

**MAURO SCHIAVI**

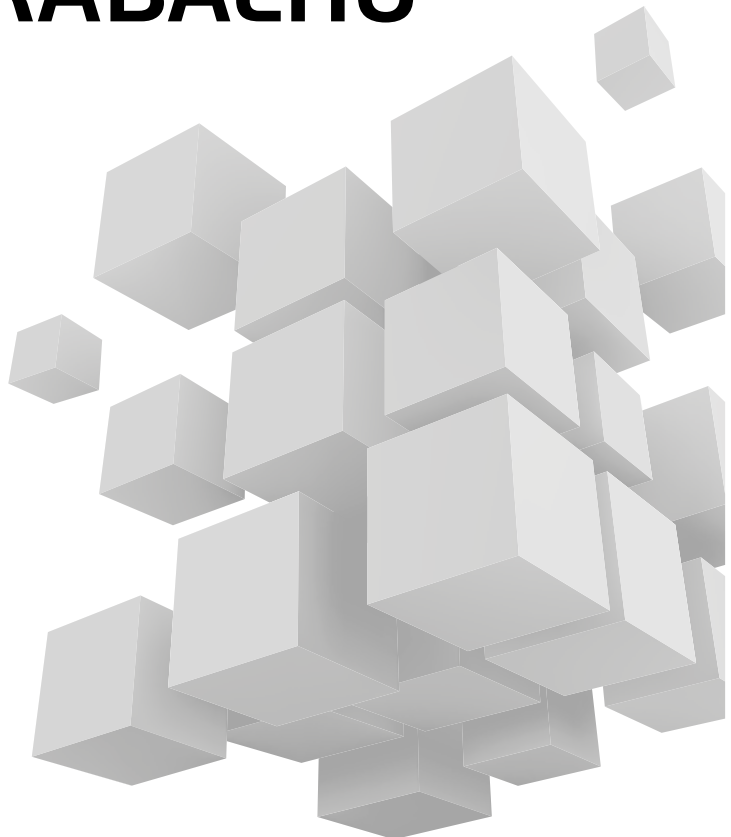
MANUAL DIDÁTICO DE  
**DIREITO  
PROCESSUAL  
DO TRABALHO**

**4ª edição**

Revista, atualizada  
e ampliada

**2022**

 **EDITORA**  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)





# I

## TEORIA GERAL DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

### 1. DO CONFLITO TRABALHISTA

O conflito é inerente à condição humana, principalmente em razão da escassez de bens existentes na sociedade e das inúmeras necessidades do ser humano. Há o conflito quando duas ou mais pessoas disputam o mesmo bem.

O Direito do Trabalho, como é marcado por *grande eletricidade social*, uma vez que está por demais arraigado na vida das pessoas e sofre de forma direta os impactos das mudanças sociais e da economia, é um local fértil para eclosão dos mais variados conflitos de interesse.

Os conflitos trabalhistas podem eclodir tanto na esfera individual como na esfera coletiva. Na esfera individual, há o chamado conflito entre *patrão e empregado*, individualmente considerados, ou entre *prestador e tomador de serviços*, tendo por objeto o descumprimento de uma norma positivada, seja pela lei ou pelo contrato. Já o conflito coletivo trabalhista, também denominado *conflito de grupo* ou *de categorias*, tem por objeto não somente o descumprimento de normas positivadas já existentes (conflito jurídico ou de natureza declaratória), mas também a criação de novas normas de regulamentação da relação de trabalho (conflitos de natureza econômica).

Surge a lide trabalhista, quando há uma pretensão resistida do trabalhador ou do tomador de serviços, tendo por escopo a violação da ordem jurídica trabalhista.

## **2. DAS FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS**

Solucionar o conflito significa dizer quem está com a razão, aplicando o direito ao caso concreto, e entregando o bem da vida a quem pertence por direito.

Segundo nos traz a doutrina, são meios de solução dos conflitos na esfera trabalhista: *autotutela* ou *autodefesa*, *autocomposição* e *heterocomposição*.

### **2.1. Autotutela**

É o meio mais primitivo de resolução dos conflitos em que uma das partes, com utilização da força, impõe sua vontade sobre a parte mais fraca. Nessa modalidade, há ausência do Estado na solução do conflito, sendo uma espécie de vingança privada.

Hoje, nas legislações, ainda há resquícios da autotutela em alguns códigos, como a legítima defesa da posse no Código Civil, ou o estado de necessidade e legítima defesa na esfera penal.

Na esfera do conflito coletivo de trabalho, temos como exemplo de autotutela a greve e o locaute, sendo este vedado no ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 17 da Lei n. 7.783/89. Na esfera individual, temos o direito de resistência do empregado às alterações contratuais lesivas (arts. 468 e 483 da CLT) e o poder disciplinar do empregador.

### **2.2. Autocomposição**

É modalidade de solução dos conflitos coletivos de trabalho pelas próprias partes interessadas sem a intervenção de um terceiro que irá ajudá-las ou até propor a solução do conflito. Como exemplos temos: a negociação coletiva para os conflitos coletivos e o acordo ou a transação para os conflitos individuais.

Na esfera do Direito Coletivo do Trabalho, temos como instrumentos típicos de autocomposição os acordos e convenções coletivas, que são produto de um instituto maior – a negociação coletiva.

### **2.3. Heterocomposição**

Exterioriza-se pelo ingresso de um agente externo e desinteressado ao litígio, o qual irá solucioná-lo e sua decisão será imposta às partes

de forma coercitiva. Como exemplos temos a decisão judicial (dissídios individuais e coletivos) e a arbitragem.

A heterocomposição, sob a modalidade da decisão judicial (Poder Judiciário), tem sido o meio, por excelência, de solução do conflito trabalhista, pois o Brasil, de cultura romano-germânica, não tem tradição de resolução dos conflitos pela via da negociação nem da arbitragem.

## 2.4. Mediação e conciliação

Mediação é a forma de solução dos conflitos por meio da qual o mediador se insere entre as partes, procurando aproximá-las para que elas próprias cheguem a uma solução consensual.

A conciliação é a forma de solução do conflito trabalhista, mediante o ingresso do conciliador entre as partes, o qual as aproximará buscando a solução por meio de concessões recíprocas. O conciliador formula propostas para solução do conflito.

A mediação e a conciliação estão entre a autocomposição e a heterocomposição. Para alguns, são modalidades de autocomposição, pois o mediador aproxima as partes para uma solução consensual, e o conciliador faz propostas de solução do conflito que podem ou não ser aceitas pelas partes. No entanto, nem um nem outro têm poderes para impor a solução do conflito às partes, nem estas são obrigadas a aceitar as sugestões deles.

Para outros, são modalidades de heterocomposição, pois, ainda que não possam impor a solução do conflito, inegavelmente, o conciliador e o mediador contribuem para sua solução.

De nossa parte, tanto a mediação quanto a conciliação são modalidades de autocomposição, pois tanto um quanto outro não têm poderes para decidir o conflito e nem impor a decisão. Além disso, cumpre às partes a faculdade de aceitar, ou não, as propostas do mediador ou conciliador.

O Código de Processo Civil, no art. 3º, privilegia tanto a mediação quanto a conciliação, como formas legítimas, justas, eficazes e céleres de resolução de conflitos, sem criar óbices ao acesso ao judiciário. Com efeito, dispõe o referido dispositivo: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

Na Justiça do Trabalho, tanto a mediação como a conciliação, tanto judiciais como extrajudiciais, devem ser estimuladas. Os Tribunais Regionais do Trabalho, seguindo a orientação da Resolução 174/16 do CSJT, já criaram núcleos específicos de resolução consensual de conflitos, denominados CEJUSCS-JT, sob supervisão de Juízes do Trabalho, com a atuação intensa de conciliadores e mediadores. Esses núcleos têm obtido excelentes resultados com baixo custo.

O Artigo 1º, da Resolução 174/16, do CSJT que trata da *Política de Tratamento Adequado das Disputas de Interesses no Âmbito da Justiça do Trabalho* traz os seguintes conceitos de conciliação e mediação, “in verbis”:

Para os fins desta resolução, considera-se:

I – “Conciliação” é o meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado –, a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, com a criação ou proposta de opções para composição do litígio;

II – “Mediação” é o meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado –, a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, sem a criação ou proposta de opções para composição do litígio;

III – “Questão jurídica” é a parte da lide que envolve direitos e recursos que podem ser deferidos ou negados em Juízo;

IV – “Conflito” é a parte da lide que não envolve direitos e recursos que podem ser deferidos ou negados em Juízo; e

V – “Disputa” é a soma da questão jurídica e do conflito, assim considerada a partir da judicialização da lide.

Muitos Tribunais Regionais do Trabalho, têm adotado procedimentos pré-processuais para mediação voluntária de conflitos coletivos de trabalho, com a finalidade de obtenção da negociação coletiva, e evitar a instauração do dissídio coletivo de trabalho.

Como bem adverte Maurício Godinho Delgado<sup>1</sup>, “tal mediação realizada pelos Tribunais Regionais do Trabalho não se confunde com a fase conciliatória verificada nos dissídios coletivos de natureza econômica e/ou nos dissídios coletivos de greve, que antecede a fase processual de julgamento e prolação da conhecida sentença normativa (...) Trata-se, efetivamente, de procedimento próprio, de caráter voluntário, que não obriga as partes coletivas e nem dá origem à sentença normativa; dessa maneira, caso seja frutífera tal mediação feita pela Justiça do Trabalho, o documento normativo surgido será, sem dúvida, a convenção coletiva de trabalho ou o acordo coletivo de trabalho, formalmente consumado no plano extrajudicial, embora com estímulo da mediação feita pela Justiça Especializada.”

O Decreto 10.854/21 da Presidência da República disciplina a mediação de dissídios coletivos no âmbito do Ministério do Trabalho em seus arts. 33 a 38.

Nos termos do art. 34 do referido Decreto, os trabalhadores, por intermédio de entidades sindicais representantes, e os empregadores, por si ou por intermédio de entidades sindicais representantes, poderão solicitar à Secretaria de Trabalho do Ministério do Trabalho e Previdência a realização de mediação, com vistas à composição de conflito coletivo.

Conforme o art. 35, a designação de mediador de que trata o art. 34 será sem ônus para as partes e recairá sobre servidor público em exercício no Ministério do Trabalho e Previdência, inclusive integrantes da carreira de Auditor-Fiscal do Trabalho.

Nos termos do art. 36, na hipótese de haver consenso entre as partes, o mediador deverá lavrar a ata de mediação, que tem natureza de título executivo extrajudicial, nos termos do disposto no inciso II, *in fine*, do *caput*, do art. 784, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. Parágrafo único. Na hipótese de não entendimento entre as partes, o mediador deverá: I – encerrar o processo administrativo de mediação; e II – lavrar a ata de mediação.

A legalidade da mediação realizada no âmbito do Ministério do Trabalho poderá ser questionada na Justiça do Trabalho. Também a conciliação homologada poderá ser objeto de ação anulatória junto à Justiça do Trabalho.

---

1. Curso de Direito do Trabalho. 19ª ed. São Paulo: Ltr, 2020, p. 1779/1780.

### 3. DAS COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA

As comissões de conciliação prévia são órgãos criados no âmbito dos sindicatos ou das empresas, com a finalidade de resolução do conflito individual trabalhista por meio da autocomposição. Trata-se de um meio alternativo, extrajudicial, de solução do conflito a fim de propiciar maior celeridade à resolução da lide, sem a burocracia do Poder Judiciário Trabalhista.

Diante da presença de conciliadores, os empregados e os empregadores poderão, consensualmente, colocar fim ao conflito.

A criação das comissões de conciliação prévia é facultativa, podem ser criadas no âmbito das empresas ou dos sindicatos e terão o mesmo número de representantes dos empregados e dos empregadores, conforme disciplina o art. 625-A da CLT.

As Comissões de Conciliação Prévia têm dez dias para tentar a conciliação a partir da provocação do interessado (art. 625-F da CLT). Se o referido prazo for ultrapassado, será fornecida certidão ao reclamante, que pode ingressar com a reclamação trabalhista.

O prazo prescricional será suspenso a partir da provocação da Comissão de Conciliação Prévia, recomeçando a fluir, pelo que lhe resta, a partir da tentativa frustrada de conciliação ou quando o prazo de dez dias para realização da audiência se esgotar (art. 625-G da CLT).

Diante do referido dispositivo legal, há entendimentos na doutrina e jurisprudência de que a passagem do conflito individual trabalhista pela Comissão de Conciliação Prévia é um pressuposto processual ou uma condição da ação os quais devem ser preenchidos no ajuizamento da ação trabalhista. Vale ressaltar: se não houver a tentativa de conciliação perante a Comissão de Conciliação Prévia, deverá o Juiz do Trabalho a requerimento, ou *ex officio*, extinguir o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267 do CPC.

Outros argumentam que a passagem pela Comissão de Conciliação Prévia é faculdade do trabalhador, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), da possibilidade de a tentativa de conciliação judicial suprir a falta de tentativa de conciliação extrajudicial, e do 625-D, da CLT, não mencionar penalidade devido à falta de passagem pela Comissão.

O Supremo Tribunal Federal (Informativo n. 909/18 do STF), em controle concentrado de constitucionalidade (ADIs ns. 2.139 e 2.160), fixou entendimento no sentido de não ser obrigatória a submissão do litígio trabalhista à Comissão de Conciliação Prévia como condição de ingresso na Justiça do Trabalho, em razão do que dispõe o art. 5º, XXXV.

Diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, a passagem pela Comissão de Conciliação Prévia é faculdade do trabalhador.

Nos termos da redação do art. 625-E da CLT, parte da doutrina e jurisprudência trabalhista asseveram que os acordos firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia têm eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas. O que não foi ressalvado não poderá ser discutido em juízo.

Outros argumentam que, em sede extrajudicial, a quitação somente abrange parcelas e valores consignados no termo de conciliação, conforme os arts. 320 do CC, 477, § 2º, da CLT e Súmula n. 330 do TST.

Embora haja grande celeuma na doutrina e jurisprudência, pensamos que a transação firmada perante a Comissão de Conciliação Prévia não tem eficácia liberatória geral, tampouco impede que as partes (trabalhadores e empregadores) venham ao judiciário discutir a transação, tanto no aspecto formal (capacidade, forma prevista em lei e manifestação espontânea da vontade), como no aspecto de fundo (mérito da transação), ou seja, se efetivamente a transação observou seus princípios fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, nas ADIs ns. 2.139, 2.160 e 2.237, o STF, em controle concentrado de constitucionalidade, firmou a seguinte tese: "(...) por maioria, conferiu interpretação sistemática ao art. 625-E, parágrafo único, da CLT, no sentido de que a 'eficácia liberatória geral' do termo neles contido está relacionada ao que foi objeto da conciliação. Diz respeito aos valores discutidos e não se transmuta em quitação geral e indiscriminada de verbas trabalhistas."

Desse modo, ficou pacificada a questão no sentido de que a levada a efeito no termo de conciliação somente abrange os valores pagos, não tendo eficácia liberatória geral, o que está em compasso com o ordenamento jurídico trabalhista de proteção ao trabalho humano.

A homologação da transação na Comissão de Conciliação Prévia não tem o efeito de coisa julgada, tampouco impede a garantia constitucional do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CF).



#### 4. ARBITRAGEM NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

A arbitragem é um meio de solução dos conflitos pelo ingresso de um terceiro imparcial (árbitro) previamente escolhido pelas partes, com o propósito de solucionar o conflito de forma definitiva.

É considerada um meio alternativo de solução do conflito, pois o árbitro não pertence ao Estado. Alguns doutrinadores sustentam que o árbitro tem jurisdição, não a estatal, mas a que lhe foi outorgada pelas partes para resolução do conflito.

Não há tradição de resolução dos conflitos trabalhistas pela via da arbitragem no Direito brasileiro, embora, em muitos países de tradição anglo-saxônica, ela seja o principal meio de resolução de tais conflitos, principalmente o conflito coletivo de trabalho.

Diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), a arbitragem no Direito brasileiro é um meio facultativo de solução de conflitos, vale dizer: não se pode obrigar alguém, contra sua vontade, a aceitar o procedimento arbitral.

A resolução dos conflitos pela via arbitral, conforme pacificado na doutrina e no próprio Supremo Tribunal Federal, não viola os princípios constitucionais do acesso à Justiça, inafastabilidade da jurisdição e do juiz natural, pois a arbitragem é um procedimento facultativo, o árbitro é um ente imparcial escolhido previamente pelas partes. Além disso, eventuais nulidades do procedimento arbitral podem ser discutidas no Judiciário.

Dentre os argumentos favoráveis à arbitragem, podemos destacar:

a) maior agilidade nas decisões, em face da inexistência de recursos; b) o árbitro é escolhido pelas partes; c) melhores condições da real dimensão do conflito pelo árbitro; d) maior celeridade de resolução do conflito; e) possibilidade de a decisão dar-se por equidade se assim convencionarem as partes.

Nos termos da Lei n. 9.307/96, que disciplina a arbitragem e traça as regras do procedimento arbitral, este é instaurado pela *convenção de arbitragem*, que compreende a *cláusula compromissória* e o *compromisso arbitral*.

A *cláusula compromissória*, prevista no art. 4º, da Lei n. 9.307/96, é o negócio jurídico por meio do qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem futuros litígios que possam surgir relativamente a um contrato. O *compromisso arbitral*, previsto no art. 9º, da Lei n. 9.307/96,

é o negócio jurídico de natureza contratual por meio do qual as partes submetem à arbitragem um litígio já existente.

Na esfera do Direito Coletivo do Trabalho, há autorização constitucional para que o conflito coletivo do trabalho, se assim convencionarem as partes, possa ser dirimido pela arbitragem. Nesse sentido, o art. 114, § 1º, da CF, dispõe: “Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”.

O referido § 1º do art. 114, da CF faculta às partes envolvidas no conflito coletivo de trabalho, eleger um árbitro para julgar o conflito. Trata-se de arbitragem privada e facultativa, cujo árbitro é escolhido de forma consensual pelas partes, à quais consensualmente, se submeterão à sua decisão.

A doutrina e a jurisprudência têm sido refratárias à admissão da arbitragem para a solução dos conflitos individuais trabalhistas com os seguintes argumentos:

- a) acesso amplo e irrestrito do trabalhador ao Judiciário Trabalhista (art. 5º, XXXV, da CF);
- b) irrenunciabilidade do crédito trabalhista;
- c) hipossuficiência do trabalhador;
- d) o estado de subordinação inerente ao contrato de trabalho impede que o trabalhador manifeste sua vontade ao aderir a uma cláusula compromissória.

De nossa parte, a arbitragem, embora deva ser vista com cuidado e reservas na esfera do conflito individual do trabalho, não é proibida pela Lei, tampouco é contrária aos princípios que regem o Processo do Trabalho, entretanto, pensamos que o trabalhador somente possa aceitar uma convenção arbitral quando já cessada a relação de emprego, pois o estado de subordinação impede a manifestação livre de sua vontade.

O art. 507-A da CLT possibilitou a fixação de cláusula compromissória de arbitragem nos contratos individuais de trabalhos com as seguintes condições:

- a) contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, o que equivale à remuneração superior a R\$ 14.174,44;
- b) iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa.

De nossa parte, a lei não é adequada, pois fixa a possibilidade de cláusula de arbitragem na contratação do empregado, ou durante a vigência do vínculo de emprego, quando presente o estado de subordinação. Além disso, a remuneração um pouco superior a R\$ 14.000,00 é relativamente baixa para se afastar o trabalhador da Justiça do Trabalho, e não retira o estado de vulnerabilidade do trabalhador ao aceitar uma cláusula compromissória de arbitragem. De outro lado, no Brasil, a via arbitral ainda é um procedimento caro e, praticamente, inacessível ao trabalhador desempregado, que é o litigante mais frequente na Justiça do Trabalho.

Doravante, a arbitragem passa a ser admitida como forma de solução de conflitos individuais trabalhistas para empregados que recebam remuneração superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

A validade do procedimento arbitral pode ser questionada na Justiça do Trabalho. A decisão que for dada pelo árbitro, caso não cumprida, será executada na Justiça do Trabalho.

## 5. DO PROCESSO

Processo significa “marcha avante”, caminhada, do latim *procedere* – seguir adiante.

O processo é indispensável à função jurisdicional. É definido pela doutrina como o instrumento por meio do qual a jurisdição opera (instrumento de positivação do poder). Por outras palavras, é o instrumento pelo qual o Estado exerce a jurisdição.

O processo é o meio de solução dos conflitos e o instrumento público, previsto em lei, por meio do qual o Estado exerce a jurisdição, dirimindo conflito de interesses, aplicando o direito ao caso concreto, dando a cada um o que é seu por direito, e impondo coercitivamente o cumprimento da decisão.

O procedimento é o aspecto extrínseco (exterior) do processo pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina. É o caminho percorrido pelo processo (conjunto de atos sucessivos), a forma pela qual o processo se exterioriza.

Segundo a doutrina, há uma relação jurídica triangular no processo: *actum trium personarum*, composta por atos entre juiz e autor; juiz e réu; e autor e réu.

Atualmente, a doutrina fixou a natureza jurídica do processo como uma relação complexa de direito público em que há atos entre as partes e também atos de impulso do processo praticados pelo juiz (procedimento). Há atos entre juiz, autor e réu e também atos de impulso do processo (procedimento).

A relação jurídica processual é instrumental, uma vez que o processo é um instrumento a serviço do direito material.

O objeto da relação jurídica processual é uma decisão de mérito (prestação jurisdicional) que entregue ao autor o bem que constitui o objeto da relação jurídica de direito material controvertida (pagamento de horas extras etc.) ou determine que o réu faça (reintegração no emprego) ou deixe de fazer alguma coisa (abstenha-se de dispensar o empregado estável). Por isso, se diz que o objeto primário da relação jurídica processual é a decisão e o objeto secundário é a pretensão posta em juízo.

## **6. CONCEITO E AUTONOMIA DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO**

O Direito Processual do Trabalho pode ser conceituado como o conjunto de princípios, regras e instituições que regem a atividade da Justiça do Trabalho, com o objetivo de dar efetividade à legislação trabalhista e social e assegurar o acesso do trabalhador à Justiça.

O conjunto nos dá a ideia de um todo, composto de várias partes, formando um sistema, cujo núcleo é constituído pelos princípios.

Como ciência autônoma, o Direito Processual do Trabalho apresenta seus princípios peculiares que lhe dão sentido e razão de ser.

Os princípios são normas gerais e abstratas que dão sentido, e norteiam a aplicação do Direito Processual do Trabalho.

As regras são normas positivadas e destinadas a regular uma questão específica.

As instituições são entidades reconhecidas pelo Direito como encarregadas de aplicar e materializar o cumprimento do Direito Processual do Trabalho. Constituem os órgãos que aplicam o Direito do Trabalho, como os Tribunais e Juízes do Trabalho.

O Direito Processual do Trabalho, como Direito Instrumental, existe para dar efetividade ao Direito Material do Trabalho e também facilitar o acesso do trabalhador ao Judiciário.

Além disso, o Direito Processual do Trabalho tem por objetivo solucionar, com justiça, o conflito trabalhista, tanto o individual (empregado e empregador, ou prestador de serviços e tomador), como o conflito coletivo (do grupo, da categoria, e das classes profissional e econômica).

A legislação processual trabalhista visa a impulsionar o cumprimento da legislação trabalhista e da legislação social, que não se ocupa só do trabalho subordinado, mas também do trabalhador, ainda que este não tenha um vínculo de emprego, desde que viva de seu próprio trabalho.

Assim como o Direito do Trabalho visa à proteção do trabalhador e à melhoria de sua condição social (art. 7º, *caput* da CF), o Direito Processual do Trabalho tem sua razão de existência em propiciar o acesso dos trabalhadores à Justiça, a fim de garantir os valores sociais do trabalho, a composição justa do conflito trabalhista e resguardar a dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Ainda há acirradas discussões na doutrina sobre o Direito Processual do Trabalho possuir, ou não, princípios próprios, vale dizer, se o Direito Processual do Trabalho é ou não uma ciência autônoma do Direito Processual.

Para que se afirme a autonomia de determinado ramo do direito, é necessário avaliar se há princípios próprios, uma legislação específica, um razoável número de estudos doutrinários a respeito e um objeto de estudo próprio.

Inegavelmente, o Direito Processual do Trabalho observa muitos princípios do Direito Processual Civil, como os princípios da inércia, da instrumentalidade das formas, oralidade, impulso oficial, eventualidade, preclusão, conciliação e economia processual.

Na doutrina, alguns autores sustentam a autonomia do Direito Processual do Trabalho em face do Direito Processual Civil, também chamados *dualistas*. Outros, denominados monistas, sustentam que o Direito Processual do Trabalho não tem autonomia em face do Direito Processual Civil, sendo um simples desdobramento deste. Há autores ainda que defendem a autonomia relativa do Direito Processual do Trabalho em face do Direito Processual Civil em razão da possibilidade de aplicação subsidiária do Processo Civil ao Processo do Trabalho.

Em contrapartida, há quem sustente que os princípios do Direito Processual do Trabalho são os mesmos do Direito Material do Trabalho, máxime o princípio protetor.

# VIII

## PROVAS NO PROCESSO DO TRABALHO

### I – TEORIA GERAL DA PROVA

#### 1. DO CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA

A palavra prova é originária do latim *probatio*, que significa demonstrar, examinar, persuadir.

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

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

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

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

O Código de Processo Civil não define o conceito de prova, apenas o art. 369 assevera: “As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados

neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”

Desse modo, além dos meios legais de prova elencados no Código de Processo Civil, há a admissão de qualquer meio moralmente legítimo de prova, vale dizer: o meio probatório que não atente contra a moral e os bons costumes. Com isso, nota-se a amplitude probatória que consagra o Código de Processo Civil, a fim de facilitar o acesso do cidadão à Justiça e a possibilidade de demonstrar a veracidade de suas alegações em juízo. De outro lado, como é princípio fundamental da nova codificação processual civil, o contraditório deve ser observado com ênfase na fase probatória, possibilitando às partes o direito de influir eficazmente na convicção do juiz.

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

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

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

O direito à prova decorre do princípio do Devido Processo Legal consubstanciado no art. 5º, LIV, da CF<sup>1</sup>. Entretanto, a atividade probatória das partes no processo deve observar não só os ditames da lei processual, como da moral, segundo preconiza o art. 369 do CPC.

---

1. Art. 5º, LIV da CF: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

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

O fato a ser provado deve ser relevante e pertinente ao esclarecimento do processo, ou seja, que possa influir na convicção do juiz. Além disso, há necessidade de que haja controvérsia sobre sua existência. Vale dizer: que o fato seja afirmado por uma parte e contestado pela outra.

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

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

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

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

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

Durante muito tempo, a doutrina defendeu que no processo penal se persiga a verdade real (ou substancial), pois os interesses envolvidos são indisponíveis. Já no processo civil, que lida, em regra, com interesses disponíveis (patrimoniais), é suficiente ao julgamento a verdade formal. Desse modo, na esfera cível, o juiz poderá julgar, com base em regra de ônus da prova, presunções, sem a necessidade de investigação mais profunda da verdade.

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

A obtenção da verdade real, inegavelmente, atende aos princípios de justiça e efetividade do processo, sendo, portanto, um dos escopos da jurisdição que é pacificar o conflito com justiça. Desse modo, a moderna doutrina defende a tese da superação da diferenciação entre verdade real e formal, dizendo que a verdade é uma só, a real, mas esta é praticamente



impossível de ser atingida. Não obstante, todos que atuam no processo, principalmente o julgador, devem envidar esforços para se chegar ao acerto mais próximo da realidade (verdade substancial).

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

Por fim, deve ser enfatizado que a finalidade principal da prova é formar a convicção do juiz sobre os fatos relevantes e pertinentes da causa.

## 2. OBJETO DA PROVA

O objeto da prova são os fatos. Excepcionalmente, a Lei exige a prova do direito. Mas nem todos os fatos são objeto, somente aqueles que se relacionam com a lide e sobre eles haja controvérsia.

O fato probante tem de ser controvertido, isto é, afirmado por uma parte e contestado pela parte contrária. Os fatos não controvertidos, como regra geral, não são objeto da prova, pois são admitidos como verdadeiros no processo. Não obstante, situações há em que mesmo o fato não contestado pode ser objeto de prova (por exemplo: os fatos que não parecem verossímeis segundo o que ordinariamente acontece ou que são fora do padrão médio da sociedade, e também os fatos impossíveis ou pouco prováveis).

Segundo o art. 374 do Código de Processo Civil, aplicável de forma subsidiária ao processo trabalhista não dependem de prova: I. os fatos notórios; II. afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III. admitidos, no processo, como incontroversos; IV. em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

a) **Fatos notórios:** os fatos notórios são os de conhecimento comum, de uma determinada comunidade ou região, num determinado lapso de tempo.

O conceito de fato notório é relativo, pois, se uma das partes sobre ele não tiver conhecimento ou se até mesmo o Juiz dele não conheça, é possível a produção de provas sobre a própria existência da notoriedade do fato.

Ao contrário do que pensam alguns doutrinadores, que o fato notório pode ser contestado, se este for contestado, deixa de ser notório e, portanto, deve ser provado.

Discute-se na doutrina e jurisprudência se os fatos que podem ser obtidos nas redes sociais (*sites* de empresas, *facebook*, dentre outras) configuram fatos notórios, pois podem ser consultados por qualquer pessoa de forma ampla. Há aqueles que defendem que sim, há os que defendem que não.

De nossa parte, os fatos obtidos nas redes sociais, embora de amplo acesso, não configuram, por si sós, fatos notórios, pois nem sempre são de conhecimento comum.

Pensamos, entretanto, se o Juiz do Trabalho for levar em consideração fatos obtidos, diretamente por ele, nas redes sociais, que ainda não estão nos autos, deverá oportunizar a manifestação prévia das partes, nos termos dos artigos (arts. 9º e 10 do CPC).

**b) *Fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária:*** o fato confessado passa a ser tido no processo como verdadeiro. Entretanto, somente a confissão expressa dispensa a prova do fato. A confissão ficta, por ser relativa, pode ser elidida por provas em contrário.

**c) *Fato incontroverso:*** o fato incontroverso é aquele que não é contestado. Também o fato admitido pelo réu, em razão da confissão, se torna incontroverso.

**d) *Presunção de existência e veracidade:*** a presunção não é propriamente um meio de prova, mas um raciocínio lógico por meio do qual, a partir da existência de determinadas coisas ou situações, pela reiteração de suas ocorrências, se passa a acreditar na existência de outras.

As presunções podem ser absolutas (*juris et de jure*) ou relativas (*juris tantum*). São absolutas as presunções que não admitem prova em contrário e as relativas as que admitem.

Pensamos que na esfera do Direito Material do Trabalho não há espaço para as presunções legais absolutas, em razão do princípio da

primazia da realidade que norteia esse ramo do Direito. Desse modo, o Juiz do Trabalho não deve atribuir caráter absoluto às presunções legais.

As presunções podem decorrer da lei ou da experiência comum do que ordinariamente acontece. Com relação a esta última espécie, tem comumente sido fixada pela jurisprudência.

Como exemplos de presunções legais, ver o art. 456, parágrafo único, da CLT.

Como exemplos de presunções jurisprudenciais, destacamos as seguintes Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho:

Súmula n. 12: “CARTEIRA PROFISSIONAL: As anotações apostas pelo empregador na carteira profissional do empregado não geram presunção *juris et de jure*, mas apenas *juris tantum*”.

Súmula n. 16: “NOTIFICAÇÃO: Presume-se recebida a notificação 48 (quarenta e oito) horas depois de sua postagem. O seu não recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo constitui ônus de prova do destinatário”.

Súmula n. 43: “TRANSFERÊNCIA: Presume-se abusiva a transferência de que trata o § 1º do art. 469 da CLT, sem comprovação da necessidade do serviço”.

Súmula n. 212: “DESPEDIMENTO – ÔNUS DA PROVA: O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado”.

### 3. DOS INDÍCIOS E MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA

Indício é uma circunstância conhecida e provada, por meio da qual se chega à conclusão de existência de outra coisa.

Por exemplo, numa hipótese em que se discute a existência de relação de emprego tendo, de um lado, reclamante pretendendo o reconhecimento de vínculo de emprego, de outro lado, a reclamada, em defesa, sustentando a tese de que o reclamante era vendedor autônomo. A existência de alguns indícios, como comparecimento a reuniões semanais, existência de cota mínima, área fixa de trabalho, ressarcimento de despesas, pode autorizar o Juiz do Trabalho a reconhecer o vínculo de emprego.