores para que o juiz possa decidir em sentido diverso daquele sinalizado pela súmula, notadamente no CPC atual e na alteração promovida pela Lei 13.015/2014, quando altera o artigo 896 da CLT.

REFERÊNCIA

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 jun. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 26 jun. 2014.

BRASIL. **Lei nº 7.855**, de 24 de outubro de 1989. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, atualiza os valores das multas trabalhistas, amplia sua aplicação, institui o Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7855.htm>. Acesso em: 26 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 26 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário 2710200505202005 SP 02710-2005-052-02-00-5**. Relator: Odette Silveira Moraes, Data de Julgamento: 11 nov. 2009, 2ª TURMA. Data de Publicação: 1 dez. 2009. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/375833/prova-inutil>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário 0000698-32.2012.5.04.0007**. Data: 4 jun. 2014a. Origem: 7ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Redator: Iris Lima de Moraes. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nrprocesso=0000698-32.2012.5.04.0007&operation=doProcesso&action=2&intervalo=90>. Acesso em: 11 jul. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário 0000299-15.2013.5.04.0024**. Data: 13 mar. 2014b. Origem: 24ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Redator: Brígida Joaquina Charão Barcelos Toschi. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nrprocesso=0000299-15.2013.5.04.0024&operation=doProcesso&action=2&intervalo=90>. Acesso em: 11 jul. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. **Recurso Ordinário 6201101410006 DF 00006-2011-014-10-00-6**. Relator: Juiz Paulo Henrique Blair, Data de Julgamento: 29 fev. 2012, 1ª Turma. Data de Publicação: 9 mar. 2012 no DEJT. Disponível em:

<<http://trt10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24363424/recurso-ordinario-ro-6201101410006-df-00006-2011-014-10-00-6-ro-trt-10>>. Acesso em: 13 jul. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Instrução normativa 39/2016**. Dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação jurisprudencial 278**. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PERÍCIA. LOCAL DE TRABALHO DESATIVADO. DJ 11 ago. 2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_261.htm>. Acesso em: 26 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista 71-23.2012.5.19.0003**. Relator Desembargador Convocado: João Pedro Silvestrin. Data de Julgamento: 18 jun. 2014. 8ª Turma. Data de Publicação: DEJT 24 jun. 2014a. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20%207123.2012.5.19.0003&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAANWmAAT&dataPublicacao=24/06/2014&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 338**. JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-338>. Acesso em: 26 jun 2014b.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2. reimpressão, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del nuevo proceso civil italiano**. Barcelona: Bosch, 1942.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ELFFMAN, Mario. **Questões e questionamentos sobre a justiça do trabalho**. Porto Alegre: HS Editora, 2014.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **A razão na história**. 3.ed. São Paulo: Centauro, 2008.
- KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. São Paulo: Edições 70, 2009.
- KROST, Oscar. Crítica à sistemática da dispensa por justa causa no Brasil: afronta aos princípios constitucionais da presunção de inocência, da função social do contrato e da continuidade da relação de emprego. **Justiça do Trabalho**. Porto Alegre v.27, n.322, p.46-58, out. 2010.
- MARQUES, Rafael da Silva. **Provocações e direito, direito do trabalho e processo do trabalho**. Porto Alegre: Sulina, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARX, Karl. **Para a crítica da economia política**. São Paulo: Abril Cultural, 1982.
- MELHADO, Reginaldo. **Poder e sujeição**. São Paulo: LTr, 2007.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil: artigos 282 a 443**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Tomo IV.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Geral. São Paulo: Bookseller, 2000. Tomo V.
- NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- RALWS, John. **O liberalismo político**: elementos básicos. São Paulo: Ática, 2000.
- PACHUKANIS, E.B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.
- PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2010.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 7.ed. Arts. 1 a 128. Rio de Janeiro: José Konfino, 1966. v.1.
- SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, Antonio Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo (Orgs.). **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002a. v.1.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002b.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004a.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Tendências do direito processual contemporâneo. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, n.5, 2004b.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

STEIN, Ernildo. **Sobre a verdade**: lições preliminares ao parágrafo 44 de ser e tempo. Ijuí: Unijuí, 2006.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. (Coleção: O que é isto)

STRECK, Lenio Luiz. **Súmula Não Vinculante 500 do STJ é inconstitucional e ilegal**. Revista Consultor Jurídico, 8 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-08/lenio-streck-sumula-nao-vinculante-500-supremo-inconstitucional-ilegal>>. Acesso em: 11 jul.2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 22.ed. São Paulo: LTr, 2005. v.2.

TARUFFO, Michele. **La semplice verità**: il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Laterza, 2009.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva,1993.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.1.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2006. v.2.