

(A) INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO
ÔNUS DA PROVA - REFLEXOS DO PROCESSO CIVIL

1ª edição — setembro, 2013

2ª edição — fevereiro, 2017

3ª edição — junho, 2023

AUTORIA

JOSÉ CARLOS MANHABUSCO
AMANDA CAMARGO MANHABUSCO



(A) INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO
ÔNUS DA PROVA - REFLEXOS DO PROCESSO CIVIL

3ª EDIÇÃO
2023



LTr Editora Ltda.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-003
São Paulo, SP — Brasil
Fone (11) 2167-1101
www.ltr.com.br
Maio, 2023

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: GRAPHIEN DIAGRAMAÇÃO E ARTE
Projeto de Capa: DANILO REBELLO
Impressão: META BRASIL

versão impressa — LTr 6415.1 — ISBN 978-65-5883-237-9
versão digital — LTr 9888.3 — ISBN 978-65-5883-238-6

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Manhabusco, José Carlos

(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho : teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova : reflexos do processo civil / José Carlos Manhabusco, Amanda Camargo Manhabusco. — 3 ed. — São Paulo, SP : LTr Editora, 2023.

eBook

Bibliografia.

ISBN 978-65-5883-238-6

1. Direito trabalhista 2. Ônus da prova 3. Processo (Direito) I. Manhabusco, Amanda Camargo. II. Título.

23-153414

CDU-347.941:331

Índices para catálogo sistemático:

1. Ônus da prova no processo protetivo do trabalho :
Direito processual do trabalho 347.941:331

Tábata Alves da Silva — Bibliotecária — CRB-8/9253

*Acabo de concluir mais uma etapa do meu compromisso paternal.
Não foi nenhum sacrifício, mas, sim,
um caminho de muita alegria e satisfação.
Poder ladear com minha filha neste trabalho é algo
de compreensão superior.
Somente posso agradecer pelo carinho e incentivo recebido
por minha família: Margareth Camargo Manhabusco (esposa), Gianncarlo
Camargo Manhabusco (filho) e
Engracia Pereira do Nascimento (mãe por afinidade).*

JOSÉ CARLOS MANHABUSCO

*Dedico aos meus pais e ao meu irmão que, com muito carinho, amor e apoio,
não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida.*

AMANDA CAMARGO MANHABUSCO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO — <i>Gáudio Ribeiro de Paula</i>	9
PREFÁCIO — <i>Carlos Alberto Reis de Paula</i>	11
INTRODUÇÃO	13
1. PROVA.....	17
1.1. Conceitos.....	17
1.2. Verdade, certeza e função da prova	21
1.3. Meios de prova	24
1.4. Objeto da prova.....	25
1.5. Jurisprudência anotada	32
2. PRINCÍPIOS PROBATÓRIOS.....	44
2.1. Princípio do contraditório e da ampla defesa.....	44
2.2. Princípio da necessidade da prova	51
2.3. Princípio da unidade da prova	51
2.4. Princípio da proibição da prova obtida ilicitamente	52
2.5. Princípio do livre convencimento motivado do juiz.....	53
2.6. Princípio da oralidade	56
2.7. Princípio da imediação.....	56
2.8. Princípio da aquisição processual	58
2.9. Princípio da identidade física do juiz.....	59
3. PROVAS EM ESPÉCIE	62
3.1. Depoimento pessoal — interrogatório	62
3.2. Confissão real e <i>ficta</i>	64
3.3. Prova testemunhal.....	66
3.4. Prova documental.....	69
3.5. Perícia.....	72
3.6. Inspeção judicial	80
3.7. Prova emprestada	82

4.	ÔNUS DA PROVA: ÔNUS E OBRIGAÇÃO.....	87
4.1.	Incidência das normas sobre o ônus da prova.....	91
4.2.	Ônus e distribuição	93
4.3.	Ônus objetivo e ônus subjetivo.....	98
4.4.	Prova do fato negativo.....	101
5.	APLICAÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO	102
5.1.	Introdução	102
5.2.	Legislação	103
5.2.1.	CPC de 1973	103
5.2.2.	CPC de 2015	104
5.3.	Procedimento	105
5.4.	Do recurso de agravo de instrumento	106
5.5.	Resolução n. 203, de 15.3.2016 — Instrução Normativa n. 39/2016 — Tribunal Superior do Trabalho	107
6.	INFLUÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO PROCESSO DO TRABALHO.....	109
7.	MOMENTO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA PELO JUIZ	117
8.	TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.....	123
8.1.	Poderes instrutórios do Juiz	126
8.2.	Aplicação das regras de distribuição do ônus da prova.....	129
8.3.	Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.....	130
8.4.	Recepcionalidade da teoria das cargas processuais dinâmicas no direito brasileiro	132
8.5.	Aplicação no Superior Tribunal de Justiça	139
9.	CRITÉRIO DE VALORAÇÃO DA PROVA — QUESTÃO DE DIREITO	142
9.1.	Fatos provados. Provas produzidas.....	142
9.2.	Enquadramento Jurídico. Avaliação da prova.....	142
10.	ÔNUS PROBATÓRIO NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS POR ACIDENTE DE TRABALHO	143
10.1.	Reflexão preliminar	143
10.2.	Acidente de trabalho	145
10.3.	Garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa.....	146
10.4.	Pedido de inversão do ônus da prova ou obrigação legal. Presunção legal de culpa.....	147
10.5.	Momento processual	155
10.6.	Efeitos do ato.....	156
10.7.	Síntese final	157
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	159
	REFERÊNCIAS.....	161

APRESENTAÇÃO

Profícuo articulista com rica experiência acadêmica e profissional nas áreas cível e trabalhista, o Prof. José Carlos Manhabusco figurou como membro de bancas de concursos para magistratura do trabalho, ministério público estadual e delegado de polícia civil. É, ademais, membro da Academia de Direito Processual do MS.

Todas essas credenciais o habilitam a transitar, com bastante desenvoltura, por diversos domínios do Direito, com uma particular ênfase nas questões de especial relevância para a advocacia sobretudo trabalhista.

É a partir dessas virtudes que Manhabusco e a filha Amanda, Especialista em Direito e Processo do Trabalho, se prontificam a apresentar valiosas lições em torno de um tema com uma especial pertinência nos tempos que correm. Com efeito, todos os aspectos em torno da prova revestem-se de especial relevância para a atuação dos operadores do Direito, em uma época na qual as garantias processuais se apresentam como importantes balizas do Estado de Direito Democrático.

Trata-se de matéria situada, como se sabe, entre as fronteiras do Direito Material e do Direito Processual.

Os Autores iniciam sua obra com vital recapitulação de aspectos conceitos e taxonômicos, em um capítulo que se poderia qualificar como uma fase preambular a cumprir uma função epistemológica, de modo a pavimentar o caminho cognitivo para bem compreender os aspectos subsequentemente abordados.

Em seguida, dá-se a exposição de todo o corpo principiológico a nortear a hermenêutica em torno das regras acerca da produção da prova, desde os ubíquos princípios do contraditório e ampla defesa, passando pelo da unidade da prova, livre convencimento, imediação, ilustrativamente, até os princípios da aquisição processual e identidade física do juiz.

Passa-se, então, em revista as espécies de prova, abordando as especificidades do depoimento pessoal, da confissão, da perícia, da inspeção judicial, dentre outras. Trata, ainda da prova emprestada, a respeito da qual oferece algumas importantes lições.

A “tormentosa e atormentadora” discussão a respeito do ônus da prova figura como objeto de preciso delineamento técnico entre o quarto e oitavo capítulos do livro, com destaque para um exame detido da teoria da distribuição dinâmica, à luz da doutrina civilista e consumerista e suas implicações no Processo do Trabalho.

Os critérios de valoração da prova são apreciados de forma objetiva e didática no nono capítulo.

Em sua última parte, enfrenta uma matéria particularmente frequente nas demandas trabalhistas, que consiste na distribuição do encargo probatório nas ações acidentárias. Parte de algumas reflexões preliminares para, após abordar o conceito de acidente de trabalho, cuidar do pedido de inversão do ônus probante e alguns outros aspectos correlatos fundamentais.

A leitura fluida e agradável do texto ensinará ao leitor uma visão panorâmica, atualizada e consistente dos principais institutos, regras, conceitos e princípios em torno da prova, o que contribuirá para uma atuação mais segura e desenvolva de todos os profissionais do direito.

GÁUDIO RIBEIRO DE PAULA

Advogado e Professor.

PREFÁCIO

Ao olharmos o passado, não muito remoto, da literatura jurídica, e a compararmos com os dias hodiernos, um fato é indiscutível: os temas vinculados ao direito material e processual do trabalho passaram a ocupar um espaço mais expressivo, a preencher prateleiras e mais prateleiras. A redescoberta desses temas parece-nos estar vinculada à estatura constitucional que se deu aos direitos sociais, incrustados nos direitos e garantias fundamentais, pela Carta Magna de outubro de 1988.

As alterações na Constituição, com a Emenda Constitucional n. 45/2004, apenas expandiram essas reflexões, sobretudo a partir da ampliação da competência da Justiça do Trabalho.

Muito se reflete, muito se escreve, muito se discute. Afinal, um domínio de ciência que está centrado na pessoa humana tem sempre a característica de ser inesgotável, à medida em que se modificam as necessidades e os interesses emergem. A civilização que está em contínuo fluir tem este reflexo, talvez inconsciente, nos ramos das ciências tituladas de sociais.

O trabalho conjunto do advogado e professor José Carlos Manhabusco e de sua filha Amanda se insere neste contexto.

Como o título revela, o livro trata do ônus da prova. E a prova, como sabemos, é o coração do processo.

Dentre os princípios do Direito Processual do Trabalho, dois se destacam por sua vinculação com o ônus da prova: o da adequação e o do tratamento desigual. Se o direito material do trabalho tem peculiaridades, obrigatoriamente haverá a adequação a estas singularidades pelo direito processual do trabalho. Esse direito, pelo seu caráter instrumental, deve-se conformar ao direito material.

Há manifesta desigualdade das partes na relação jurídica trabalhista. Um dos princípios fundamentais do Direito Processual do Trabalho é o do tratamento desigual, sendo que a índole do Direito do Trabalho mostra-nos que não tem a finalidade de realizar a justiça comutativa, mas sim a justiça distributiva.

O art. 818, único dispositivo no texto consolidado que trata expressamente do ônus da prova, não colide com o art. 333 do CPC. A aplicação subsidiária do dispositivo civilista está condicionada ao ajuste às especificidades do Direito Processual do Trabalho. No processo civil, a repartição do ônus da prova se inspira no critério da igualdade das partes. O preceito consolidado condensa toda a matéria, abrangendo tanto o ônus da ação quanto o ônus da exceção, e permite, graças a sua generalidade, as adaptações que se impõem pelas singularidades do processo trabalhista.

A inversão do ônus da prova é uma das peculiaridades do processo trabalhista, fenômeno justificado pela instrumentalidade do direito processual, de forma genérica, e nas particularidades do processo trabalhista, de forma específica. A inversão é inspirada em princípios de interesse social, sendo meio para se obter o equilíbrio processual, estabelecendo igualdade de condições entre as partes.

Torna-se possível a inversão do ônus da prova desde que haja incidência de alguns dos seguintes princípios: da aptidão para a prova, do *in dubio pro operario* e da pré-constituição da prova.

Válida sempre a lição de Carnelutti para quem o escopo do processo não é a simples composição, mas a justa composição da lide. Há de ser visto que o princípio da tutela, processualmente, está radicado na circunstância de o trabalhador ser normalmente o credor, diferentemente do processo civil em que o devedor é, geralmente, a parte mais frágil.

O ônus da prova, regra de julgamento, tem um caráter dinâmico, por poder sofrer variações no curso do processo, sempre em busca do ajuste aos princípios que o norteiam no processo trabalhista.

Esse riquíssimo e relevante tema recebe na pena dos autores um tratamento elogiável. Passeiam com precisão pela doutrina e ilustram o pensamento com julgados expressivos, sempre mantendo o fio condutor de suas reflexões por uma fina sensibilidade jurídica.

Estou convicto de que a discussão sobre o tema está enriquecida. Disso, certamente, os que tiverem o privilégio de folhear este livro irão perceber. A mim, o prazer e o privilégio de tê-lo lido antes e publicizar estas palavras que, se estimular a leitura, terão alcançado a finalidade.

Fevereiro de 2013

CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA

Ministro Aposentado do TST, Conselheiro do CNJ,
Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da UFMG,
Professor Adjunto da UnB, Membro Titular da Academia
Nacional de Direito do Trabalho.

INTRODUÇÃO

A pesquisa do título utiliza parte dos fundamentos contidos no trabalho apresentado por Amanda Camargo Manhabusco à Banca Examinadora, por ocasião da defesa da monografia intitulada “Ônus da Prova no Processo do Trabalho”, no Curso de Direito, da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, em Campo Grande, no ano de 2011.

Este trabalho traz à tona o estudo do ônus da prova e sua inversão no processo do trabalho com destaque para o procedimento nas ações de acidente de trabalho (doença ocupacional). Hodiernamente, no processo do trabalho, o ônus da prova é assunto em evidência entre os juristas. Isso se deve ao fato de que, dentro do conteúdo, muitas são as peculiaridades e os debates envolvendo o tema.

Primeiro, necessário se faz observarmos que o processo é o instrumento utilizado para que se concretize o direito material e para que se promova o acordo de conflitos. Desse modo, a análise deste instituto processual objetiva o entendimento de que simplificando e compreendendo a instrumentalidade do processo, o direito material será certamente mais facilmente atingido.

A pesquisa inicia-se abordando o assunto prova: verdade e prova. A verdade dos fatos alegados é o objetivo principal do Estado-Juiz. É exatamente essa busca pela verdade que proporcionará uma decisão justa. Tem a prova um papel fundamental no processo, pois é por meio de sua produção que os fatos serão comprovados e a convicção do julgador a respeito da pretensão posta em juízo formada.

Sendo assim, existindo uma verdade dentro das alegações sobre os fatos e sendo a prova, o meio pelo qual essa verdade será comprovada, ambos realizam o papel de propiciar ao juiz os meios para que profira uma decisão justa e satisfatória. O estudo também comporta os destinatários da prova, suas características principais, bem como seus meios e o objeto da prova.

No segundo capítulo, estão presentes os princípios probatórios e no terceiro capítulo as provas em espécie. Os princípios da prova direcionam todos os elementos do processo para a melhor solução da lide. Norteiam as atitudes do magistrado, das partes e dos auxiliares da Justiça. Merece destaque a não recepção pelo CPC/2015

do princípio da identidade física do juiz, que estabelece que o juiz que inicia a audiência de instrução seja o mesmo que profere o julgamento.

Em relação às provas em espécie, merece destaque a abordagem feita sobre a prova emprestada. Ela pode ser requerida de ofício ou pelas partes. Sua utilização visa o acesso, pelo trabalhador, de todos os meios legítimos de fazer prova e, conseqüentemente, do real acesso à Justiça. Destacando, também, que pode ser utilizada desde que seja respeitado o princípio do contraditório e da ampla defesa.

O quarto capítulo destaca o ônus da prova.

O quinto capítulo destaca a aplicação ao Processo do Trabalho.

A influência do Código de Defesa do Consumidor ao processo do trabalho consta no sexto capítulo.

O capítulo sétimo aponta o momento da inversão do ônus da prova pelo juiz.

O capítulo oitavo apresenta a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.

O ônus probatório nas ações indenizatórias por acidente de trabalho está no capítulo dez.

O ônus da prova constitui numa faculdade a quem foi incumbido. Tem a parte a prerrogativa de atendê-lo ou não, sob pena de, no julgamento, responder pela falta de prova a respeito de determinado fato.

Os dispositivos que orientam o Estado-Juiz quanto à distribuição do ônus da prova são os arts. 818, da CLT, e 373 do CPC/2015 (art. 333, do CPC/73).

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor e suas inovações, mais precisamente de seu art. 6º, VII, é possível que o juiz determine a inversão do ônus da prova a favor do destinatário final de bens e serviços, de que “verossímil alegação” ou “quando se tratar de consumidor hipossuficiente”.

Enquanto a norma no Processo do Trabalho era silente, diante do contido nos arts. 8º, parágrafo único, e 769, da CLT, era absolutamente aplicável o disposto no Código de Defesa do Consumidor a essa área trabalhista, pois ao utilizar-se da inversão do ônus da prova, o juiz permitia que a parte mais vulnerável no processo pudesse ser equiparada à outra parte, ou seja, proporciona igualdade de oportunidades na produção de prova (p. ex.: na exibição de documentos). Logo, acabava conferindo plena efetividade à tutela jurisdicional.

Entretanto, o que preleciona o CDC é um tanto quanto limitador, haja vista que apenas nas hipóteses elencadas no artigo é que será possível a inversão. É justamente nesse ponto que um dos temas deste trabalho surge, isto é, a adoção da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Processo do Trabalho.

A Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova consiste em retirar o peso da carga da prova da parte que se encontra em evidente debilidade de suportar o ônus de produzir a prova essencial ao deslinde do litígio, transmitindo-o sobre a outra parte que se encontra em melhores condições de produzi-la.

Essa é, em síntese, a essência da teoria, que se revela de extrema importância para o alcance de julgamentos mais justos e equânimes, sendo, portanto, necessária sua aplicação ao Direito Processual do Trabalho e com mais razão nas ações concernente ao acidente de trabalho equiparado (doença de natureza ocupacional).

Na 3ª edição, já com a recepção da Teoria pela Consolidação das Leis do Trabalho, procuramos destacar a sua aplicação e discorrer um pouco sobre o entendimento no Superior Tribunal de Justiça acerca da distribuição do ônus da prova.

Aproveitamos também para tecer reflexões sobre o critério de valoração da prova e das questões de Direito, acrescentando o 9º Capítulo.

É o processo justo em todos os sentidos.

1. PROVA

1.1. CONCEITOS

O conceito de prova, o objeto da prova, o *onus probandi*, os meios de prova, suas classificações e requisitos de admissibilidade, os critérios de valoração da prova são temas que pertencem à teoria geral do processo civil⁽¹⁾.

“Prova na linguagem jurídica, segundo a definição do Código Civil português, art. 2.404, é a *demonstração da verdade dos fatos alegados em juízo*. Poderíamos antes dizer: *é o conjunto dos meios empregados para demonstrar, legalmente, a existência de um ato jurídico*, ficando assim dentro dos limites do direito privado.”⁽²⁾

Na visão do moderno doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite⁽³⁾:

“Prova é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-Juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”.

A exigência da verdade, quanto à existência, ou inexistência, dos fatos, se converte na exigência da *prova destes*⁽⁴⁾.

Do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entende-se, assim, no sentido jurídico, a *demonstração*, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da

(1) MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 64.

(2) BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Apresentação de Caio Mário da Silva Pereira. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. p. 245.

(3) LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 543-544.

(4) SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. II. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 327.

qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado. A prova consiste, pois, na *demonstração da existência* ou da *veracidade* daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta⁽⁵⁾.

O saudoso Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Carlos Alberto Barata Silva, comentava que a prova é tudo que pode convencer o julgador da certeza de algum fato, circunstância ou proposição controvertida. E por essa razão, dentre as centenas de definições dos doutrinadores, preferência dava à de Mittermaier⁽⁶⁾, de que “a prova é a soma dos meios produtores da certeza”⁽⁷⁾.

O referendado Ministro adunava que “Razões sobrava a Bordeaux quando dizia que ‘a teoria da prova’, em geral, é um dos mais vastos assuntos abertos à investigação do espírito humano; a filosofia inteira nela se compreenderia, pois que ela mesma tem a finalidade o descobrimento da verdade...”⁽⁸⁾.

Diz João Monteiro⁽⁹⁾ sobre a prova:

“Meio com que se estabelece a existência positiva ou negativa, do fato provando e como a própria certeza dessa existência”, definindo-la: *prova é a soma dos atos produtores da convicção, apurados no processo.*

No dizer das Ordenações Filipinas, “a prova é o farol que deve guiar o juiz nas decisões” (Liv. III, Tít. 63) sobre as questões de fato.

Embora vários temas sobre a prova venham às vezes apontados na lei civil, trata-se de autêntica matéria processual porque falar em provas significa pensar na formação do convencimento do juiz, no processo. Mas o novo Código Civil invadiu radicalmente essa área, com disposições de caráter nitidamente processual, o que constitui um retrocesso científico (arts. 212 e s.)⁽¹⁰⁾.

O raciocínio dos citados autores possui pertinência e relevância, uma vez que não se concebe, cientificamente falando, que o diploma substantivo trate de matéria estritamente processual. A invasão foi sentida pelos doutrinadores de escol.

Vejamos os artigos do Código Civil que fazem referência à prova:

Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

I — confissão;

(5) SILVA, De Plácido e, *Vocabulário jurídico*. v. III. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 1253.

(6) MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*, Tradução brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro, 1917.

(7) Digesto de Processo. Prova/Valor da causa. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 1.

(8) *Idem.* LESSONA, Bordeaux. *Teoria delle Prove*. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 2.

(9) MONTEIRO, João, *apud* Moacyr Amaral Santos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. II. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 329.

(10) CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 347.

- II — documento;
- III — testemunha;
- IV — presunção;
- V — perícia.

Art. 213. Não tem eficácia a confissão se provém de quem não é capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados.

Parágrafo único. Se feita a confissão por um representante, somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado.

Art. 214. A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação.

Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.

§ 1º Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, a escritura pública deve conter:

- I — data e local de sua realização;
- II — reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas;
- III — nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação;
- IV — manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes;
- V — referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato;
- VI — declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram;
- VII — assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião ou seu substituto legal, encerrando o ato.

§ 2º Se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo.

§ 3º A escritura será redigida na língua nacional.

§ 4º Se qualquer dos comparecentes não souber a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se expressa, deverá comparecer tradutor público para servir de intérprete, ou, não o havendo na localidade, outra pessoa capaz que, a juízo do tabelião, tenha idoneidade e conhecimento bastantes.

§ 5º Se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos duas testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade.

Art. 216. Farão a mesma prova que os originais as certidões textuais de qualquer peça judicial, do protocolo das audiências, ou de outro qualquer livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele, ou sob a sua vigilância, e por ele subscritas, assim como os traslados de autos, quando por outro escrivão consertados.

Art. 217. Terão a mesma força probante os traslados e as certidões, extraídos por tabelião ou oficial de registro, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas.

Art. 218. Os traslados e as certidões considerar-se-ão instrumentos públicos, se os originais se houverem produzido em juízo como prova de algum ato.

Art. 219. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.

Parágrafo único. Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las.

Art. 220. A anuência ou a autorização de outrem, necessária à validade de um ato, provar-se-á do mesmo modo que este, e constará, sempre que se possa, do próprio instrumento.

Art. 221. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.

Parágrafo único. A prova do instrumento particular pode suprir-se pelas outras de caráter legal.

Art. 222. O telegrama, quando lhe for contestada a autenticidade, faz prova mediante conferência com o original assinado.

Art. 223. A cópia fotográfica de documento, conferida por tabelião de notas, valerá como prova de declaração da vontade, mas, impugnada sua autenticidade, deverá ser exibido o original.

Parágrafo único. A prova não supre a ausência do título de crédito, ou do original, nos casos em que a lei ou as circunstâncias condicionarem o exercício do direito à sua exibição.

Art. 224. Os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o português para ter efeitos legais no País.

Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

Parágrafo único. A prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos.

Art. 227. Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados.

Parágrafo único. Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito.

Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas:

I — os menores de dezesseis anos;

II — aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil;

III — os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam;

IV — o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;

V — os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade, ou afinidade.

Parágrafo único. Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo.

Art. 229. Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato:

I — a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo;

II — a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo;

III — que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato.

Art. 230. As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal.

Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

1.2. VERDADE, CERTEZA E FUNÇÃO DA PROVA

Ao mencionar a palavra “prova”, naturalmente, a primeira ideia que surge é a descoberta da verdade. Não apenas no processo, mas em qualquer situação que passamos no cotidiano.

Dentro do processo, a prova desempenha função essencial, “razão mesmo para que a investigação dos fatos, no processo de conhecimento, ocupe quase que a totalidade do procedimento e das regras que disciplinam o tema nos diversos códigos processuais que se aplicam no direito brasileiro”⁽¹¹⁾.

A verdade é uma condição para uma decisão justa.

Ao juiz, no processo de conhecimento, cabe a análise dos fatos narrados a ele, aplicando as regras presentes no ordenamento positivo. Na valoração desses fatos é que se chega a uma consequência aplicável ao conflito.

O direito nasce de fatos que as normas jurídicas apontam como aptos e suficientes para seu nascimento (fatos constitutivos do direito). Por outro lado, fatos existem, também definidos em lei, que impedem a constituição do direito ou

(11) MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*. v. 2. 9. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 253.

resultam na sua modificação ou extinção (fato impeditivo, modificativo e extintivo de direito, respectivamente)⁽¹²⁾.

Portanto, na lide, cabe ao autor alegar os fatos que justificam o direito que pleiteia e, posteriormente, na defesa, ao réu alegar as razões de fato com que impugna o direito do autor.

No processo estão elencados os fatos. Fatos esses sobre os quais o juiz decidirá. No julgamento do processo, é insuficiente apenas a afirmação feita pela parte. É necessário que se prove a alegação.

As partes e o juiz devem exercer o seu papel na demanda. Primeiro, é necessário que as partes cumpram o dever de demonstrar e convencer o juiz da verdade do fato afirmado e, posteriormente, por meio da prova desse fato, ele seja convencido (certeza).

Não se poderia deixar de trazer à baila linhas compiladas de parte das aulas proferidas pelo saudoso civilista San Tiago Dantas⁽¹³⁾, no período de 1942 a 1945, na Faculdade Nacional de Direito do Rio de Janeiro (Fundão), assim anotadas:

“Que é certeza? A certeza é um estado subjetivo, diga-se é a ideia que cada um tem de que um determinado fato é real. Esta ideia vem da consciência de um juiz para a consciência de outro, o que convence o fulano não convence o sicrano, de modo que, a história da prova pode ser resumida na luta entre os dois princípios: considerar um fato provado, quando a consciência do juiz, realmente, adquirir a certeza, ou considerar um fato, provado, quando dele forem oferecidas tais demonstrações, que a consciência médica de um homem deverá com ela se satisfazer.

A tendência para a subjetivação da prova, quer dizer, para só considerar um fato provado, quando, efetivamente, um juiz dele se convenceu, e a tendência para considerar um fato provado, quando a consciência média de um juiz deverá satisfazer-se com esta prova, ainda que o juiz esteja decidindo, no caso, tenha de ser mais rigorosa.

Pode-se dizer que, durante toda a Idade Média, o segundo princípio, o princípio de que um fato está provado, quando se atinge a um certo nível de prova, foi que originou a ciência da prova. É esse regímen, que se chama da prova legal e a que se opõe a prova de consciência”.

Ao juiz, cabe a análise dos fatos e a valoração das provas, a fim de formar o seu convencimento e prolatar a decisão. Com efeito, o convencimento deve ser motivado, pois estando o juiz não está adstrito às provas, pode dar a sentença conforme seu entendimento e livre apreciação.

(12) ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Direito processual do trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 451.

(13) DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil — parte geral*. 3ª Tiragem. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p. 388.

Contudo, de acordo com o exposto, é necessário que comprove sua decisão com argumentos convincentes, conforme preleciona o art. 371 do CPC/2015:

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

E ainda, conforme o art. 832, *caput*, da CLT:

“Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão”.

A prova pode exercer muitas conotações. No processo, ela pode ser instrumento, quando serve para convencimento dos fatos na demonstração da verdade, por exemplo, a prova documental, a prova pericial; pode ser procedimento, por meio do qual os instrumentos de conhecimento se formam e são recepcionados pelo juízo; nesta fase ocorre a produção da prova; pode dar a ideia da atividade lógica celebrada pelo juiz, quando conhece dos fatos, a percepção, por exemplo, e, por fim, pode ser o resultado da atividade probatória, que finalmente é quando provoca o convencimento da verdade.

Na síntese de Giuseppe Chiovenda⁽¹⁴⁾:

“Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes do processo. Indiscutível, pois, a importância da prova no processo de convencimento do juiz. Seu papel é fundamental no processo, pois ajuda o julgador a chegar ao julgamento mais justo possível na lide.”

“É a prova, e especialmente a convicção que dela resulta, que serve como real elemento para fazer coincidir a verdade formal e a verdade real (ainda que esta seja vista como uma utopia) e, assim, torna-se legitimadora do fenômeno da coisa julgada”⁽¹⁵⁾. Ou seja, o papel da prova é justamente o de legitimar a coisa julgada mediante o convencimento do juiz e, desta forma, atingir uma ordem jurídica justa alcançando, assim, a paz social.

A finalidade da prova no processo é convencer o juiz de que os fatos narrados pelas partes são verdadeiros. Ressalta-se que tais fatos devem ser relevantes e pertinentes à causa.

O juiz, no julgamento da lide, deve sempre perseguir a verdade, verdade essa denominada “verdade real”, que seria a verdade concreta e absoluta dos fatos, porém, é permitido a ele julgar de acordo com a verdade que decorre das provas produzidas

(14) CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições do direito processual civil*. v. III. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 109.

(15) RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 177.

nos autos e de acordo com as máximas da experiência, seja ela a “verdade formal”. Isso ocorre em virtude da dificuldade de se encontrar uma verdade absoluta, já que para as partes, as suas alegações são sempre verdadeiras. E, também, em detrimento da celeridade processual que é necessário ao Judiciário, ou seja, o julgamento do conflito deve ter um prazo razoável de duração.

Pode-se inferir que o princípio da identidade física do juiz estava diretamente relacionado com a finalidade da prova, pois, segundo ele, o juiz que participasse e concluísse a fase de instrução e julgamento, que é onde são colhidas as provas, seria o mesmo que proferiria a sentença quando finda a causa.

Ao que nos parece, este princípio não encontra ressonância no CPC/2015.

A prova, segundo posicionamento de Manoel Teixeira⁽¹⁶⁾:

“Não tem apenas a finalidade de convencer, mas, sobretudo, constringir e nortear a formação do seu convencimento, pois sabemos que, por força de disposição legal, (CPC, art. 131 do CPC), o julgador não pode decidir contra a prova existente nos autos, sob pena de nulidade de sentença. O princípio da persuasão racional, adotado pelo CPC vigente, desautoriza o juiz a julgar segundo a sua íntima convicção, impondo-lhe que o faça de maneira fundamentada; a fundamentação, no caso, é feita com vistas à prova produzida e traduz uma exigência constitucional (art. 93, IX)”.

Importante ressaltar que o principal destinatário da prova é o juiz. Principal porque as partes também são destinatárias, uma vez que, conforme a exposição dos fatos e provas, elas irão se convencendo das alegações relevantes da causa e não criarão resistência ao julgamento proferido, não tendo a intenção de ingressar com recurso, no intuito de ver reformulada a decisão.

A prova possui características próprias.

São elas:

- 1) toda prova possui um objeto sobre o qual recairá a prova;
- 2) tem uma finalidade, que é a convicção do juiz (prova judiciária);
- 3) tem um destinatário, seja ele o processo.

1.3. MEIOS DE PROVA

Existem também os meios de prova, que são os elementos ou instrumentos idôneos e aptos à formação do magistrado. Não deixando de mencionar o chamado

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

procedimento probatório, que se refere aos métodos, momento e princípios em que a prova deve ser desenvolvida.

É por meio da prova que as partes levam o juiz a conhecer a verdade dos fatos. Assim, podem as partes se utilizar de todos os meios necessários para formar a convicção do juiz, tanto aqueles previstos na lei como os moralmente legítimos.

A exigência da legalidade e moralidade está presente no Texto Constitucional, art. 5º, LVI, que assim preleciona: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A CLT não trata especificamente sobre os meios de prova (arts. 8º, parágrafo único, e 769, da CLT); sendo assim, aplica-se o disposto no art. 369 do CPC/2015, que consagra o princípio da liberdade de prova.

Ao comentar o art. 332 do CPC/73, João Carlos Pestana de Aguiar consigna que “São meios de prova não só os dispostos em lei, como os nela não previstos e hábeis para provar a verdade dos fatos, desde que moralmente legítimos”⁽¹⁷⁾.

1.4. OBJETO DA PROVA

O objeto da prova é aquilo sobre o que recairá a prova, é o que se deseja provar. De acordo com posicionamentos doutrinários, o objeto da prova é constituído por fatos que são narrados na ação e na defesa.

Os fatos que deverão ser objeto de prova são aqueles que versam sobre a lide. Ou seja, mais precisamente os fatos *controvertidos ou controversos, relevantes e determinados ou influentes* contidos no processo. Assim, a prova é necessária quando há questão de fato para ser apreciada e decidida pelo julgador.

Analisando o nosso Código de Processo Civil, podemos verificar que ele adota esse mesmo ponto de vista.

Como exemplos, podemos citar o art. 369:

“As partes têm o 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”.

Observa-se a inteligência do artigo citado no sentido de provar as verdades dos fatos.

E o art. 374:

Não dependem de prova os fatos:

I — notórios;

(17) AGUIAR, João Carlos Pestana de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. IV. 2. ed. São Paulo: RT, 1977. p. 71.

- 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. “Não dependem de provas os fatos: notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, admitidos, no processo, como incontroversos e em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

Entretanto, para outros doutrinadores, o entendimento é divergente. Constituem objeto da prova as alegações de fato, e não os fatos alegados⁽¹⁸⁾.

Na obra de Cleber Lúcio de Almeida, há o ponto de vista de Santiago Sentis Melendo⁽¹⁹⁾ (*Natureza da Prova*, p. 94-95) que afirma que “os fatos não se provam. Os fatos existem. O que se prova são as afirmações, que poderão a eles referir-se. A parte (...) formula afirmações; não leva ao juiz suas dúvidas, senão a segurança — real ou fictícia — sobre o que sabe; não pede o juiz que averigüe, mas lhe diz o que averiguou para que o juiz constate, comprove, verifique (esta é a palavra exata), se as afirmações coincidem com a realidade (...). A prova é verificação e a verificação há de referir-se a afirmações”.

Ainda na referida obra, Francesco Carnelutti (*La Prueba Civil*, p. 40) observa que “a prova acerca da existência de um fato se faz mediante o conhecimento do fato mesmo; o conhecimento não é a prova, mas dá a prova da afirmação. Nesse sentido, justo é reconhecer que o objeto da prova não são fatos, mas as afirmações, as quais não se conhecem, mas se comprovam, enquanto aqueles não se comprovam, mas se conhecem”⁽²⁰⁾.

Para esses autores, o que se deseja provar são as afirmações sobre os fatos, e não tão somente os fatos, pois eles já existem. Caso o objeto da prova fossem os fatos, não haveria como provar os fatos negativos, pois se chagaria a conclusão de que eles nunca ocorreram. Pois, prova-se a afirmação de fato de que estes nunca ocorreram.

No entanto, nosso posicionamento diverge. Estamos de acordo com o Código, uma vez que o que se pretende provar em juízo é a veracidade dos fatos alegados que buscam o convencimento do Estado-Juiz. A prova recai sobre os fatos alegados pelas partes. O juiz tem de ser convencido do fato da maneira como foram narrados pela parte.

No que concerne aos fatos negativos, esses também trazem um fato implicitamente na sua negação. Vejamos, como exemplo, uma negação de justa causa. O réu (reclamado) alega que não dispensou o autor (reclamante) sem justa causa — negação do fato; dessa forma, estará alegando — afirmação — que ele se demitiu ou

(18) CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 351.

(19) ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Direito processual do trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 454.

(20) *Idem*, p. 454-455.

abandonou o emprego. Ou seja, mesmo que implícito, existe um fato na situação que ensejou a demanda.

Ainda tratando-se sobre o objeto da prova, podemos reiterar que são os fatos relevantes, pertinentes e controversos que devem ser provados na causa pelo réu ou pelo autor.

O direito não depende de prova, ou seja, não é ele o objeto da situação, pois o juiz deve conhecê-lo. No entanto, há exceção. A obrigatoriedade de o juiz conhecer o direito não vai alcançar o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário. Caberá à parte que alegá-lo provar seu teor e vigência.

Conforme estabelece o art. 376 do CPC/2015:

“A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar”.

Importante enfatizar que “a hipótese não é de prova dos fatos de que decorre o direito deduzido, mas do teor e vigência da norma jurídica que se pretende aplicada para efeito de reconhecimento do direito afirmado”. A parte não está dispensada de juntar aos autos acordos coletivos, convenções coletivas ou regulamento interno de empresa em que baseia a sua pretensão.

Acordos coletivos, convenções coletivas e regulamento interno de empresa não se confundem com direito consuetudinário ou direito costumeiro, que é, segundo lição de Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IV, p. 286), “o direito que se irradia de repetição de atitudes humanas que o meio social fez de regras jurídicas”⁽²¹⁾.

Todavia, quanto às Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil, o Juiz do Trabalho deve conhecê-las, pois elas possuem o *status* de Lei Ordinária. Sendo assim, a parte que as invocar não precisa produzir prova sobre teor e vigência.

Conforme exposto anteriormente, nem todos os fatos alegados por qualquer das partes dependem de prova para que se chegue à conclusão de que são verdadeiros.

Dispensam provas os fatos:

- a) Notório. É notório o fato cujo conhecimento faz parte da cultura normal de determinado meio social no momento do julgamento da causa.
- b) Confessados. Somente a confissão expressa dispensa a prova do fato. A confissão ficta, em razão de ser relativa, pode ser elidida por provas em contrário.
- c) Incontroversos. São incontroversos os fatos não contestados. O fato confessado pelo réu também se torna incontroverso.

(21) ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Del Rey, 2008. p. 455.

- d) Cujas existência ou veracidade é legalmente presumida. Dois exemplos podem ser dados a respeito desta presunção. “Art. 447 da CLT — enfatiza que, na falta de acordo ou prova sobre condição essencial ao contrato verbal, esta se presume existente, como se a tivesse estatuído os interessados, na conformidade dos preceitos jurídicos adequados à sua legitimidade; Art. 456, parágrafo único, da CLT — consigna que a prova do contrato individual do trabalho será feita pelas anotações constantes da carteira profissional ou por instrumento escrito suprida por todos os meios permitidos em direito. À falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição”⁽²²⁾.

Dessa forma, a notoriedade dos fatos, a confissão, a incontrovérsia e a presunção legal de veracidade permitem que o juiz aceite como verdadeiro o fato alegado, dispensando a parte de provar a sua veracidade, funcionando, assim, como excludentes da necessidade da prova.

Importante destacar que, ainda que sejam situações que determinariam a desnecessidade de produção de provas, justamente por não haver dúvida quanto à certeza do fato alegado, na prática, a situação jurídica pode ser um pouco diferente.

Isso porque, há a questão sobre os efeitos da presunção. Veja-se, por exemplo, à revelia, situação que acarreta a confissão ficta quanto à matéria de fato, com presunção de veracidade dos fatos alegados pela outra parte (item I da Súmula 74 do TST). A presunção dos efeitos da confissão é relativa, isso quer dizer que, mesmo que os fatos alegados pela parte tenham a presunção de veracidade, as provas existentes nos autos podem confrontá-los (item II da Súmula 74 do TST). Portanto, ainda que haja confissão quanto aos fatos e a suposta prescindibilidade da produção da prova, todo o contexto processual pode ser analisado pelo julgador, o que, inclusive, pode ocasionar o desmerecimento de uma confissão.

Cabe aqui também uma pequena reflexão acerca do fato público e notório.

Cita-se como exemplo a análise da característica das horas de percurso (*in itinere*): A possibilidade da existência de transporte público passando pelo local, não significa necessariamente que é público e notório a sua utilização por todos os funcionários, especialmente no horário noturno.

Assim, a subsunção encontra lógica na própria dinâmica da linha de transporte público, bem como na ausência de prova da capacidade para transportar todos os funcionários.

Logo, o que é público não é necessariamente notório.

(22) SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 373-374.

Outro ponto relevante diz respeito a grande dificuldade da prática daqueles que litigam no universo trabalhista, qual seja, a declaração dos fatos incontroversos. Isso porque, no saneamento compartilhado do processo (influência do CPC/2015), as partes estabeleceriam os pontos controvertidos, que seriam objeto de produção de provas e, sobre aqueles fatos que fossem confessados pelas partes, não seria necessária qualquer discussão.

Ocorre que, muitas vezes, na prática das audiências trabalhistas não há essa disposição das partes — parte aqui, entende-se como autor, réu e julgador — para promover o saneamento do processo, situação que prejudica o interessado de boa-fé em detrimento da falta de cooperação da outra parte integrante da relação jurídica. Na dúvida, prova-se tudo e depois o juízo decide.

No entanto, a análise do que está incontroverso nos autos é de alta relevância processual. Prova disso é a recente decisão em Ação Rescisória que diante da aplicação do ônus da impugnação específica ratificou que o que não foi impugnado pela parte na sua peça defensiva ocasionou a presunção de veracidade do alegado pela outra parte, aplicando, de fato, o que dispõe o artigo 374 do CPC.

O que está incontroverso nos autos é a verdade real que deve direcionar o julgador.

Veja-se o julgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA AJUIZADA SOB A ÉGIDE DO CPC DE 2015. PEDIDO DE CORTE CALCADO NO ART. 966, V, DO CPC DE 2015. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA; 818, I, E 844 DA CLT; 319, 322, 348 E 396 DO CPC DE 1973; E 344, 345, IV, 369, 371, 373, 389 E 1022, I, DO CPC DE 2015, E DA SÚMULA N. 74, II, DO TST. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. ÔNUS DA IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE QUE NÃO SE CONFUNDE COM REVELIA OU CONFISSÃO. CAUSA DE RESCINDIBILIDADE NÃO CONFIGURADA. 1. Cuida-se de Recurso Ordinário em Ação Rescisória ajuizada para desconstituir acórdão proferido na Reclamação Trabalhista originária com fundamento no inciso V do art. 966 do CPC de 2015. A recorrente alega, em suma, que, ao reputar incontroversas as alegações da petição inicial da Reclamação Trabalhista originária relativas à jornada de trabalho e ao pagamento de salário “por fora”, desconsiderando a contestação apresentada, ainda que incompleta, e a prova pré-constituída e a produzida durante a instrução, com a aplicação da pena de revelia, a decisão rescindenda teria incidido em violação dos arts. 844, *caput*, da CLT; 319, 322, 348 e 396 do CPC de 1973, vigente ao tempo da apresentação da contestação; e 344, 345, IV, 369, 371, 373, 389 e 1022, I, do CPC de 2015, além de ter desconsiderado os fundamentos determinantes que deram origem à norma depositada na Súmula n. 74, II, desta Corte Superior. 2. Registra-se, de saída, que a violação de norma jurídica autorizadora da desconstituição da *res judicata* é aquela que surge de forma literal, indubitosa, manifesta em sua expressão, primo *ictu oculi*, sempre a partir da moldura fática definida pela decisão rescindenda. 3. Consoante se extrai dos autos, a recorrente ofereceu contestação tempestiva no processo matriz, porém, incompleta, pois não cuidou de impugnar especificamente

todas as alegações de fato e de direito apresentadas pelo recorrido na petição inicial. O TRT, em grau recursal, reputou verídicos os fatos não impugnados na contestação, a despeito da prova existente nos autos, para condenar a recorrente no pagamento de horas extras e de diferenças salariais, incorrendo, em sua compreensão, na violação dos dispositivos legais apontados. 4. O equívoco da recorrente, no caso, está em tratar o ocorrido no processo matriz como revelia ou confissão, quando, em verdade, se trata de presunção de veracidade. 5. A presunção de veracidade, corolário do ônus da impugnação específica, é matéria não disciplinada na CLT, regendo-se pelo disposto no art. 341 do CPC de 2015 (art. 302 do CPC de 1973), cuja aplicação no processo do trabalho tem respaldo na regra contida no art. 769 da CLT. A ausência de impugnação específica na contestação — caso verificado no feito primitivo, em que a recorrente apresentou contestação, porém sem impugnar especificadamente todas as alegações de fato e de direito constantes da petição inicial — não acarreta nem revelia nem confissão, mas sim presunção de veracidade, que constitui fenômeno processual diverso e específico: de fato, a presunção de veracidade é consequência processual da omissão da parte na elaboração de sua defesa, ao passo que a confissão consiste na admissão, pela parte, da verdade sobre fato contrário a seu interesse (art. 389 do CPC/2015) e a revelia é a ausência de contestação (art. 344 do CPC/2015), qualificada, no processo trabalhista, pela própria ausência da parte e de seu advogado na audiência (art. 844 da CLT). 6. No caso em exame, a recorrente apresentou tempestivamente sua contestação no processo matriz; contudo, sua contestação não cuidou de impugnar todas as alegações de fato e de direito apresentadas na petição inicial, limitando-se a atacar o tema referente à justa causa do recorrido. Não é caso, portanto, de defesa inexistente, de confissão tampouco de revelia, mas de presunção de veracidade. E sob essa perspectiva, portanto, não há como se cogitar de violação dos arts. 844 da CLT, 319, 322 e 348 do CPC de 2015 e 344, 345, IV, e 389 do CPC de 2015, que não guardam pertinência temática com o caso em exame, pois não houve, no acórdão rescindendo, aplicação de confissão ou de revelia à recorrente, nem se reputou inexistente sua defesa, mas ocorreu apenas o reconhecimento de seu desatendimento ao ônus da impugnação específica. 7. Tampouco há ofensa aos arts. 396 do CPC de 1973 e 369, 371 e 373 do CPC de 2015, uma vez que, conforme expressado no art. 374, III, do CPC/2015 (art. 334, III, do CPC/1973), não dependem de prova os fatos admitidos no processo como incontroversos, consequência lógico-jurídica da ausência de impugnação específica na contestação. E como os fatos incontroversos, assim considerados aqueles que não são objeto de impugnação específica na contestação, prescindem de prova, a conclusão que emerge é de que o acórdão rescindendo decidiu a lide em consonância com a diretriz fornecida pelo art. 374, III, do CPC de 2015 (art. 334, III, do CPC de 1973), não havendo, pois, vulneração aos arts. 396 do CPC/1973 e 369, 371 e 373 do CPC/2015. 8. Corolário lógico é a inexistência de ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição da República, visto que o processo matriz foi decidido de acordo com a diretriz legal aplicável na espécie, prevista no art. 374, III, do CPC de 2015, cuja observância constitui medida de rigor, no contexto do direito processual constitucional, na medida em que a aplicação plena da cláusula da ampla defesa — à qual se condiciona a busca pela verdade real — impõe o estrito cumprimento, pelas partes, das disposições procedimentais previstas na legislação infraconstitucional que regem os institutos do processo, dentre as quais a presunção de veracidade dos fatos incontroversos. 9. Sinala-se, ainda, não haver violação da norma

jurídica depositada no item II da Súmula n. 74 desta Corte Superior, na medida em que não há aderência estrita entre o caso em exame e os fundamentos determinantes que a estruturam. De fato, a *ratio decidendi* dos precedentes que deram origem à Súmula n. 74 trata da aplicação da confissão ficta à parte que, devidamente intimada, não comparece na audiência de prosseguimento, isto é, momento posterior à apresentação da defesa — daí o porquê da diretriz consagrada no seu item II, a admitir a consideração da prova pré-constituída existente nos autos —, circunstância totalmente diversa do caso em análise, em que o problema está na própria contestação apresentada pela recorrente, que não cuidou de impugnar especificamente todas as alegações de fato e de direito apresentadas na petição inicial do feito primitivo, circunstância que, como já afirmado anteriormente, torna incontroversos os fatos não impugnados, retirando-os do *thema probandum*. 10. Por fim, não se verifica violação do art. 1022, I, do CPC de 2015. Segundo a compreensão da recorrente, as contradições apontadas nos Embargos de Declaração opostos ao acórdão rescindendo estariam presentes, no tocante às violações legais apontadas. O raciocínio engendrado pela recorrente, contudo, não subsiste diante das próprias conclusões ora esposadas, no sentido de que o acórdão rescindendo, ao aplicar a presunção de veracidade sobre os fatos não especificamente impugnados na contestação, decidiu em conformidade com os preceitos processuais de regência, especialmente quando se verifica que, diferentemente das alegações da recorrente, não houve, em momento algum no processo matriz, pronúncia de sua revelia ou aplicação da confissão, extraindo-se daí, pois, a inexistência de violação da referida norma jurídica. 11. Conclui-se, assim, não configurada a hipótese de rescindibilidade tratada pelo art. 966, V, do CPC de 2015, impondo-se, por conseguinte, a manutenção do acórdão regional neste tópico. 12. Recurso Ordinário conhecido e não provido no particular. PRETENSÃO DESTITUTIVA FUNDADA NO ART. 966, VIII, DO CPC DE 2015. ERRO DE FATO. NÃO CONFIGURAÇÃO. EFETIVA CONTROVÉRSIA QUANTO À AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. INCIDÊNCIA DA OJ SBDI-2 N. 136 DO TST. 1. A possibilidade de admitir-se a Ação Rescisória fundada em erro de fato exige que a decisão rescindenda tenha considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido ou existente em fato que não ocorreu. Além disso, é imprescindível que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento jurisdicional sobre o fato. Nessa linha segue a diretriz inserta na Orientação Jurisprudencial n. 136 da SBDI-2 desta Corte Superior. 2. *In casu*, a recorrente sustenta que o erro de fato decorreria da falsa percepção do magistrado quanto à ausência de impugnação específica em sua contestação acerca do exercício de cargo de confiança, para fins de enquadramento do recorrido na hipótese do art. 62, II, da CLT, e quanto à demonstração da correção dos pagamentos salariais, à luz do exame da prova existente nos autos. 3. Extrai-se do acórdão rescindendo que as questões referentes à ausência de impugnação específica na contestação da recorrente e aos pagamentos realizados “por fora” constituem o cerne do acórdão rescindendo, em torno do qual se desenvolveu todo o pronunciamento jurisdicional expresso do TRT. 4. Nessa senda, sendo nítida a controvérsia bem como a expressa manifestação judicial sobre os fatos alegados pela recorrente como passíveis de rescindir o acórdão prolatado no processo matriz, não se verifica, na espécie, o indigitado erro, tal como exigido no art. 966, VIII e § 1º, do CPC de 2015. Incidência da Orientação Jurisprudencial n. 136 da SBDI-2 do TST. 5. Recurso Ordinário conhecido e não provido. RECURSO ADESIVO DO RÉU. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO

SENTAÇÃO NÃO SANEADA APÓS DETERMINAÇÃO DO DESEMBARGADOR RELATOR NO TRT. NÃO CONHECIMENTO. SÚMULA N. 383, II, DO TST. 1. Não desafia conhecimento o recurso adesivo do réu em face da irregularidade de representação constatada nos autos, defeito que não foi sanado pela parte no prazo concedido pelo Desembargador Relator no TRT, na forma da diretriz contida no item II da Súmula n. 383 do TST. 2. Recurso Ordinário adesivo não conhecido” (ROT-1353-06.2020.5.09.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Luiz Jose Dezena da Silva, DEJT 09.12.2022).

O intuito com os destaques é promover a reflexão do leitor.

Concluindo sobre os fatos que devem ser provados, podemos enumerar os seguintes tipos:

- Controversos: fatos que provocam dúvidas pela parte contra quem foram alegados.
- Relativos: fatos cuja existência tenha influência na constituição, impedimento de constituição, modificação ou extinção de um direito.
- Pertinentes: aqueles fatos que possuem relação com o objeto da demanda.
- Passíveis de prova: o fato não só deve ser possível como também praticável a demonstração de sua veracidade.
- Determinados ou precisos: os fatos devem ter características que possam individualizá-los e distingui-los de outros fatos.
- Devem ser objeto de prova, mesmo que não sejam contestados ou impugnados especificamente, os fatos presentes no art. 341 do CPC/2015.
- Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:
 - I — se não for admissível, a seu respeito, a confissão;
 - II — se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;
 - III — se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

1.5. JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Vejamos alguns julgados acerca do tema:

“NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DA PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. Não há falar em preclusão quando o requerimento para oitiva de testemunha por carta precatória, formulado

em contestação, é renovado em audiência de instrução. O indeferimento de prova testemunhal, quando essencial ao esclarecimento da questão litigiosa e quando causa evidente prejuízo à parte, caracteriza cerceamento do direito de defesa, assegurado no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, impondo a decretação de nulidade do processo, na forma do art. 794 da CLT. (TRT 4ª R.; RO 0021549-24.2015.5.04.0028; Primeira Turma; Rel. Des. Fabiano Holz Beserra; DEJTRS 02/03/2017; P. 128)”

“RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DAS LEIS N. 13.015/2014 E N. 13.467/2017. PRELIMINAR DE NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. OMISSÕES CONSTATADAS. VIOLAÇÃO DO ART. 93, IX, DA CF/88. 1. Do cotejo entre os pedidos realizados em sede de embargos de declaração e da decisão regional que rejeitara os aclaratórios, infere-se que, de fato, o e. TRT não se manifestou sobre pontos cruciais para o deslinde da controvérsia. 2. Não há análise sobre quatro pontos de extrema relevância para a solução da situação posta nos presentes autos: a) o fato de haver, na prova emprestada, constatação de que o autor trabalhou como operador de transpaleteira levando mercadorias para câmara de congelados (resfriamento); b) se o autor esteve exposto às temperaturas de +6,3°C (Câmara) e/ou +10,5°C (Sala de Cortes), bem como se a exposição a essas temperaturas, mesmo com a utilização de EPI, mas sem o intervalo do artigo 253 da CLT, caracterizam o ambiente como insalubre e conferem o direito ao adicional de insalubridade; c) o fato de o laudo pericial constante do processo n. 0024613-68.2016.5.24.0022 (prova emprestada) consignar que a temperatura do local em que o autor exercia suas atividades era entre 0 a 12 graus, e que em câmaras de armazenamento foram encontradas temperaturas de 2,0°C e na câmara de armazenamento (pulmão) 6,3°C; d) se a exposição a temperaturas variadas enseja o direito ao intervalo do artigo 253 da CLT. 3. Nesse cenário, é importante registrar que o art. 832 da CLT exige que as decisões sejam fundamentadas. Esse princípio da motivação foi elevado ao patamar constitucional pela Constituição Federal, que dispõe, em seu art. 93, IX, que “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. 4. Frise-se que a necessidade de fundamentação é ainda mais relevante, visto que, considerando-se a natureza extraordinária do recurso de revista, é inviável a esta e. Corte examinar a controvérsia à luz de contornos fáticos e jurídicos que não foram expressamente definidos pelo Tribunal *a quo*, tendo em vista o óbice das Súmulas ns. 126 e 297 do TST. 5. É imperioso, portanto, que a Corte Regional consigne todos os fatos constantes nos autos alusivos às alegações mencionadas em embargos de declaração, de modo a possibilitar eventual conclusão jurídica diversa nesta instância extraordinária. Recurso de revista conhecido por violação do artigo 93, IX, da CF e provido” (RR-RR-25452-59.2017.5.24.0022, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 27/11/2020).

“AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. O artigo 93, IX, da Carta Magna, ao exigir que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário sejam públicos e fundamentadas as decisões, o faz para que as partes, de pleno conhecimento da composição e do teor do julgado, eventualmente possam interpor os recursos admitidos pela legislação processual. E, na hipótese concreta, verifica-se que a decisão recorrida atendeu ao comando constitucional. O acórdão do e. Tribunal Regional expôs as razões pelas quais negou provimento ao recurso. Logo, ainda

que a reclamada não se conforme com a decisão, a hipótese não seria de negativa de prestação jurisdicional, mas de mera decisão contrária aos seus interesses. Agravo conhecido e desprovido” (Ag-AIRR-2165-35.2010.5.02.0019, 8ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 19/12/2022).

“I — AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. ACÓRDÃO REGIONAL NA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.467/2017. NULIDADE DO V. ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA. 1. A Suprema Corte, no acórdão proferido nos autos do AI 791.292/PE, de relatoria do Exmo. Ministro Gilmar Mendes, reconheceu a repercussão geral do Tema 339 — obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, nos termos do art. 93, IX, da CR. 2. A causa versa sobre alegada incorreção nos cálculos das horas extras e das horas *in itinere*. O col. Tribunal Regional, mesmo instado por embargos de declaração, aparentemente não se manifestou sobre os aspectos suscitados pelo reclamante e que seriam necessários para a solução do litígio. 3. Reconhece-se, assim, a transcendência jurídica da causa e, diante de provável ofensa ao art. 93, IX, da CR, determina-se o processamento do agravo de instrumento para melhor exame do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II — RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. ACÓRDÃO REGIONAL NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. PRELIMINAR DE NULIDADE DO V. ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA. 1. Em face da natureza extraordinária do recurso de revista e tendo em vista a necessidade do prequestionamento de todas as matérias impugnadas (Súmula 297 do TST), faz-se necessário que todas as questões suscitadas, bem como aquelas que envolvam a prova, sejam exaustivamente analisadas pelas instâncias ordinárias. 2. No caso, o reclamante apontou incorreção nos cálculos das horas extras e das horas *in itinere*, alegando não terem sido observados os seguintes aspectos: a) que, no período de janeiro de 2008 a abril de 2010, houve, sem explicação, apontamento negativo de horas extras pelo perito; b) que a decisão exequenda deferiu adicional de horas extras de 70%, inclusive sobre as horas extras pagas, fato jamais observado pela empresa; c) que, em diversos meses, houve apontamento de horas extras inferiores às efetivamente trabalhadas, como se verifica no mês de outubro de 2006, em que o perito apontou 8,42, ao passo que seria 44,72; d) que não haveria de se falar em aplicação da OJ 415 da SBDI-1/TST quando as diferenças salariais envolvem adicional de horas extras mais vantajoso e e) que o perito não teria atendido ao comando exequendo, de cálculo de 50 minutos por dia, “não se justificando o apontamento de 9.58 horas *in itinere* dentro do mês em que se ativou o obreiro por 25 dias”. 3. Também fora demonstrado que o col. Tribunal Regional, mesmo instado por embargos de declaração, não se pronunciou expressamente sobre as referidas questões, que seriam relevantes para a solução do litígio. 4. Evidenciada a nulidade do v. acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional, resta configurada a alegada ofensa ao art. 93, IX, da CR. Recurso de revista conhecido por violação do art. 93, IX, da CR e provido” (RR-110-03.2011.5.15.0056, 7ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 19.12.2022).

“RECURSO DE REVISTA COM AGRAVO. I — AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014 E ANTES DA LEI 13.467/2017. PRELIMINAR DE NULIDADE

DO DESPACHO DE ADMISSIBILIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDI-CIONAL. A agravante invoca nulidade por negativa de prestação jurisdicional do despacho agravado, mas não opôs embargos de declaração a fim de que o juízo monocrático pudesse suprir eventual omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Assim, encontra-se preclusa a insurgência, nos termos do artigo 1º, §1º, da IN n. 40 do TST. Preliminar rejeitada. PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDI-CIONAL. INTERVALO INTRA-JORNADA. HORAS *IN ITINERE*. Do exame dos questionamentos levantados pela parte em seu apelo em contraponto às decisões proferidas pelo e. TRT quanto ao intervalo intrajornada, observa-se possível ofensa aos arts. 93, IX, da CF/88 e 832 da CLT, tendo em vista a ausência de manifestação daquela e. Corte quanto à alegação de não apresentação dos registros de ponto pela reclamada, para fins de atrair a incidência da Súmula n. 338/TST e do art. 74, §2º, da CLT quanto à distribuição do ônus probatório. Faz-se necessário, portanto, melhor exame do recurso de revista no aspecto. Por outro lado, de acordo com os trechos da decisão recorrida transcritos pela parte, infere-se que a Corte Regional concluiu que o autor não faz jus ao pagamento de horas *in itinere*, por ser regido por regime diferenciado previsto na Lei 5.811/72, sendo inaplicáveis em circunstâncias tais os termos da Súmula 90/TST. Assim, é irrelevante que aquela e. Corte houvesse se manifestado sobre o convencionado pelas partes em audiência acerca dos trechos não servidos por transporte público ou sobre o tempo despendido no deslocamento, porquanto não seriam argumentos hábeis a alterar o julgado, que adotou posicionamento em conformidade com esta c. Corte Superior no sentido de que os trabalhadores da indústria petroleira são regidos pela Lei 5.811/72 e, portanto, por regramento próprio, não fazendo jus ao pagamento de horas *in itinere*, por força do disposto no art. 3º daquele diploma legal. Ausente, nesse ponto, manifesto prejuízo às partes, incide na hipótese o óbice do art. 794 da CLT. Agravo de instrumento conhecido e provido apenas quanto ao tema “preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional — intervalo intrajornada”. II — RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDI-CIONAL. INTERVALO INTRAJORNADA. Do exame das decisões tanto de recurso ordinário quanto de embargos declaratórios, observa-se que o e. TRT se limita a manter a sentença pronunciando que “cabia ao Reclamante o ônus de comprovar que, em verdade, não usufruía da pausa para refeição e descanso, ônus do qual, entretanto, não se desvencilhou, como se nota dos depoimentos prestados em audiência (fl. 115).” (p. 492) Ocorre que o autor suscitou manifestação do e. TRT acerca da alegação de que a não apresentação injustificada do controle de jornada gera a presunção relativa da veracidade da jornada declinada na inicial, podendo ser elidida por prova em contrário (item I da Súmula n. 338 do TST). Veja-se que é essencial à correta aferição do encargo probatório para fins de verificação da jornada de trabalho e, conseqüentemente, da adequada fruição do intervalo intrajornada, a existência de informações acerca da aplicabilidade da Súmula 338, I, do TST ao caso concreto, ou seja, de demonstração do controle de jornada pela empresa que conta com mais de dez empregados, possibilitando verificar se a hipótese é de transferência do ônus da prova da jornada ao empregador. Dessa forma, a Corte Regional, ao deixar de explicitar se houve apresentação pela reclamada dos registros de ponto do reclamante, inviabilizou o exame por essa Corte Superior acerca da correta distribuição do ônus da prova nos termos da Súmula n. 338, I, do

TST, razão pela qual faz-se necessário o retorno dos autos ao Tribunal de origem para elucidação dos questionamentos levantados pela parte no aspecto. Recurso de revista conhecido por violação dos arts. 93, IX, da CF/88 e 832 da CLT e provido. Prejudicado o exame das demais matérias do presente apelo. Conclusão: Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido e recurso de revista conhecido e provido” (RR-299-42.2014.5.05.0221, 7ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 19/12/2022).

“AGRAVO EM RECURSO DE EMBARGOS EM AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.467/2017. BASE DE CÁLCULO DOS QUINQUÊNIOS. INCLUSÃO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. CONTROVÉRSIA ACERCA DO CONHECIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA POR AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. SÚMULA 422 DO TST. Demonstrada má aplicação da Súmula 422, I e II, do TST, dá-se provimento ao agravo para determinar o processamento do recurso de embargos. Agravo conhecido e provido. RECURSO DE EMBARGOS EM AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.467/2017. BASE DE CÁLCULO DOS QUINQUÊNIOS. INCLUSÃO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. CONTROVÉRSIA ACERCA DO CONHECIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA POR AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. SÚMULA 422 DO TST. Cinge-se a verificar a má aplicação da Súmula 422 do TST pela c. Turma quanto ao tema base de cálculo dos quinquênios por inobservância do princípio da dialeticidade recursal em razão de o agravo de instrumento não infirmar o despacho de admissibilidade do recurso de revista no tema. A Vice-Presidência do TRT adotou diversos fundamentos para denegar seguimento ao recurso de revista, sem explicitar a que tema se refere cada um deles. Não há de se concluir que o óbice da Súmula 126 do TST se refere ao tema principal (incorporação da gratificação) ou ao reflexo em quinquênios. Em verdade, o Tribunal Regional se vale da Súmula 126 desta Corte como fundamento autônomo, secundário, deixando de capitular/delimitar o tema em que aplica o referido óbice processual. E ao fundamento adotado pelo Tribunal Regional de que “ não há ofensa ao art. 37, XIV da CR e nem à Lei 9329/07 “, a parte, no agravo de instrumento, se opõe alegando violação direta, e não reflexa, do artigo 37, XIV da Constituição. Aliás, é dessa perspectiva dos recursos e da fundamentação que se extrai a conclusão de que a questão acerca da base de cálculo dos quinquênios pela consideração dos reflexos da gratificação de função, de fato, tem natureza estritamente jurídica, a corroborar a tese de que a adoção da Súmula 126 do TST se trata de fundamento secundário, e não central, nuclear, tendo a parte defendido substancialmente a violação direta dos dispositivos constitucionais apontados. Some-se a tudo isso o fato de que a parte, já nas primeiras páginas do agravo de instrumento, assenta que “não houve nenhuma análise de prova e nem mesmo de teses jurídicas suscitadas pela Reclamada para demonstrar a inconstitucionalidade desse reflexo”, ainda que se trate de impugnação referente ao tema “nulidade do acórdão por negativa de prestação jurisdicional”, a referida preliminar tratou do tema reflexos em quinquênios, devendo-se aproveitar tais argumentos a todo o recurso. Ainda, dada a ausência de capitulação dos temas pelo despacho da Vice-Presidência do TRT que denegou seguimento ao recurso de revista quanto à gratificação e à base de cálculo dos quinquênios, não havendo como supor que a Súmula 126 do TST tenha sido óbice processual

adotado no tema acerca da base de cálculo dos quinquênios pela consideração dos reflexos da gratificação de função, e notadamente em razão da natureza secundária do referido fundamento, por se tratar de questão jurídica, está suficientemente fundamentado o agravo de instrumento da parte, nos termos da Súmula 422, I, do TST. Recurso de embargos conhecido e provido” (E-Ag-AIRR-11613-34.2016.5.03.0006, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 24.06.2022).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE DE DECIDIR O MÉRITO FAVORAVELMENTE À PARTE RECORRENTE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 282, § 2º, DO CPC. A preliminar suscitada não enseja análise no presente apelo, uma vez que, mesmo que se reconhecesse a existência da nulidade apontada, ela não seria objeto de pronunciamento, ante a possibilidade de decidir o mérito do recurso favoravelmente à parte recorrente, na forma autorizada pelo artigo 282, § 2º, do CPC. 2. RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA NA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.467/2017. EXECUÇÃO DA SENTENÇA. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DA AÇÃO. ATO HOMOLOGADO EM JUÍZO. EFEITOS NO PROCESSO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. De acordo com o artigo 896-A da CLT, a esta colenda Corte Superior, em sede de recurso de revista, compete examinar previamente a transcendência da causa em relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. Nessa perspectiva, por meio do aludido instrumento recursal extraordinário, apenas serão objeto de exame as matérias controvertidas que ultrapassem a esfera dos interesses subjetivos das partes litigantes. Não se pode olvidar que os artigos 926 e 927 do CPC, plenamente aplicáveis nesta Justiça Especializada, reconheceram a função nomofilática dos Tribunais Superiores, aos quais compete garantir a unidade do Direito, a partir da uniformização da interpretação dos enunciados normativos aplicáveis às demandas de sua competência. Desse modo, ao Tribunal Superior do Trabalho é atribuído o encargo de uniformizar a interpretação dos enunciados legais e constitucionais em matéria de sua competência, de modo que os precedentes por ele editados deverão ser aplicados pelos demais julgadores e Tribunais Regionais do Trabalho aos casos semelhantes ou idênticos. É inequívoco que o instituto da transcendência, ao possibilitar a seleção de matérias relevantes e de interesse público, confere meios a este Tribunal Superior para o exercício de seu mister, deixando evidente que esta não se trata de mera Corte de revisão. O § 1º do artigo 896-A da CLT estabelece os parâmetros em que é possível reconhecer o interesse público no julgamento da causa e, por conseguinte, a sua transcendência, ao prever os indicadores de ordem econômica, política, jurídica e social. Na espécie, há que ser reconhecida a transcendência jurídica da causa, nos termos do artigo 896-A, § 1º, IV, da CLT, uma vez que, conquanto a questão não seja nova, ainda não há no âmbito desta Corte Superior jurisprudência pacífica acerca da matéria. 3. EXECUÇÃO DA SENTENÇA. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DA AÇÃO. ATO HOMOLOGADO EM JUÍZO. EFEITOS NO PROCESSO. ATO JURÍDICO PERFEITO. POSSÍVEL VIOLAÇÃO DO ARTIGO 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEMONSTRAÇÃO. PROVIMENTO. Ante a possibilidade de ofensa ao Artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, o provimento do agravo de instrumento para o exame do recurso de revista é medida que se impõe. Agravo de instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO DA SENTENÇA. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DA AÇÃO.

ATO HOMOLOGADO EM JUÍZO. EFEITOS NO PROCESSO. ATO JURÍDICO PERFEITO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEMONSTRAÇÃO. PROVIMENTO. De início, importante salientar que a decisão na qual se reconheceu a rescisão indireta do contrato de trabalho, objeto da reclamação trabalhista ajuizada pelo reclamante no Processo n. 58100-43.1999.5.02.0020, não tem o condão de operar efeitos no presente processo, no qual se discute ação diversa, bem como questão processual específica, relativa ao pedido de desistência do processo pelo autor, quando transitado em julgado a sentença que havia declarado a relação de emprego entre o ora exequente e executada. A propósito, do acórdão oriundo da Terceira Turma deste Tribunal Superior, proferido no Processo n. 58100-43.1999.5.02.0020, pode-se inferir que, quando se afirmou que houve trânsito em julgado da sentença que reconheceu o vínculo de emprego no presente processo, a discussão se restringiu à fase de conhecimento, em que se utilizou do mencionado fundamento apenas para deixar claro que caberia o ajuizamento de nova reclamação trabalhista, com o objetivo de pleitear rescisão indireta, porquanto imutável a declaração da relação de emprego nos presentes autos. No citado julgado, frise-se, não foi adotado nenhum entendimento de que, em face de a homologação da desistência da ação, da qual trata o presente processo, ter ocorrido após o trânsito em julgado da sentença que declarou a relação de emprego, o referido ato processual perpetrado pelo ora exequente teria perdido o seu efeito; tampouco que seria possível, por conta disso, o prosseguimento da execução das verbas trabalhistas decorrentes do reconhecimento do liame empregatício. Em verdade, os efeitos da desistência foram examinados tão somente até o trânsito em julgado da decisão que reconheceu o vínculo de emprego (fase de conhecimento), não em relação ao momento processual posterior, na fase de execução. Em vista disso, o cerne da questão posta nos presentes autos se resume a examinar a possibilidade de prosseguimento da execução de sentença, na qual se reconheceu o vínculo de emprego, mesmo com pedido de desistência por parte do reclamante, homologado depois do trânsito em julgado da decisão que declarou a mencionada relação jurídica. Sobre a desistência, decerto que o artigo 158, parágrafo único, do CPC/1973 (atual artigo 200, parágrafo único, CPC/2015), vigente à época dos fatos em exame, estabelecia que o referido ato processual somente produziria efeitos depois de homologado por sentença. Em sendo assim, forçoso reconhecer que, em face de a homologação do pedido de desistência da ação ter ocorrido depois de transitado em julgado a sentença que reconheceu o vínculo de emprego, a referida decisão declaratória se tornou imutável, não sendo passível de reforma pela via recursal, nos termos do artigo 467 do CPC/1973, como decidido por este Tribunal Superior nos autos do Processo n. 58100-43.1999.5.02.0020. Sucede que, em que pese a ocorrência de coisa julgada quanto ao vínculo de emprego, não se pode desconsiderar a manifestação de vontade do reclamante, quando desistiu da demanda na fase em que se encontrava o processo, ou seja, na fase de execução. Isso porque o ato processual praticado somente passou a produzir os seus efeitos no momento da sua homologação pelo juiz, que se deu um ano depois do trânsito em julgado da sentença. Desse modo, tendo o ato processual praticado pelo reclamante produzido resultado depois do trânsito em julgado, há que se entender que a sua desistência incidiu sobre a execução da sentença, que reconheceu o vínculo de emprego, fato admitido pelo próprio reclamante, quando requereu o início do cumprimento da decisão condenatória. Importante salientar que no exame do agravo de

instrumento do reclamante, nos autos do Processo n. 58100-43.1999.5.02.0020, no qual se discutia a rescisão indireta, a Terceira Turma deste Tribunal Superior, ao manter a decisão que extinguiu, em parte, o processo, sem resolução do mérito (a extinção se deu em relação às verbas decorrentes do vínculo de emprego), fez consignar na sua decisão que houve a condenação da reclamada ao pagamento das parcelas oriundas do contrato de trabalho, mas que o reclamante teria optado pela desistência da execução da sentença. Tal registro reforça a tese de que o exequente, de fato, desistiu da execução da sentença, na qual havia condenação ao pagamento de parcelas derivadas da relação de emprego. Feitas tais considerações, passa-se a examinar os efeitos da desistência do reclamante sobre a execução da sentença que condenou a reclamada ao pagamento de verbas decorrentes do reconhecimento de vínculo de emprego. Como é cediço, as partes que integram a relação processual gozam da faculdade de praticar diversos atos processuais, os quais, sem sombra de dúvidas, consubstanciam-se em verdadeira manifestação de vontade. Por decorrência, uma vez praticado em conformidade com a lei vigente à época da sua concretização, geram os seus efeitos, não podendo ser modificados, por constituírem ato jurídico perfeito e acabado. Não se pode olvidar, ainda, que, ao assumir determinada posição na relação processual, a parte perde a faculdade de praticar atos incompatíveis com a sua manifestação de vontade, não lhe sendo dado o direito de modificar aquilo que já foi consumado no processo, sob pena de inobservância ao princípio da segurança jurídica, o qual busca atribuir a maior previsibilidade e estabilidade possível às relações jurídicas. Além disso, é de sabença que as partes possuem o dever de atuar com lealdade no processo, em respeito ao princípio da boa-fé objetiva, não lhes sendo permitido, depois de adotar determinada postura no processo, se comportar de modo contraditório e inesperado, surpreendendo a parte contrária. No caso dos autos, constata-se que o reclamante/exequente praticou ato processual válido, ao apresentar petição de desistência da ação, a qual passou a surtir efeito quando da sua homologação pelo juiz (artigo 158, parágrafo único, do CPC/1973), ocorrida depois do trânsito em julgado da sentença que havia reconhecido de vínculo de emprego. Nesse cenário, não poderia se valer de decisão prolatada em outro processo (Processo n. 58100-43.1999.5.02.0020), no qual se examinou questão diversa (ocorrência de rescisão indireta), para fazer ressurgir o seu direito de pleitear o pagamento de verbas decorrentes da relação de emprego, sendo que em relação a elas já havia manifestado a sua vontade de desistir, por meio do ato processual já consumado no processo. Importante realçar que, malgrado o vínculo de emprego reconhecido em favor do reclamante tenha se concretizado na fase cognitiva, nada impediria que ele desistisse do cumprimento da sentença transitada em julgado, no todo ou em parte, como estabelece o artigo 569, *caput*, do CPC/1973. E no caso, é incontroverso que o reclamante/exequente, mesmo sabendo da possibilidade de cumprimento da decisão em epígrafe, optou por desistir da execução, como ele próprio admitiu no processo. Não bastasse, o seu pedido de desistência foi devidamente homologado pelo juízo, assumindo feição de ato jurídico perfeito e acabado, para o qual não cabe retratação. Além disso, observa-se que com a apresentação do pleito de desistência, o reclamante acabou adotando postura de que não tinha interesse de executar a sentença, levando a reclamada a se surpreender com conduta posterior contraditória, consistente em requerer o início da execução, quando já passados quase 24 anos da consumação do seu ato. No particular, incide a preclusão lógica, a qual impede que a parte pratique

determinado ato ou requeira providência judicial as quais sejam incompatíveis com a sua conduta processual anterior. Precedentes do STJ. Nesse contexto, diversamente do que entendeu o Tribunal Regional, não há como considerar regular a pretensão do reclamante de dar seguimento ao cumprimento da sentença, quando em momento processual anterior já havia manifestado interesse de não continuar com a execução da mencionada decisão, apresentando pedido de desistência devidamente homologado, que se tornou ato jurídico perfeito e acabado. Desse modo, tem-se que a Corte Regional, ao decidir sobre a matéria, violou a letra do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento “ (RR-19700-68.1986.5.02.0002, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 13/01/2023).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA NA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.467/2017. TEMAS DO RECURSO DE REVISTA: A) ENTREGADOR MOTORIZADO (MOTOBOY). UTILIZAÇÃO DE PLATAFORMA DIGITAL. VÍNCULO DE EMPREGO; B) MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. De acordo com o artigo 896-A da CLT, a esta colenda Corte Superior, em sede de recurso de revista, compete examinar previamente a transcendência da causa em relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. Nessa perspectiva, por meio do aludido instrumento recursal extraordinário, apenas serão objeto de exame as matérias controvertidas que ultrapassem a esfera dos interesses subjetivos das partes litigantes. Não se pode olvidar que os artigos 926 e 927 do CPC, plenamente aplicáveis nesta Justiça Especializada, reconheceram a função nomofilática dos Tribunais Superiores, aos quais compete garantir a unidade do Direito, a partir da uniformização da interpretação dos enunciados normativos aplicáveis às demandas de sua competência. Desse modo, ao Tribunal Superior do Trabalho é atribuído o encargo de uniformizar a interpretação dos enunciados legais e constitucionais em matéria de sua competência, de modo que os precedentes por ele editados deverão ser aplicados pelos demais julgadores e Tribunais Regionais do Trabalho aos casos semelhantes ou idênticos. É inequívoco que o instituto da transcendência, ao possibilitar a seleção de matérias relevantes e de interesse público, confere meios a este Tribunal Superior para o exercício de seu mister, deixando evidente que esta não se trata de mera Corte de revisão. O § 1º do artigo 896-A da CLT estabelece os parâmetros em que é possível reconhecer o interesse público no julgamento da causa e, por conseguinte, a sua transcendência, ao prever os indicadores de ordem econômica, política, jurídica e social. Na espécie, a discussão acerca do reconhecimento de vínculo de emprego com empresa detentora de plataforma digital trata-se de matéria nova, para a qual ainda não há no âmbito deste Tribunal Superior jurisprudência reiterada e pacificada, o que viabiliza o reconhecimento da transcendência jurídica da causa, nos termos do artigo 896-A, § 1º, IV, da CLT. De igual modo a questão atinente à litigância de má-fé que, embora não seja nova, foi inserida pela Lei n. 13.467/2017, dando redação ao novel artigo 793-B da CLT, para o qual não há jurisprudência específica neste Tribunal Superior sob o enfoque do mencionado dispositivo. 2. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE DE DECIDIR O MÉRITO FAVORAVELMENTE À PARTE RECORRENTE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 282, § 2º, DO CPC. A preliminar suscitada não enseja análise no presente apelo, uma vez que, mesmo que se reconhecesse a existência da nulidade apontada, ela não seria

objeto de pronunciamento, ante a possibilidade de decidir o mérito do recurso favoravelmente à parte recorrente, na forma autorizada pelo artigo 282, § 2º, do CPC. 3. ENTREGADOR MOTORIZADO (MOTOBOY). UTILIZAÇÃO DE PLATAFORMA DIGITAL. VÍNCULO DE EMPREGO. POSSÍVEL VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 2º E 3º DA CLT. PROVIMENTO. Ante possível violação dos artigos 2º e 3º da CLT, o provimento do agravo de instrumento para o exame do recurso de revista é medida que se impõe. Agravo de instrumento a que se dá provimento. 4. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO DEMONSTRAÇÃO DAS CONDUTAS PREVISTAS NO ARTIGO 793-B DA CLT. PROVIMENTO. Ante possível violação do artigo 793-B da CLT, o provimento do agravo de instrumento para o exame do recurso de revista é medida que se impõe. Agravo de instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. 1. ENTREGADOR MOTORIZADO (MOTOBOY). UTILIZAÇÃO DE PLATAFORMA DIGITAL. VÍNCULO DE EMPREGO. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 2º E 3º DA CLT. PROVIMENTO. Como é cediço, para que se possa reconhecer a existência de vínculo de emprego, é necessário que na relação jurídica mantida entre as partes estejam presentes os elementos configurados do pretendido liame, na forma estabelecida pelos artigos 2º e 3º da CLT. Desse modo, somente há falar em relação de emprego quando devidamente comprovada a não eventualidade dos serviços prestados, a pessoalidade do trabalhador contratado, a subordinação jurídica e a onerosidade. Ausente um desses requisitos, não há falar em vínculo de emprego, e sim em relação de trabalho por meio de atividade em sentido estrito. Importante realçar que o fato de o tomador dos serviços fixar diretrizes e aferir resultados na prestação dos serviços não induz à conclusão de que estaria presente a subordinação jurídica. Isso porque todo trabalhador se submete, de alguma forma, à dinâmica empresarial de quem contrata seus serviços, em razão de ser ela (a empresa) a beneficiária final dos serviços prestados pelo trabalhador. Sendo assim, pode ela perfeitamente supervisionar e determinar a forma de execução das atividades, não cabendo para a espécie o reconhecimento de vínculo decorrente da chamada “subordinação estrutural”. Precedentes. No que diz respeito à subordinação jurídica, para que haja a sua configuração, é necessário que estejam presentes na relação todos os elementos que compõem o poder hierárquico do empregador, quais sejam: os poderes diretivo, fiscalizatório, regulamentar e disciplinar, como bem ressaltou o eminente Ministro Alexandre Luiz Ramos no seu voto, no julgamento do RR-10088-46.2015.5.18.0002, de sua relatoria nesta Quarta Turma. Desse modo, inexistindo a convergência concreta de todos esses elementos, não há falar em subordinação jurídica e, por conseguinte, em relação de emprego. Na hipótese, infere-se do acórdão recorrido (voto vencedor) que o Tribunal Regional manteve a sentença que reconheceu o vínculo de emprego do reclamante com a reclamada (IFOOD), por entender que a recorrente se valia de uma intermediadora (FENIX SERVICE) para contratar trabalhadores, sem que essa empresa tivesse qualquer influência na prestação de serviços. Salientou que no sítio eletrônico da reclamada consta como atividade “Delivery de Comida e Mercado”, havendo um local de acesso para empregadores, com informações para cadastramento. Também que havia “informações a respeito do que fazer para prestar serviços, elementos e propaganda e orientação das condições de admissão”. Enfatizou que no instrumento de intermediação entre a reclamada e a FENIX SERVICE seria possível verificar que a empresa Ifood era beneficiária dos serviços do reclamante e tinha conhecimento disso, vez que exercia controle sobre o que era contratado e podia exigir substituição.

Ressaltou que o referido contrato não se limitava ao fornecimento de plataforma, existindo cláusulas prevendo: não concorrência; entrega de propaganda; realização de escala; normas de comportamento dos motoqueiros; e proibição de contratação de motoqueiro que tivesse se desligado de outra “intermediadora”. Em vista disso, entendeu que a relação entre IFOOD e a FENIX era de real proprietário com seu preposto, tudo travestido e maquiado com a finalidade precípua de fraudar as normas de proteção ao trabalho. No voto vencido (o qual é parte integrante do acórdão recorrido, para todos os fins, inclusive para efeito de prequestionamento, nos termos do artigo 941, § 3º, do CPC), consta que no sítio eletrônico da Ifood há três categorias de entregadores (OL, Nuvem e Fixo em Restaurante), sendo que no título “OL” é seguido do texto “você fará parte da equipe de entregadores de um Operador Logístico (de sua escolha) e responderá diretamente para o OL, que será o responsável por fornecer os kits, definir turnos, fazer o repasse e afins”. Também há registro de que a reclamada acostou aos autos o contrato de prestação de serviços firmado com a empresa EDSON LOBATO DOS SANTOS — ME, nome fantasia FENIX SERVICE, no qual a iFood se compromete a intermediar serviços de entregas de refeições, bebidas e outros serviços de entregas em favor da FENIX SERVICE. No mesmo voto, ainda é possível extrair as seguintes premissas fáticas: a) que o reclamante admitiu que as ordens as quais recebia eram repassadas pela reclamada ao representante da empresa Fenix, que por sua vez fazia com que as informações chegassem ao reclamante e aos outros motoboys; b) que a prova oral evidenciava que a contratação e seleção dos candidatos eram feitas pelos sócio e colaborador da FENIX, que realizavam a captação dos motofretistas; c) que as escalas de serviços eram elaboradas pela FENIX, por meio de seu colaborador, e repassadas ao demais, pelo aplicativo Telegram, sendo que eventuais ausências deveriam ser reportadas a esse colaborador, para que providenciasse a substituição; d) que o próprio reclamante confessou que as ordens eram passadas pelo sócio e colaborador da FENIX, por meio do Telegram, de modo que, se havia subordinação, essa se dava em relação à empresa FENIX; e) que, conforme demonstravam os extratos bancários, os pagamentos dos trabalhadores eram efetuados pela Fenix Service (Operadora Logística), sendo que eventual problema era reportado ao colaborador dessa empresa; f) que os cursos e treinamentos eram ministrados pela FENIX. Desse modo, considerando-se as premissas fáticas delineadas no acórdão recorrido (votos vencido e vencedor), não há como reconhecer vínculo de emprego entre o reclamante e reclamada (iFood). Ora, como evidenciado, a reclamada apenas mantinha contrato de prestação de serviço com a empresa empregadora (Fenix Service), com o objetivo de intermediar entrega de refeições, inexistindo, na espécie, a presença de quaisquer dos elementos configuradores do pretendido liame empregatício. Na verdade, o reclamante sequer mantinha relação direta com a reclamada, se valendo do aplicativo da iFood tão somente para exercer suas funções de motoboy para a empresa prestadora de serviços (Fenix Service), sendo esta última quem selecionava, contratava, fixava escalas de trabalho, emitia ordens, efetuava substituição, realizava treinamentos e fazia os pagamentos dos trabalhadores, como evidenciado no acórdão recorrido. Aliás, como bem frisado no voto vencido, o perfil do reclamante na plataforma da empresa reclamada se enquadrava na categoria de entregador “OL”, ou seja, fazia parte da equipe de um Operador Logístico, no caso, da Fenix Service, sendo ela a responsável pela execução do serviço de entrega, como “fornecer os kits, definir turnos, fazer o repasse e afins”. Ademais, não restou

demonstrada fraude no contrato firmado entre a reclamada e a Fenix Service, sendo certo que o simples fato de a empresa de plataforma estabelecer critérios para a utilização do seu aplicativo, direcionadas ao bom funcionamento do serviço de entrega, não se caracteriza subordinação jurídica; tampouco configura fraude o simples fato de o endereço da empresa que atua como Operador Logístico (Fenix Service) situar em área residencial. A propósito, mesmo que fosse declarada como irregular a contratação do reclamante pela Fenix Service (Operador Logístico), o que não é o caso, não haveria como reconhecer o vínculo de emprego entre o autor e a iFood. Isso porque, consoante já decidido por esta Quarta Turma, no trabalho prestado por meio de plataforma digital, inexistem os requisitos exigidos pelos artigos 2º e 3º da CLT para a configuração da relação de emprego (RR-10555-54.2019.5.03.0179, 4ª Turma, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DEJT 05.03.2021; AIRR-10575-88.2019.5.03.0003, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 11.09.2020). Sendo assim, tem-se que o Tribunal Regional, ao reconhecer o vínculo de emprego entre o reclamante e a reclamada, sem a demonstração dos requisitos estabelecidos nos artigos 2º e 3º, da CLT, acabou por violar a letra dos mencionados preceitos. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. 2. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO DEMONSTRAÇÃO DAS CONDUTAS PREVISTAS NO ARTIGO 793-B DA CLT. PROVIMENTO. É de sabença que as partes possuem o dever de atuar com lealdade processual, motivo pelo qual o legislador estabeleceu sanção para aquele que praticar uma das condutas com o fim de prejudicar a parte contrária. Nesse sentido, a Lei n. 13.467/2017 inseriu no artigo 793-B, de forma taxativa, as hipóteses em que caracterizada a litigância de má-fé, dentre elas a alteração da verdade dos fatos e a provocação de incidente manifestamente infundado. Para a condenação por litigância de má-fé, ressalte-se, além de a conduta estar enquadrada em uma das hipóteses previstas no aludido dispositivo, deve ser demonstrado o dolo do agente, isto é, a sua intenção de praticar o ato processual temerário, com o fim de prejudicar a parte contrária. No caso, verifica-se que não restou evidenciada a deslealdade processual por parte da reclamada, nos moldes previstos no artigo 793-B da CLT, na medida em que apenas formulou tese de defesa, com o propósito de demonstrar que não mantinha relação de emprego com o reclamante, não podendo meros argumentos ser considerados como distorção dos fatos. Ademais, entendendo não manter vínculo de emprego com o autor, nada impediria que postulasse o chamamento ao processo da empresa que considerava ser a verdadeira empregadora, não se caracterizando tal demanda como incidente manifestamente infundado. Desse modo, revela-se flagrante que o Tribunal Regional, ao condenar a reclamada ao pagamento de multa por litigância de má-fé, afrontou os termos do artigo 793-B da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. 4. TEMAS REMANESCENTES DO RECURSO DE REVISTA. Como consequência do provimento do recurso de revista, em que se afastou o vínculo de emprego, deixa de subsistir o dano moral reconhecido em decorrência do mesmo fato, calcado na tese de que houve contratação irregular do reclamante por parte da reclamada. Desse modo, como corolário, fica excluída a condenação do pagamento de compensação por dano moral imputado à empresa recorrente. Pelas mesmas razões, fica prejudicado o exame dos demais temas remanescentes do recurso de revista” (RR-1001345-92.2019.5.02.0371, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 13.01.2023).