

Universidade Federal de Juiz de Fora
Faculdade de Direito

**DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO DO TRABALHO: A SUSPEIÇÃO DA
TESTEMUNHA QUE LITIGA CONTRA O MESMO EMPREGADOR**

Juiz de Fora
2012

Letícia Santos Carvalho Oliveira

**DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO DO TRABALHO: A SUSPEIÇÃO DA
TESTEMUNHA QUE LITIGA CONTRA O MESMO EMPREGADOR**

Monografia apresentada à
Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de
Fora, como pré-requisito para a
obtenção do grau de Bacharel em
Direito, sob a orientação do
Professor Flávio Bellini de Oliveira
Salles.

Juiz de Fora
2012

Letícia Santos Carvalho Oliveira

DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO DO TRABALHO: A SUSPEIÇÃO DA
TESTEMUNHA QUE LITIGA CONTRA O MESMO EMPREGADOR

Monografia apresentada à
Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de
Fora como pré-requisito para a
obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Aprovada em

BANCA EXAMINADORA

Prof. Flávio Bellini de Oliveira Salles
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dorival Cirne de Almeida Martins
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a. Flávia Lovisi Procópio de Souza
Universidade Federal de Juiz de Fora

“Se pude ver mais longe
foi por estar sobre o ombro de gigantes”

Isaac Newton

RESUMO:

O presente trabalho visa a demonstrar a necessidade de se limitar a aplicação da Súmula nº 357 do Tribunal Superior do Trabalho, segundo a qual não é suspeita a testemunha que litiga ou já litigou em face do mesmo empregador, eis que não se deve ignorar a fragilidade da prova testemunhal e tampouco reduzir a função do magistrado a, somente aplicar a legislação existente, sem, contudo, sopesar as circunstâncias fáticas. Destarte, a fim de imprimir maior eficiência e justiça às tutelas concedidas pelo Poder Judiciário, propõe-se a possibilidade de reconhecimento, por parte do juiz, da suspeição da testemunha que litiga contra o mesmo empregador, ainda que essa não seja uma hipótese de suspeição elencada pelo ordenamento jurídico trabalhista.

PALAVRAS-CHAVE: Suspeição – Testemunha – Litiga – Empregador – Justiça-
Decisão.

ABSTRACT:

This paper demonstrates the need to limit the application of Abstract No. 357, of the Superior Labor Court, according to which is not suspicion the witness that litigates or already litigated in face of the same employer, behold, one should not ignore the fragility of testimony nor reduce the function of the magistrate, only apply the existing law without, however, weigh the factual circumstances. Thus, in order to give greater efficiency and justice for guardianships granted by the judiciary, it is proposed the possibility of recognition by the judge, the suspicion of the witness who litigates against the same employer, although this is not a case of suspicion listed by labor law.

KEY-WORDS: Suspicion - Witness - litigates - Employer - Justice – Decision.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2 . A PROVA TESTEMUNHAL	10
2.1 Breve histórico.....	10
2.2 Aspectos gerais da prova testemunhal.....	11
2.3 A prova testemunhal no processo do trabalho.....	12
2.4 Fragilidade da testemunha como fonte de prova.....	13
2.5 Crítica ao testemunho.....	18
3. HERMENÊUTICA E PROVA TESTEMUNHAL.....	20
3.1 Fases do procedimento probatório.....	20
3.2 Verdade formal X verdade real.....	23
3.3 Apreciação e valoração da prova testemunhal.....	25
4. A SUSPEIÇÃO DA TESTEMUNHA QUE LITIGA CONTRA O MESMO EMPREGADOR.....	27
4.1 Conceito de suspeição.....	27
4.2 Súmula 357 do TST.....	28
4.3 Princípio da proteção.....	31
4.4 Possíveis consequências da aplicação irrestrita da Súmula 357 do TST.....	33
4.5 Direito comparado.....	36
4.6 Solução para a controvertida situação da testemunha que demanda em face do mesmo empregador.....	37
5. CONCLUSÃO.....	39
BIBLIOGRAFIA.....	41

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, intitulado “Da prova testemunhal no processo do trabalho: a suspeição da testemunha que litiga contra o mesmo empregador”, revela-se bastante pertinente, tendo em vista o fato de, ordinariamente, na Justiça do Trabalho, haver testemunhas que possuem demanda própria em face do reclamado contra o qual depõem.

A fim de regular mencionada situação, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 357, cujo conteúdo determinou não ser suspeita a testemunha que litiga ou litigou contra o mesmo empregador. No entanto, a aplicação irrestrita do referido enunciado se tornou alvo de críticas, porquanto pode implicar na fomentação de fraudes trabalhistas, bem como no cerceamento do direito ao contraditório que, igualmente, deve ser estendido de forma ampla ao empregador.

As características peculiares da prova testemunhal não podem ser ignoradas, servindo sua fragilidade como elemento fundante da idéia de que não se deve limitar a discricionariedade do magistrado, quando da condução do litígio, para o reconhecimento do instituto da suspeição.

Desta feita, este trabalho pretende conciliar o direito de acesso à justiça pertinente às partes, tal como a possibilidade de reconhecimento da parcialidade e, conseqüentemente, da suspeição da testemunha que litiga ou já litigou contra o mesmo reclamado. Outrossim, visa a estabelecer um parâmetro razoável, para que o juiz, caso realmente entenda pela suspeição no caso concreto, possa decretar o vício e valorar de forma diferenciada as informações trazidas por aquele sujeito, sem, no entanto, prejudicar o direito de ação e de ampla defesa do trabalhador, que se presume hipossuficiente.

A pesquisa valer-se-á do método de natureza bibliográfica, de modo que será embasada na análise da bibliografia pertinente, artigos e jurisprudência dos tribunais que tratem da prova testemunhal na Justiça do Trabalho e que abordem o objeto deste trabalho, que se traduz na possibilidade de se reconhecer a suspeição da testemunha que litiga em face do mesmo empregador.

2 A PROVA TESTEMUNHAL

2.1– Breve histórico

A partir de uma análise histórica, verifica-se que o testemunho é modalidade de prova pioneira, ao lado da confissão, porquanto nos primórdios da evolução do Direito, o testemunho estava intrinsecamente ligado às determinações divinas, materializadas por meio da fala humana. Isso porque o homem era o instrumento por meio do qual o sobrenatural se manifestava para revelar a verdade, como ocorreu, por exemplo, na concepção dos Doze Mandamentos, por intermédio de Moisés. Assim, durante longo período, Direito e Religião se misturaram, seja através dos comandos celestes, expressos pelo homem ou, mesmo, por meio das ordálias (julgamentos divinos).

Todavia, durante o fortalecimento dos Estados Nacionais, nasce um novo sistema, qual seja o Inquisitorial. Nessa ocasião, a razão ganha destaque em detrimento do sobrenatural, razão porque a verdade é investigada e não mais revelada. Logo, o testemunho, obtido através do interrogatório de terceiros cientes do objeto investigado, tornou-se imprescindível para reconstrução dos fatos, de forma a legitimar a sentença do Juiz.

Posteriormente, passou-se ao sistema da prova tarifada. Agora, ao magistrado não cabia mais a análise detida dos fatos relatados e, sim, sopesar o valor que o depoimento proferido por determinada testemunha poderia ter.

Quando as relações comerciais evoluíram, não obstante seu pioneirismo, a prova testemunhal caiu em descrédito. Com a disseminação da escrita, a prova documentada demonstrou-se meio mais seguro e ágil para dirimir conflitos.

Por fim, com a eclosão da Revolução Francesa, a prova testemunhal retoma seu papel de destaque, permanecendo até os tempos atuais, no sistema de persuasão racional, como meio relevante de prova.

À vista do exposto e nos dizeres de Luciane Cardoso, conclui-se:

“a produção e valoração da prova testemunhal esteve e está sujeita, em última análise, ao conceito de prova e de Direito em determinado

contexto histórico e social, ligando-se diretamente à função interpretativa atribuída ao juiz ao julgar um determinado conflito de interesses.”⁽¹⁾

2.2– Aspectos gerais da prova testemunhal

Primeiramente, cumpre esclarecer que a prova, em geral, é o meio pelo qual as partes têm a oportunidade de levar dados ao magistrado. Dados estes que irão influir na sua convicção quanto aos fatos controvertidos e relevantes do processo, objetivando alcançar a tutela jurisdicional pretendida.

Outrossim, Marcelo Rodrigues Prata⁽²⁾ elucida a existência de entendimento doutrinário no sentido de que a prova tem como segundo destinatário a parte contrária. Este posicionamento justifica-se quando se leva em consideração que a prova tem o condão de demonstrar, ao adversário, a verdade dos fatos, incentivando a desistência de pedidos contrários ao provado e, até mesmo, a celebração de acordo, diante do perigo da sucumbência.

A prova testemunhal, modalidade probatória específica em estudo, caracteriza-se como “um elemento de convencimento, consistente na oitiva de um terceiro, pessoa física, trazido a juízo para informar, oralmente, o que sabe, sobre os fatos havidos antes do seu depoimento”⁽³⁾.

Destarte, para exercer a função de testemunha é preciso ser sujeito estranho à relação processual, pois, para que o depoimento alcance seus fins, é necessário ser imparcial. Imparcialidade esta que dificilmente se atingiria, caso o depoente tivesse algum interesse no litígio. Ressalta-se que o julgador, igualmente, está impedido de testemunhar.

O requisito da oralidade possibilita ao Juiz, no momento da oitiva, perceber as reações da testemunha, enquanto narra os fatos. Logo, nessa ocasião o magistrado tem a melhor oportunidade de analisar a veracidade do testemunho, porquanto a postura do depoente pode revelar coisas além do que fora falado.

¹ CARDOSO, Luciane. Prova Testemunhal. São Paulo: LTr, 2001, p.31

² PRATA, Marcelo Rodrigues. A Prova Testemunhal no Processo Civil e Trabalhista. São Paulo: LTr, 2004, p.56

³ PRATA, op. cit. p.48

É notório serem os fatos o objeto da prova testemunhal. Porém, o relatado pelo depoente não perderá a qualidade de testemunho, ainda que seu conteúdo não tenha o condão de resolver a lide, não satisfaça os fins pretendidos ou seja resultante de deduções, quando o Juiz também for igualmente capaz, por si só, de chegar àquela conclusão. O fato narrado também continua a ser objeto de prova, quando contenha impressões pessoais, porque, conforme leciona Rodrigues Prata⁽⁴⁾, ao citar Quijano, “(...) muitas vezes para que a narração do fato seja completa deve estar integrada com apreciações e opiniões, ou que o fato mesmo pode resumir-se em uma apreciação”. Acresça-se, ainda, que até mesmo o depoimento falso não deixa de existir, contudo não lhe será atribuído nenhum valor.

Assim, desde já se verifica o importante papel desempenhado pela prova testemunhal, porquanto a partir de sua produção e valoração o Juiz extrairá elementos de convicção para fundamentar a decisão exarada na sentença, conforme exige o Sistema da Persuasão Racional adotado pelo ordenamento pátrio. Ademais, nos dizeres de Rodrigues Prata:

“Não se pode olvidar, também, de que a prova destina-se à sociedade. A solução judicial do conflito mira a paz social. Sentença baseada em boa prova satisfaz os anelos de Justiça da sociedade. O processo tem um conteúdo público moral e ético que não pode ser esquecido.”⁽⁵⁾

2.3– A prova testemunhal no processo do trabalho

A prova testemunhal sobressai no processo do trabalho devido à situação que a Justiça do Trabalho objetiva regular, qual seja, a relação de emprego, caracterizada por ser eminentemente fática e contaminada por informalismos, ainda que a legislação trabalhista imponha limites formais à mesma.

No meio ambiente do trabalho, tanto amizades, quanto inimizades podem desenvolver-se, tomando relevância tal aspecto quando se depara com a realidade, na qual somente o depoimento de testemunhas é capaz de fornecer informações importantes sobre os fatos da causa.

⁴ PRATA, 2004, p.52

⁵ PRATA, op. cit. p.56

Elucida Márcio Túlio Viana que o problema relacionado à prova testemunhal, no processo do trabalho, reside na “subordinação do trabalhador, que deixa marcas e mágoas para além da relação de emprego. As próprias testemunhas, em certa medida, reproduzem o conflito imediato entre as partes e mediato entre o capital e o trabalho” ⁽⁶⁾.

Além disso, o mesmo Professor, citando Furno, alerta:

“a vontade opera sobre a convicção, determinando-a, confirmando-a, eliminando-a’. Por isso, a verdade é relativa; a verdade absoluta fica sempre ‘envolta em impenetrável sombra” ⁽⁷⁾.

Devido ao seu caráter bastante peculiar, a própria legislação incumbiu-se de criar regras quanto à produção e admissibilidade da prova testemunhal. Porém, ainda que essa modalidade probatória não transpareça o maior grau de segurança, é inegável ser imprescindível ao deslinde do processo trabalhista, pois, ainda que a prova documental transpareça mais confiabilidade, na relação empregatícia nem sempre o documentado corresponde à realidade fática, daí porque o princípio da primazia da realidade sobre a forma é norteador do Direito do Trabalho. Logo, no que tange à Justiça Laboral, a prova testemunhal denota maior relevância em vista da documental.

Assim, diante da indispensabilidade da prova testemunhal, conjugada com sua fragilidade, imperiosa se faz a avaliação detida do testemunho pelo magistrado. Desse modo, assegura-se o direito de ingresso à justiça, com a não rejeição de plano da prova testemunhal que, por vezes, é o único meio de prova daquilo que se pleiteia no Juízo Especializado, e zela-se pelo direito de defesa, ao não acolher como idôneo o depoimento de qualquer testemunha.

2.4– Fragilidade da testemunha como fonte de prova

As informações trazidas pelas testemunhas, ao processo, são decorrentes de percepções obtidas de maneira casual e corriqueira, porquanto os fatos narrados

⁶ VIANA, Márcio Túlio. Aspectos curiosos da prova testemunhal – sobre verdades, mentiras e enganos. In: Revista LTr, vol. 73, nº 10, Outubro/2009. p. 1161

⁷ VIANA, op. cit. p. 1170

fizeram parte de circunstâncias de sua rotina. Desta feita, a análise da prova testemunhal deve compreender o exame de aspectos fisiológicos, psíquicos e morais atinentes ao depoente.

Nesse viés, elucida Gorphe⁽⁸⁾ a respeito da testemunha considerada instrumento probatório:

“é um instrumento vivo, inteligente e autônomo, que se não pode comparar a nenhum outro; é infinitamente superior aos construídos pelos homens; pelo contrário não tem a segurança nem a precisão destes. Não se tem como é e com o que dê. Por isso, há que examinar e comprovar seus recursos e buscar destruir suas inexatidões, a fim de poder apreciar seu valor quando deva ser utilizado. Isto, não é, certamente, coisa fácil, porque os recursos do instrumento são sua personalidade debaixo de seu aspecto moral, intelectual, afetivo e psíquico.”

Das características da testemunha como meio de prova se infere sua fragilidade. Estudos revelam que a saúde, a personalidade e o estado de ânimo da testemunha influem na formação de seu depoimento em mais de um momento. São esses momentos, respectivamente, o da ocorrência dos fatos, quando há a observação e registro dos mesmos, e, posteriormente, quando os acontecimentos registrados na memória são narrados perante a Justiça.

Emílio Mira Lopez, renomado professor de psiquiatria, consignou na sua obra “Manual de Psicologia Jurídica” que a narrativa testemunhal, atinente aos fatos pretéritos, está sujeita a cinco fatores, quais sejam: o modo de percepção do acontecimento; o modo de armazenamento do acontecimento pela memória; a capacidade de evocar as percepções pretéritas; a maneira como se deseja narrar os fatos e, por fim, o modo como se pode exprimi-los.

É plausível, ainda, associar a fragilidade da prova testemunhal à sua infidelidade, que pode decorrer dos seguintes fatores: falha no momento de percepção dos fatos; dificuldades em memorizar acontecimentos e, por derradeiro, o interesse do depoente no caso, maculando a imparcialidade do testemunho, quando na fase de reprodução do fato percebido e fixado.

No momento da percepção dos fatos atuam diversas variáveis que interferem na qualidade e quantidade de informações captadas. Essas variáveis subdividem-se

⁸ GORPHE, François. La critica del testimonio. Trad. Mariano Ruiz Funes. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1949, p.86.

em objetivas (dizem respeito às condições do ambiente em que se deu o deslinde dos fatos, tais como distância, sonoridade, luminosidade e lapso temporal) e subjetivas (concernentes à individualidade da testemunha, ou seja, condições físicas, psíquicas, morais, intelectuais e culturais). Assim, são facilmente percebidas divergências objetivas de testemunhos ao relatar o que se enxergou, a depender da hora (dia ou noite); o que se escutou, a depender do ponto de referência da fonte sonora; a duração dos acontecimentos, entre outras. Da mesma maneira, são frequentes as divergências subjetivas, pois, segundo Zaccuri:

“As informações que recebemos (...) cerca de um milhão por segundo, são recebidas por nossos canais sensoriais: visual, auditivo, tátil, gustativo e olfativo (...) Sucessivamente, essas informações são reelaboradas (segundo uma) determinada leitura subjetiva (...) profundamente influenciada não tanto pelo que uma pessoa diz, mas por como diz, por sua linguagem mímica, facial, pelo tom. Em outras palavras, por sua comunicação não verbal.”⁽⁹⁾

Ademais, atuam, no momento da percepção, fatores como a auto-sugestão derivada de deduções ou expectativa, bem como doenças, especialmente as mentais, que muitas vezes são de difícil constatação.

Por derradeiro, cumpre destacar o entendimento de Márcio Túlio Viana no sentido de que “as falhas de percepção afetam também o juiz – que de certo modo depõe, na sentença, sobre as histórias que ouviu. A verdade que ele conta é medida pela sua própria personalidade”.⁽¹⁰⁾

As dificuldades em memorizar os acontecimentos dão-se no momento de fixação da percepção e implicam na formulação de depoimentos inexatos ou incompletos a respeito dos fatos presenciados ou ouvidos. Com o decorrer do tempo, a recordação fiel e integral de um acontecimento torna-se cada vez mais rara, pois os dados armazenados se esvaem, conforme verificado em experiências clássicas.

Luciane Cardoso exemplifica o aventado, relatando a seguinte experiência de Stern:

“Stern mostrou, durante 45 minutos a 23 pessoas novas e cultas, 3 quadros dos quais, em seguida, deveriam dar uma descrição e, a

⁹ ZACCURI, Giuseppe. La comunicazione verbale e non. In: FORZA, Antonio (org) Il processo invisibile, Marsilio, Veneza 1997.

¹⁰ VIANA, 2009, p.1169

outras, com intervalos de 5, 15 e 20 dias. Sucedeu que os depoimentos feitos após a apresentação dos quadros estavam errados nas proporções de 7, 5 e 4%; os subsequentes em 9 e 11%, aumentando os erros à medida em que os dias decorriam. De modo que, em 282 depoimentos, só eram exatos 17. A mesma experiência feita em 63 depoimentos sob especial juramento, deu como resultado somente 13 exatos.”¹¹

Além disso, a dificuldade em reevocar as percepções ativam mecanismos psicológicos que dão ensejo ao preenchimento das lacunas por parte das testemunhas, com impressões pessoais. Por isso, não se deve associar verdade a depoimentos longos e ricos em detalhes, porquanto podem ser frutos de impressões pessoais ou mesmo da influência de terceiros.

Transpostas as etapas da percepção e de sua fixação, há, ainda, a etapa de reprodução dos acontecimentos, durante a qual os fatos ocorridos continuam à mercê de distorções passíveis de serem provocadas por mecanismos psicológicos de preenchimento de lacunas, realização de perguntas sugestivas ao depoente e padrões morais daquele que narra os fatos.

Altavilla⁽¹²⁾, em sua obra *Psicologia Judiciária*, especifica os mecanismos de preenchimento mais frequentemente utilizados pelas testemunhas durante sua oitiva, sendo eles:

Complementação da percepção pela narração alheia: ocorre quando a testemunha utiliza em seu depoimento dados e impressões de outras testemunhas a fim de corroborar com uma versão já existente;

Integração por exagero, que pode se dar de diversas formas, tais como o exagero:

De valor (a testemunha tende a modificar o número de pessoas participantes do fato narrado, ampliando-o. Assim, como ofendido ou testemunha ele aumenta o número de presentes no evento, de forma a tornar o acontecimento mais impressionante. Do mesmo modo, como acusado, tende a aumentar o número de participantes, caso isso gere dúvidas quanto ao seu reconhecimento ou a sua autoria);

De intensidade qualificativa (o depoente utiliza adjetivos que possuem condão amplificador);

¹¹ CARDOSO, 2001, p. 66

¹² ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária*. Trad. Fernando Miranda. Coimbra: Armínio Amado, 1981. vol. I

De colocação em evidência de sua própria participação (insinua ou afirma de forma leviana e mentirosa sua participação no evento, de forma diversa da ocorrida, somente para se colocar em posição de destaque, quer seja como pacificador, quer seja como defensor ou, ainda, como sujeito passivo);

Transformação da perplexidade em certeza (quando o interrogador demonstra desconfiança ou dúvida quanto à exatidão do depoimento, o interrogado sente-se ofendido e pressionado a relatar algo sobre o qual não tem certeza, acarretando uma falsa recordação agregada com particularidades inexistentes).

Portanto, durante o depoimento, em decorrência dos lapsos de memória, as testemunhas tendem não só a preencher as lacunas dos fatos percebidos e fixados, como são também capazes de incrementar os eventos narrados, caso a necessidade de sua exposição decorra de perguntas sugestivas advindas do magistrado.

Há que se considerar, ainda, que às concepções do depoente somam-se as percepções fixadas e, por conseguinte, são relatadas conjuntamente com os fatos ocorridos, pois a compreensão dos acontecimentos fica sujeita aos aspectos morais da testemunha. Por isso, segundo Luciane Cardoso:

“(...) requer-se do julgador um discernimento para avaliar as palavras da testemunha e contextualizá-las, inclusive no sentido de compreender que a testemunha deporá segundo seus padrões morais. As manifestações de qualquer depoimento traduzem uma verdade dos fatos versionada. O juiz deve compreender que a testemunha pode estar emocionalmente mais comprometida em favorecer a parte para a qual depõe, do que convencida por uma regra moral abstrata, que lhe impõe o dever de ser imparcial, de dizer a verdade.”⁽¹³⁾

Conclui-se, deste modo, que a captação e reprodução dos eventos ocorridos sofrem profunda influência da individualidade e vivência da testemunha. Por outro lado, a reconstituição dos fatos pode ser afetada, ainda, pelo falso testemunho, decorrente de temeridade, negligência ou da falsidade deliberada (seja por interesse pessoal, seja por ausência de retidão ou, ainda, por simpatia pela parte para a qual depõe). Devido a tais fragilidades, a prova testemunhal é vista com preconceito e resistência, porém é inegável sua importância quando inexistem outros meios de

¹³ CARDOSO, 2001, p. 70

prova hábeis para provar os fatos controvertidos ou, até mesmo, em virtude da natureza jurídica do direito que se pretende tutelar.

2.5– Crítica ao testemunho

Conforme dito outrora, a prova testemunhal advém de “instrumento” diferenciado, que é o ser humano, e, por conseguinte, está à mercê das virtudes, bem como dos vícios atinentes à personalidade do mesmo. Daí porque, muitas vezes, a prova testemunhal é repelida em detrimento de outras, já que ela desafia uma postura crítica do magistrado, a fim de que se extraia a essência da verdade.

Para alguns, a testemunha é o meio de prova mais viciado, enquanto para outros é ela que possibilita ao Judiciário tomar conhecimento da verdade dos fatos. Há, também, quem vislumbre o meio termo e, neste sentido, temos que:

“A testemunha que depõe em juízo realiza uma destas hipóteses: ou quer dizer a verdade e acerta; quer dizê-la e se engana; ou é indiferente, não faz tenção de mentir, mas também não se importa que acerte ou erre; ou, enfim, quer enganar...”⁽¹⁴⁾

Em virtude do aludido existe a tendência de se buscar o testemunho de terceiros, pois se acredita que quem narra fatos sobre os quais tem interesse tende a mentir, enquanto aquele que é estranho à lide e não possui interesse em relação à mesma costuma dizer a verdade.

Não obstante a fragilidade do testemunho, é bem verdade que os fatos se perdem no decorrer do tempo e, quando não são objeto de algum meio de registro – hipótese recorrente – será a prova testemunhal o único meio a permitir que o juiz examine os fatos ocorridos, o que é de suma importância, porque “a realidade dos fatos tem mais importância que a forma dos atos jurídicos. O Direito do Trabalho é norteado pelo princípio da primazia da realidade”.⁽¹⁵⁾

Tendo em vista, ainda, que as narrativas dos depoentes, em um processo fundado unicamente na prova testemunhal, são a fonte e fundamento da sentença

¹⁴ REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues, Curso de Direito Processual Civil. Vol II, Saraiva, São Paulo:1963, p. 265

¹⁵ PRATA, 2004, p. 33

jurídica, por meio da qual será conferido ou não o direito pretendido, infere-se que, para solucionar a lide, há que se conjugar dois elementos: a interpretação e reprodução dos fatos pela testemunha e, posteriormente, a reinterpretação dos mesmos pelo magistrado, a partir da inquirição do depoente.

Assim sendo, a experiência e conhecimento do juiz são fatores determinantes no exame e na valoração da prova testemunhal e, por vezes, não serão suficientes para o alcance da verdade objetiva, pois malgrado o esforço do magistrado neste sentido, está sujeito a limites formais impostos pela legislação (resquício do sistema da prova legal), que dá preferência a determinados depoimentos em face de outros, indica quem deve ou não ser considerado suspeito ou impedido e, ainda, limita o número de testemunhas, deixando de sopesar as particularidades do caso concreto. Particularidades essas que são decisivas para o alcance da verdade real ou, ao menos, do verossímil (o mais próximo possível da verdade).

Ante as críticas e elucidações expendidas, conclui-se, deste modo, pela importância do testemunho no processo e, para que o mesmo atinja sua finalidade, é necessário permitir sua interpretação sem as amarras dos conceitos rígidos das normas legais.

3 HERMENÊUTICA E PROVA TESTEMUNHAL

3.1– Fases do procedimento probatório

Conforme é sabido, a produção da prova testemunhal percorre três fases, sendo essas a proposição; a admissão e, por fim, a produção. Quanto à valoração do material probatório, há quem entenda que esta conduta não se insere nas três fases mencionadas, sendo concretizada no momento em que se elabora a decisão da lide. Porém, é inegável que, apesar de existir um momento para a avaliação das provas (quando o juiz formula sua decisão), estas serão valoradas ao longo de sua colheita, no íntimo do diretor do processo, já que na transcrição da prova oral muitos detalhes subjetivos, inerentes ao relatado e a postura do depoente quanto aos fatos, se perdem.

A propositura da prova testemunhal carrega em seu bojo o primeiro juízo valorativo, pois as partes que sugerem sua produção, no processo, fazem uma análise prévia daquilo que se pretende provar, no sentido de verificar se sua tese é provável e qual a melhor forma de demonstrá-la e convencer o juiz.

O ato de admissão da prova é de competência exclusiva do juiz, sendo que o mesmo poderá tanto deferi-la, quanto indeferi-la, depois de verificada a licitude, a adequação, a pertinência e a relevância de sua admissibilidade. Porém, cumpre ressaltar que, apesar da admissão ser atributo do juiz no caso concreto, o legislador já a realiza, em um primeiro momento, ao impor limites e exceções legais para a admissibilidade de determinadas provas, em determinadas circunstâncias.

Conforme o princípio da atendibilidade, o diretor do processo, quando já tiver formado sua convicção, após a observância dos requisitos e limites legais, não deverá admitir a produção de provas. Contudo, entende-se que, durante a produção da prova, o juiz deve agir com prudência para que a certeza possuída, *a priori*, em determinado sentido, não implique em cerceamento de defesa (quando o magistrado faz um juízo negativo dos fatos deduzidos na causa) ou favorecimento de determinada parte (quando o magistrado faz um juízo positivo dos fatos, implicando

na aceitação de determinada prova testemunhal, que deveria até mesmo ser proibida, com o intuito de embasar sua fundamentação).

A fase de produção probatória abrange tanto a atuação das partes quanto a do juiz, devendo desenvolver-se sob a égide dos princípios da oralidade, da imediatidade física do juiz e da concentração. Desse modo, permite-se que a verdade obtida através da prova produzida seja o suporte da decisão judicial em determinado sentido.

Temos que o *iter* procedimental para colheita da prova testemunhal se dá da seguinte maneira: primeiramente, ouve-se a testemunha do autor e, posteriormente, a do réu, somente havendo a possibilidade de alteração dessa ordem mediante motivo justificável.

Porém, antes da inquirição propriamente dita, ocorre a qualificação da testemunha. Nesta ocasião, a parte que não tenha indicado aquele sujeito como depoente poderá contraditá-la, ou seja, informar ao magistrado questões atinentes àquela testemunha que implicam em sua suspeição ou impedimento. Destaca-se que, no Processo Civil, diante da contradita, poderá o juiz, se julgar pertinente, ouvir a testemunha contraditada. Entretanto, essa não mais será tida como testemunha e sim mera informante do juízo, nos moldes do artigo 414, §1º, do CPC.

No Processo Especializado, a CLT estabelece, em seu artigo 829, que as testemunhas que forem parentes até o terceiro grau civil, amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes não prestarão compromisso, valendo o depoimento como simples informação.

Cumprido elucidar, ainda, que se distingue a testemunha do informante porque aquela presta compromisso de dizer somente a verdade. Contudo, a falta de compromisso não possui o condão de invalidar o depoimento, pois este, nesta hipótese, submeter-se-á ao livre convencimento do juiz (art. 245 do CPC).

Por fim, durante a inquirição, as perguntas serão dirigidas à testemunha pelo juiz, que proferirá as perguntas de interesse da parte que a arrolou e, em seguida, as da parte contrária, podendo ser indeferidas pelo magistrado indagações de cunho vexatório e as irrelevantes para a sua convicção.

A importância do caminho legal traçado para produção da prova reside na possibilidade de aproveitamento do material probatório resultante, pois auxilia o magistrado a extrair do depoente dados viáveis e necessários para alcançar a solução das questões controvertidas, por meio da organização daquilo que se deve

questionar. Isso porque, durante a fase probatória, as testemunhas narram os fatos ocorridos de forma qualificada, ou seja, transmitem seu juízo de valor a respeito dos acontecimentos e não os fatos propriamente ditos, implicando em declarações que tendem a uma generalidade, distanciando-se dos dados objetivos. Assim, “não existe, deste ângulo de considerações, testemunho que seja ‘terceiro’ porque é ‘parte’ na relação fenomenológica com o objeto do seu conhecimento”.⁽¹⁶⁾

Ademais, outras inúmeras variáveis atuam na reprodução do fato que se pretende provar, sendo uma delas o próprio ambiente no qual se desenrola a oitiva das testemunhas, já que:

“Há uma particular ‘atmosfera’ que envolve o encontro das testemunhas com o juiz e os outros sujeitos processuais. Normalmente esta atmosfera é insegura para se colher a *fides* da testemunha, por diversas razões, entre elas, as dificuldades de transcrição a termo do depoimento e porque esta pode sentir, do interrogatório das partes, em especial, a animosidade que emerge do conflito, que pode refletir na sua insegurança ou desconfiança dos receptores, sobre os fatos que narra. Um alternar-se sucessivo de razões convergentes e divergentes apontarão uma via ainda tibia de certeza.”⁽¹⁷⁾

À vista do exposto, conclui-se que o processo probatório está permeado pela atuação das partes, das testemunhas e do juiz. As partes operam expressivamente no momento de proposição da prova e formulação de perguntas, que aos depoentes serão dirigidas por intermédio do magistrado. As testemunhas, por sua vez, são determinantes na construção do juízo jurisdicional, em razão de suas narrações, que, consideradas dignas de fé, carregarem em seu bojo a função de transmitir a realidade dos acontecimentos, devendo, portanto, ser verossímeis. O juiz participa de todas as fases probatórias, destacando-se, em especial, no momento da produção. Nesta ocasião, utilizará sua experiência, conjuntamente com o princípio da verossimilhança, para verificar o quão provável é a veracidade daquilo que foi relatado. Isso porque o *dictum* do testemunho será a base fundadora de seu *decisum*.

¹⁶ CARDOSO, 2001, p. 93

¹⁷ CARDOSO, op. cit. p. 93

3.2– Verdade formal X verdade real

No âmbito jurídico, muitas vezes a verdade encontrada no deslinde do processo não é correlata à realidade dos fatos. Em virtude disso, a credibilidade do Poder Judiciário resta abalada perante a sociedade, já que a opinião pública depara-se com dificuldades para entender a razão da sentença prolatada.

Corroborando o entendimento supramencionado a seguinte exemplificação dada por Marcelo Rodrigues Prata:

“Pessoalmente, já vivi a experiência de não conseguir convencer a um leigo de que a sentença prolatada por outro juiz poderia haver sido correta. Indignado, afirmou o cidadão, que um determinado reclamante jamais foi empregado da empresa, à qual servia o meu interlocutor como engenheiro civil. O reclamante, segundo ele, não passava de companheiro de um dos operários, e visitava a obra para com este conversar. Todos na construção sabiam disso, porém a empresa foi condenada a pagar as verbas trabalhistas ao autor, como se empregado dela fosse. Diante dessa exposição, presumi tratava-se de um caso de revelia, negligência da reclamada ou talvez falso testemunho, acrescentando que o magistrado não é onisciente e tem de decidir de acordo com a prova produzida nos autos. Todavia, percebi em seu semblante que a explicação não o satisfaz...”⁽¹⁸⁾

Assim, demonstra-se cristalino o entendimento de que nem sempre o provado nos autos condiz com a verdade real, em razão de falso testemunho, documentos forjados, confissão ficta ou falta de prova. Em decorrência de tal circunstância, materializa-se a divisão entre verdade formal (aquela existente na esfera jurídica, fruto do processo judicial) e verdade material (correspondente à realidade fática).

Diante da referida distinção, adverte José Aparecido dos Santos:

“Seria muita pretensão imaginar que no processo a verdade real pudesse ser apreendida, pois a verdade que ali se obtém, por mais adequada que seja, é sempre uma verdade dirigida exclusivamente ao próprio processo e à decisão pretendida. Não é por outro motivo que os “fundamentos”, ou seja, a “verdade dos fatos” admitida na sentença, não transitam em julgado (art. 469, II, do CPC). Isso não representa desprezo da verdade, mas honestidade para com ela.

¹⁸ PRATA, 2004, p.38

Há, de fato, uma exigência ética de busca da verdade, mas essa busca está em relação direta com as afirmações das partes e, qualquer que seja, essa verdade só é produzida no próprio processo (...) Em resumo: a verdade real corresponde ao interesse de adequar a verdade construída no processo com outros discursos existentes fora dele, como o de interesse social.”⁽¹⁹⁾

Nesse viés, o juiz guia-se pela confiança íntima de que o demonstrado nos autos é a verdade, podendo ocasionar decisões errôneas diante da possibilidade falha de raciocínio inerente à condição humana. Além disso, deve-se considerar que a verdade obtida no processo equivale à verdade histórica, ou seja, diversa da verdade absoluta, porquanto oriunda de prova agregada de juízo valorativo do depoente, estando sujeita, ainda, a reinterpretação e valoração por parte do magistrado.

O ideal seria o alcance da correlação entre verdade formal e verdade material, a fim de proporcionar às partes conflitantes uma solução justa para a celeuma, bem como permitir que a sentença atinja seu fim social. Todavia, segundo a atual Teoria do Processo, basta contentar-se com a verdade possível, caso seja esta construída dialeticamente, priorizando-se a interpretação da linguagem e argumentação.

Porém, mencionado contentamento é melindroso ao conjugar-se a possibilidade de oitiva da testemunha que litiga contra o mesmo empregador, sem nunca poder considerá-la suspeita, no caso concreto, às outras inúmeras garantias especiais de que gozam os trabalhadores. Principalmente quando aliada à facilitação probatória, já que, segundo o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, colacionado por Luciane Cardoso:

“O trabalhador não necessita realizar uma prova tão completa que se tornem dissipadas até as últimas dúvidas. O tribunal pode constatar a relação causal tendo comprovado apenas que ela é verossímil.”⁽²⁰⁾

¹⁹ SANTOS, José Aparecido dos. Teoria geral das provas e provas em espécie. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). Curso de processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2009. p. 558-559.

²⁰ CARDOSO, 2001, p. 108

3.3– Apreciação e valoração da prova testemunhal

A apreciação e valoração da prova testemunhal constituem uma interpretação voltada para extrair do conteúdo probatório o seu valor de convencimento, a fim de averiguar o seu potencial para ser a base fundante da decisão jurídica. Desta feita, pelo sistema da livre persuasão racional, o qual vigora no atual cenário jurídico brasileiro, o reitor do processo formará livremente sua convicção sem, contudo, deixar de atrelar-se aos fatos apresentados e provados pelos litigantes, às regras legais, bem como à máxima de experiência, devendo explicitar a motivação de seu convencimento, sob pena de nulidade da decisão.

Durante a interpretação do conjunto probatório, o juiz não deve ater-se ao estabelecimento de hierarquia entre os meios probatórios. Ao contrário, deve sopesar todos os elementos probantes, legais, trazidos aos autos para alcançar a verdade dos fatos. Não deve deixar de observar, porém, o ônus da prova que implica na produção de prova mais convincente por determinada parte do conflito.

Nesse contexto, diante do empate de testemunhos, deve-se averiguar se a contradição existente é derivada da mendacidade de um dos depoentes, pois, se a qualidade da prova lançada pelas duas partes litigantes for a mesma, prevalecerá decisão contra aquele a quem incumbia o ônus da prova. Sendo assim, tendo em vista que muitas vezes, na Justiça Especializada, o ônus recai sobre o empregador, devido à condição de hipossuficiência do empregado, deve-se indagar sobre a justiça de, *a priori*, não se considerar, sempre, a testemunha que litiga contra o mesmo empregador suspeita, ponderando que em uma situação como a exemplificada, ela poderá ser a motivação da sentença, prolatada pelo magistrado, em desfavor do reclamado. Tal preocupação é reforçada se sopesarmos que:

“Para que a testemunha narre a verdade do que percebeu – professa Malatesta – é necessário que ela não se engane, nem queira enganar. É mister, por conseguinte, que ela tenha capacidade física, intelectual e moral para que mereça fé. Não se pode olvidar ainda de sua disposição afetiva. Infelizmente, a personalidade da testemunha representa um mistério ao juiz – salientou Carnelutti. Porquanto, normalmente, é um indivíduo inteiramente desconhecido, o que dificulta sobremaneira aquilatar-se

a sua credibilidade. Considerando a falta de tempo e instrumentos para avaliar-lhe o caráter.”⁽²¹⁾

São consideradas pessoas com interesse no litígio ou no objeto da lide aquelas que almejam a vitória de uma das partes ou, mesmo, que a decisão seja proferida em determinado sentido. Por isso, o Código de Processo Civil, em seu artigo 405, § 3º, estabelece que não podem depor como testemunha pessoas suspeitas, incluindo nessa categoria quem tiver interesse no litígio. Desse modo, como a Justiça Trabalhista pode taxar como não sendo suspeita a testemunha que litiga contra o mesmo empregador, ainda mais quando o objeto da lide, na qual depõe, é idêntico ao que pleiteia em ação por ela ajuizada (o que na Justiça Comum poderia até mesmo ensejar um litisconsórcio ativo)?

Quanto à admissibilidade da prova testemunhal, já mencionada outrora, temos que sua produção só será autorizada se a mesma for legalmente admissível. Por conseguinte, as testemunhas proibidas ou incapazes de depor não serão ouvidas e, na hipótese de tais condições serem descobertas após a inquirição, o depoimento deverá ser descartado.

A natureza dos fatos testemunhados, bem como as circunstâncias ao entorno dos mesmos, constituem outros fatores que devem ser observados pelo juiz, pois auxiliam na investigação da verossimilhança, da possibilidade e da probabilidade do alegado pelo depoente corresponder à realidade.

Conclui-se, assim, que, diante das peculiaridades inerentes à prova testemunhal, ao magistrado incumbe apreciar e valorar o material probatório, pautando-se pelo princípio da razoabilidade. Além disso:

“Não se deve, por fim, esquecer que é o juiz de primeira instância quem tem o contato vivo e imediato com as testemunhas. Muito do que ocorre no momento da inquirição não é registrado em ata, principalmente no que tange à postura da testemunha. Portanto, a avaliação que o magistrado haja feito sobre a prova colhida tem o máximo de valor. Exceto quando haja cometido um erro grosseiro, o seu juízo sobre a prova testemunhal deve prevalecer sobre qualquer outro.”⁽²²⁾

²¹ PRATA, 2004, p. 480-481

²² PRATA, op. cit. p. 507

4 A SUSPEIÇÃO DA TESTEMUNHA QUE LITIGA CONTRA O MESMO EMPREGADOR

4.1– Conceito de suspeição

Suspeição decorre da falta de isenção de determinado sujeito, podendo ser em virtude de sua relação pessoal com os litigantes ou do próprio interesse que tenha no objeto em litígio. Desta feita, presume-se que a pessoa suspeita, apesar de ser considerada terceiro na relação processual, carece de parcialidade e, por conseguinte, não seria capaz de exercer o papel de testemunha com idoneidade.

O Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária no âmbito trabalhista, assim trata a suspeição:

“Art. 405 - Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 3º - São suspeitos:

I - o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença;

II - o que, por seus costumes, não for digno de fé;

III - o inimigo capital da parte, ou o seu amigo íntimo;

IV - o que tiver interesse no litígio.”

Já o ordenamento laboral não faz distinção entre impedimento e suspeição, apenas determinando, no artigo 829 da CLT, que:

“Art. 829 – A testemunha que for parente até o terceiro grau civil, amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes, não prestará compromisso, e seu depoimento valerá como simples informação.”

Logo, a Consolidação das Leis do Trabalho não proíbe a oitiva do suspeito, apenas veda o compromisso, transformando-o em informante. *Status* este que não cerceia o acesso à justiça e tampouco o direito de defesa. Sendo assim, concluímos que a argumentação de que a testemunha que litiga contra o mesmo empregador não deve ser considerada suspeita, sob pena de privar o trabalhador da tutela jurisdicional, não merece prosperar. Ainda mais se ponderarmos:

“(…) que desde que deponham, as testemunhas ‘informantes’ não estão dispensadas de dizer a verdade, já que por seus depoimentos pode o juiz firmar convicção, o que lhe é perfeitamente lícito, em face do princípio inconcusso, consagrado pelo Código de Processo, do livre convencimento, aliás, posto em relevo na ‘Exposição de Motivos’”⁽²³⁾.

Ante as elucidações supra, conclui-se que a legislação brasileira não se incumbiu de exemplificar as causas/motivos de suspeição, trazendo em seu corpo apenas um rol taxativo de hipóteses. Circunstância essa que inviabiliza a caracterização de outros casos de inabilidade que possa ter pertinência no caso concreto.

4.2 – Súmula 357 do TST

Com o intuito de solucionar o transtorno decorrente da suspeição da testemunha que possuísse reclamação trabalhista contra o mesmo réu (entendimento então não consolidado na jurisprudência), o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n. 357, cujo conteúdo é o seguinte:

“N.357 Testemunha. Ação contra a mesma reclamada.
Suspeição.
Não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou ter litigado contra o mesmo empregador.”

Entretanto, a Súmula editada pelo TST não alcançou o efeito almejado, tornando-se alvo de críticas. Desse modo, em conformidade com o pensamento de Carlos Henrique da Silva Zangrando, percebe-se que:

“a estrada tomada pela jurisprudência e doutrina levou a uma encruzilhada: de um lado, a rota mais fácil, repudiando a suspeição, e fechando-se os olhos à realidade da vida; e de outro, acatando a suspeição, porém perigando violar a garantia do direito de ação e do acesso ao Judiciário”⁽²⁴⁾.

²³ NORONHA, E. Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. 17 ed., Saraiva, São Paulo: 1986.

²⁴ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. O problema da suspeição da testemunha que demanda em face do réu, e outras questões. In: Revista LTr, vol. 72, nº 03, Março/2008. p. 322

Não obstante o entendimento sumulado pelo TST, existe uma divisão da doutrina quanto à validade da admissão do reclamante como testemunha, visto que alguns presumem a suspeição, enquanto outros firmam pensamento contrário.

Os posicionamentos divergentes são flagrantes. A posição doutrinária a favor do reconhecimento da suspeição conta com a opinião de Valentin Carrion, segundo o qual:

“a testemunha que está em litígio contra a mesma empresa deve ser equiparada ao inimigo capital da parte; o embate litigioso é mau ambiente para a prudência e isenção de ânimo que se exigem da testemunha; entender de outra forma é estimular as partes à permuta imoral de vantagens em falsidades testemunhais mútuas, mesmo sobre fatos verdadeiros; extremamente fácil ‘reclamante de hoje, testemunha de amanhã’”.⁽²⁵⁾

Manoel Antônio Teixeira Filho, por seu turno, engrossa a fileira daqueles que não entendem pela suspeição, quando afirma:

“O fato de o empregado haver provocado o exercício da função jurisdicional do Estado-juiz, buscando a tutela dos seus direitos subjetivos que afirma terem sido lesados, não o torna, apenas, por este motivo, inimigo capital do empregador, réu na ação. Quer nos parecer que a contradita, nesta hipótese, resulta de uma confusão entre os significados distintos de adversário e de inimigo. Nem sempre a parte *ex adversa* é inimiga”.⁽²⁶⁾

Com o advento da Súmula n. 357, editada pelo TST, houve uma concreta tentativa de pacificar o assunto, concluindo-se pela não suspeição da testemunha, pelo simples fato de estar litigando ou ter litigado contra o mesmo empregador.

Apesar do esforço do Tribunal Superior do Trabalho em dirimir a polêmica, seu posicionamento é alvo de muitas críticas, havendo, inclusive, interpretação da súmula no sentido de reconhecer a suspeição da testemunha que litiga em face do mesmo reclamado, quando contra ele pleiteia objeto idêntico, conforme se infere da seguinte decisão proferida pelo STF, no julgamento do RE n. 220.329/MT:

“PROVA TESTEMUNHAL – SUSPEIÇÃO – TESTEMUNHAS EM LITÍGIO COM A PARTE CONSIDERADO O OBJETO DO PROCESSO. As testemunhas arroladas pelos autores que

²⁵ CARRION, Valentin. Comentários à CLT. 16 ed., RT, São Paulo: 1993, p.593

²⁶ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A prova no processo do trabalho. 5 ed. LTr São Paulo: 1991, p. 221

demandam contra o réu, considerado o objeto do processo, têm interesse no desfecho desta última devendo serem tidas como suspeitas.”⁽²⁷⁾

Ademais, o próprio TST já proferiu decisões ampliando o sentido de interpretação da súmula (apesar de, atualmente, não ser este o posicionamento predominante), com base, também, no entendimento acima explicitado, tais como:

“SUSPEIÇÃO DE TESTEMUNHA QUE LITIGA CONTRA O MESMO EMPREGADOR – AÇÃO COM IDÊNTICO OBJETO – NÃO-APLICAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 357 DO TST. A testemunha que litiga contra o mesmo empregador e tem ação com idêntico objeto ao daquela em que presta depoimento, devidamente compromissada e contraditada, não está abrangida pelas disposições do Enunciado nº 357 do TST. Com efeito, a jurisprudência sumulada desta Corte apenas consigna que o simples fato de a testemunha litigar contra o mesmo empregador não a torna suspeita. Não agasalha a peculiaridade da testemunha que tem reclamação com o mesmo objeto contra ele. Na forma da orientação emanada do STF, há, nessa hipótese, nítido interesse da testemunha em que o processo no qual presta seu depoimento venha a ter desfecho favorável, porquanto lhe servirá, no mínimo, de precedente, para que alcance satisfatoriamente os direitos que pleiteia. Nesse compasso, a decisão regional que toma por válido, unicamente, o depoimento desta testemunha, para deferir ao Obreiro as horas extras e seus reflexos, infringe a norma constitucional que garante o devido processo legal e o amplo direito de defesa às partes no processo, incorrendo, pois, em cerceamento de defesa. Recurso de revista conhecido e provido.”⁽²⁸⁾

“SUSPEIÇÃO DE TESTEMUNHA QUE MOVE AÇÃO CONTRA O MESMO EMPREGADOR – IGUALDADE DE OBJETO – INTERPRETAÇÃO E ALCANCE DO ENUNCIADO Nº 357 DO TST. O Regional consigna que a testemunha também mantém reclamação trabalhista contra o reclamado, e que: A troca de favores não se configura por regras, há que se examinar cada caso para ver se resta evidenciado o interesse na solução do litígio, pois esta poderá existir independentemente da existência de ação em curso contra a mesma demandada. De tal relevância o tema que foi erigido a Enunciado, o de nº 357, do C. Tribunal Superior do Trabalho, que consigna a ausência de suspeição da testemunha nessas condições. No caso vertente, as horas extras foram deferidas, com base em depoimento de uma única testemunha, fls. 8, contraditada pela recorrente, que confirmou, em seu depoimento, propositura de ação contra a mesma ré, na qual o autor foi ouvido como sua testemunha. Nesse contexto, em que a testemunha promove idêntica ação, com o mesmo objeto, contra o reclamado,

²⁷ STF, 2ª T., RE n.220.329/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 20.4.01, p. 139, Ement. v. 2027-10, p. 2.069

²⁸ TST, 4ª T., RR 779678, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ 08.11.02

seu interesse em que o reclamante seja vencedor é pleno, daí sua suspeição. Recurso de revista não conhecido.”⁽²⁹⁾

Dessa forma, resta evidenciado que a situação da testemunha que litiga contra o mesmo empregador não é tratada de forma eficaz pela doutrina e jurisprudência e, dada a relevância do assunto no âmbito trabalhista, é de suma importância que se busque uma solução para o problema, a fim de contribuir para a pacificação do assunto.

4.3– Princípio da proteção

O Direito do Trabalho é o ramo jurídico guiado pelo Princípio da Proteção. Tal como o direito material, o processual também se inclina, em nome do referido princípio, a assegurar a proteção do trabalhador na Justiça Especializada. Ocorre que a aplicação desmedida do princípio protetivo, muitas vezes, ao contrário do que se objetiva com o mesmo, implica em manifesta iniquidade. Isso porque cabe ao Direito concretizar o ideal de justiça, por meio da regulação da relação de emprego, e não através de protecionismo na esfera jurisdicional.

Diante desse panorama, alerta Arion Sayão Romita:

“O ‘princípio da proteção’ presta-se, por vezes, a coonestar o acolhimento de pretensões postas perante a Justiça do trabalho, que não deveriam ser julgadas procedentes. Entra em cena aqui, a ‘pena’ que certos juízes do trabalho sentem dos reclamantes: ‘São uns pobres coitados’. ‘Deixem, porque faço justiça social à minha moda’. Ao ‘dar barretada com o chapéu alheio’ (condenável atitude!), o juiz que assim procede, além de agredir o sentimento de justiça, desconhece que apenas soluciona uma única controvérsia singular, e em nada contribui para a solução do problema macro: vê a árvore e não enxerga a floresta... (...) No início da formação histórica do Direito do Trabalho, quando a legislação se limitava a regular o horário do trabalho das crianças e as condições de trabalho das mulheres, e quando era proibida a coalizão operária, justificava-se tal atitude paternalista e protecionista. A partir, porém, do instante em que os sindicatos dos trabalhadores assumiram a posição (que lhes compete por direito de conquista) de contrapoder em face do capital e do poder político, ela não pode mais ser

²⁹ TST, 4ª T., RR 1033/2000-315-02-00.8, Rel. Juiz Conv. José Antônio Pancotti, DJ 11.03.05

assumida por aqueles que têm consciência do papel a desempenhar na análise das relações trabalho/capital.”⁽³⁰⁾

Do exposto, infere-se que, embora o princípio da proteção seja focado no hipossuficiente (empregado), não pode dar azo ao cometimento de injustiças contra o empregador. Deve, ao contrário, ser estendido a este último, a fim de fomentar a manutenção da relação de emprego. A função do Direito é regular a relação discutida sem, contudo, favorecer um dos sujeitos da relação jurídica, em detrimento da outra parte. Cumpre ressaltar que referido entendimento não gera prejuízo à concessão de garantias ao trabalhador, para compensar as desigualdades iniciais.

Tal posicionamento coaduna-se com o seguinte juízo, desenvolvido pela Desembargadora Olga Aida Joaquim Gomieri:

“(...) uma instituição tão importante e complexa como é a Justiça do Trabalho de hoje, para que atinja a verdadeira eficiência, exige grandes desafios, pois vive no epicentro das mais frequentes discussões, aquelas pertinentes às relações do trabalho, que envolvem quase tudo que se possa pensar existente nesse mundo eminentemente social e globalizado, em que devem ser respeitados tanto os direitos do trabalhador, como aqueles do empregador, posto que ambos são merecedores de toda a consideração.”⁽³¹⁾

Corrobora esse fundamento teórico o artigo 1º da Constituição Federal de 1988, sedimentado na livre iniciativa e na valorização social do trabalho. Portanto, o magistrado da Justiça do Trabalho deve prestigiar tanto o trabalhador, quanto o empregador (sentido de preservação da empresa), com o intuito de manter equilibrada a relação entre ambos e, por conseguinte, atingir a verdadeira justiça.

Do contrário, poder-se-á concluir que ao protegido (trabalhador) só interessará a proteção quando ela fundamentar (na maioria das vezes de forma implícita) a decisão judicial que acolha o pedido por ele deduzido na reclamação trabalhista.

Sendo assim, é evidente que a produção da prova testemunhal viciada deve ser descartada pelo juiz, já que são as provas que legitimam sua decisão. E,

³⁰ ROMITA, Arion Sayão. Direito e Justiça – lucubrações etimológicas (algo fútil) sobre o princípio de proteção. In: Revista LTr, vol. 73, nº 01, Janeiro/2009, p.23.

³¹ GOMIERI, Olga Aida Joaquim. Relação capital e trabalho – complexidade – desafio do judiciário em estabelecer o equilíbrio entre a proteção ao empregado X a preservação da empresa e do emprego. In: Revista LTr, vol. 75, nº 07, Julho/2011, p. 843.

portanto, a presunção de imparcialidade posta pela Súmula n. 357 do TST não deve ser acatada de plano pelo magistrado trabalhista. É imprescindível o exame criterioso de cada testemunha que figura no processo, de modo que não se macule a Justiça do Trabalho, bem como a integridade de suas decisões.

4.4– Possíveis consequências da aplicação irrestrita da Súmula 357 do TST

Hodiernamente, tem-se priorizado a celeridade processual, sob a crença de que a rapidez na resolução da lide implica na satisfação das partes quanto à prestação da tutela jurisdicional. Ocorre que não basta eliminar a morosidade se, para tanto, o conteúdo da decisão jurisdicional restar prejudicado.

Quando se aplica irrestritamente o entendimento consubstanciado na Súmula 357 do TST, segundo a qual não é suspeita a testemunha que litiga contra o mesmo empregador, certamente em primeiro grau o andamento processual será mais simplificado. No entanto, não resultará necessariamente em celeridade, porquanto a alegação de que a testemunha ouvida é suspeita dá ensejo a inúmeros recursos. Já o depoimento do informante não motiva na mesma intensidade a impugnação.

Ademais, a aplicação irrestrita da referida Súmula favorece a ocorrência de fraudes processuais, tais como a “troca de favores” e o “testemunho em rodízio”, eis que possibilita o conluio de empregados e escritórios de advocacia, partícipes de ações trabalhistas movidas em face do mesmo empregador, a fim de alcançar a tutela pretendida.

Na hipótese de “troca de favores”, empregados ajuízam demandas próprias contra o mesmo empregador, geralmente representados pelo mesmo advogado, com objetos semelhantes ou idênticos. Nessa circunstância, esses empregados arrolam-se reciprocamente para depor, nos respectivos processos, como testemunhas.

A Desembargadora Olga Gomieri relatou as seguintes experiências fáticas quanto à prática de “troca de favores”, durante o exercício de seu cargo jurisdicional:

“Vivenciei minha primeira experiência nesse sentido em 1988, quando na (então) Junta em que julgava, foram distribuídas simultaneamente 768 reclamatórias trabalhistas contra uma mesma empresa. No caso acima referido, uma única testemunha (profissional) depunha a favor de todos os reclamantes, com uma oratória e assertividade de fazer inveja a qualquer profissional do direito, convencendo a qualquer um que a ouvisse! Entretanto, essa mesma testemunha, a uma certa altura dos acontecimentos (...), pediu uma audiência especial e sigilosa com esta magistrada, e relatou a grande perfídia montada pelo escritório de advocacia que patrocinava todas aquelas reclamações: simplesmente esse escritório reunia, num imenso galpão, vários grupos de reclamantes, e os instruía quanto ao teor daquilo que deveriam depor para alcançar seus objetivos. (...) O caso assumiu proporções tão dantescas, que foi necessária a intervenção da Justiça Federal, para as providências criminais, contra todos os envolvidos: fossem os advogados, fossem as partes, fossem as testemunhas. (...) Depois dessa má experiência, inúmeras outras têm passado pelas mãos desta Desembargadora, agora especialmente a nível de Tribunal, mas a última e mais problemática tem sido o caso de uma importante fundação estadual, que agitou sobremaneira a Vara de uma pequena cidade de nossa região (com cerca de 20.000 habitantes) e tem movimentado até hoje nosso Tribunal da 15ª Região, chegando ao ponto de grande parte das respectivas ações rescisórias estar sendo promovida pelo próprio Ministério Público do Trabalho de Campinas, em busca da desconstituição das centenas de condenações exaradas contra esse órgão público, fundadas no conluio, na formação de quadrilha, na falta de ética dos advogados envolvidos (que fizeram uso de informações privilegiadas quando eram causídicos ou funcionários do Departamento Pessoal desses órgãos), e na troca de favores entre reclamantes e testemunhas, que falsamente depuseram sobre a existência de horas extras que nunca se realizaram.”⁽³²⁾

Ora, diante de tal conjuntura, verificamos indícios contundentes de que a testemunha que litiga contra o mesmo empregador pode não ser sempre isenta, tendendo a relatar fatos inverídicos capazes de influir o magistrado a proferir decisão que lhe convenha. Assim, ainda que a suspeição não seja presumida, ela não pode ser rejeitada de plano, devendo ser verificada em cada caso concreto, sob pena de se macular a integridade das decisões proferidas na Justiça do Trabalho e favorecer a prática de fraudes.

Destaca-se, ainda, que, diante da facilidade que o magistrado mais atento tem para verificar a “troca de favores”, astutamente os reclamantes passaram a valer-se do mecanismo “testemunho em rodízio”, bem caracterizado por Carlos Henrique da Silva Zangrando, no exemplo a seguir:

³² GOMIERI, 2011, p. 847

“(...) certa vez defendemos os interesses de uma empresa que fechou sua única filial, num grande centro urbano do País. Todos que lá trabalhavam foram dispensados, recebendo as parcelas trabalhistas devidas. Logo após, chega a primeira reclamação trabalhista, onde o ex-empregado A fazia certos pedidos, indicando B e C como testemunhas. Pouco depois, chega reclamação de B, com os mesmos pedidos, e patrocinada pelo mesmo advogado, indicando um C e D como testemunhas. Mais adiante vem a reclamação de C, com mesmos pedidos e patrocínio, só que indicando D e E como testemunhas, e assim por diante, criando verdadeira ‘família’ de reclamantes, todos monopolizados pelo mesmo causídico, e com pretensões idênticas, mas sempre tomando o cuidado para que não houvesse reciprocidade entre testemunhas e reclamantes. O objetivo é simples: obtendo-se a vitória num processo, a mesma ‘atuação’ das testemunhas de favor faz prever a vitória em todos os demais, pois que similares. Daí o claro interesse de todos os demandantes, na vitória dos demais, pois que isso a todos beneficiaria. (...) se esse não é o caso de suspeição, ante a evidência do ‘esquema de benefício processual mútuo’ articulado entre os reclamantes, não sabemos mais o que poderia sê-lo.”⁽³³⁾

Assim, concluímos pela imperiosa necessidade de criar parâmetros para aplicação da Súmula 357 do TST. Esses parâmetros se constituiriam na análise detida, em cada caso, não apenas da existência ou não de demanda daquela testemunha em face do réu, mas na possível existência de interesse na solução da lide em determinado sentido.

Desta feita, ao reitor do processo cabe agir com lucidez para identificar quando deverá ser declarada a suspeição de determinada testemunha, de modo a “conseguir perceber a realidade tal qual ela se nos apresenta no dia a dia de nossos trabalhos e apresentar soluções para as distorções do sistema”⁽³⁴⁾, pois somente assim estar-se-á zelando, verdadeiramente, pelos interesses dos jurisdicionados e pela razão de ser da própria Justiça.

³³ ZANGRANDO, 2008, p. 324

³⁴ GOMIERI, 2011, p. 847

4.5– Direito comparado

No direito alienígena, a suspeição da testemunha também é um instituto existente. Porém, no ordenamento de outros países, esse instituto traz implicações distintas das ocorridas no âmbito processual pátrio.

Conforme estudado alhures, a legislação brasileira não externou o que ensejaria a suspeição e, sim, trouxe um rol de situações que constituiriam tal condição. Sendo assim, postas taxativamente as hipóteses de suspeição, restringiu-se a discricionariedade do magistrado para avaliar a condição de imparcialidade, no caso concreto, de determinado sujeito. Quer seja para considerá-lo idôneo, quer seja para considerá-lo inidôneo para figurar como testemunha na celeuma.

Neste particular, equivocou-se o legislador brasileiro, pois inviabilizou que o diretor do processo (figura que está em contado imediato com as partes, testemunhas e provas) considerasse alguma outra causa que, para a resolução justa da lide, devesse implicar na suspeição da testemunha, ainda que não prevista em lei.

Um Judiciário que busca a paz social e a justiça como escopo de suas decisões, não pode admitir que o juiz se veja compelido a ignorar fatores que caracterizam a ausência de credibilidade de determinado testigo, no caso que preside, unicamente porque o legislador, ao criar a norma, não anteviu aquela situação fática. Assim é que a aplicação irrestrita da Súmula 357 do TST, segundo a qual não é suspeita a testemunha que litiga contra o mesmo empregador, demonstra-se abominável.

Destarte, verifica-se que a enumeração exaustiva das hipóteses de suspeição, tal como a prévia determinação de testemunha que não deve ser considerada suspeita, dificulta o alcance da verdade real que tanto se almeja. Por esta razão, demonstra-se mais acertado o direito alienígena de países como o Uruguai, que conceitua o instituto da suspeição ao invés de determinar taxativamente quem seria suspeito, delegando tal função ao tribunal; Itália, que possibilita à parte contrária realizar observações, quanto à testemunha, sobre possíveis condições que a tornam sem credibilidade para depor, antes de sua oitiva, cabendo à referida testemunha esclarecer o magistrado sobre tais condições, a fim de que este último possa fazer uma análise mais crítica do lre for narrado, bem como Alemanha e

Inglaterra, que não vedam previamente a oitiva de testemunha suspeita, mas deixam a critério do juiz considerar válido, ou não, seu depoimento, diante do caso fático.

Portanto, o ideal seria, mais uma vez, valorizar a figura do magistrado, para que o mesmo, perante a realidade judiciária, pudesse aquilatar as informações trazidas ao processo, de acordo com as peculiaridades que ali se apresentassem, guiando-se pelas máximas de experiência, pela razoabilidade e pela lógica, ao invés de figurar apenas como a “boca da lei”, já que muitas vezes a lei posta não se mostra capaz de efetivar a justiça a que se propõe.

4.6– Solução para a controvertida situação da testemunha que demanda em face do mesmo empregador

O processo, tendo como objetivo máximo a prática da justiça, por meio da tutela e concessão do direito a quem realmente o detenha, não pode ser campo de artimanhas, vinganças, favorecimentos e enriquecimento ilícito.

Assim, conforme salienta Zangrando, não podemos ignorar que:

“Como não se admite na demanda plúrima que um litisconsorte preste depoimento para o outro, também não devem ser valorizadas as declarações quando se percebe que as testemunhas e a parte que as arrolou postulam o mesmo direito, em face de um mesmo adversário, porque também um observador mais atento visualiza uma espécie de ‘litisconsórcio ativo material’, e não necessariamente processual”.⁽³⁵⁾

Logo, o magistrado, para exercer sua função com excelência, necessita ter a possibilidade de verificar e determinar, nas circunstâncias concretas, se a testemunha que demanda em face do mesmo réu é suspeita ou não, pois, se suspeita for, seu testemunho carecerá de isenção. Do contrário, estar-se-ia dando subsídio para que o depoimento testemunhal se transformasse em uma farsa, resultando em decisão fundamentada numa fraude.

³⁵ ZANGRANDO, 2008, p. 322

Destaca-se que a consideração tecida acima deve ser observada conjuntamente com o direito de ação e acesso à justiça inerentes ao trabalhador. Por isso, levando-se em consideração a situação de hipossuficiência do empregado e a característica eminentemente fática da relação trabalhista (sendo de extrema relevância a prova testemunhal neste ramo jurídico), a suspeição não deverá ser invocada de forma leviana.

Desta feita, um meio de conciliar o reconhecimento da suspeição sem, contudo, negar o direito de acesso à justiça e o direito de ação por parte do trabalhador, é a aplicação do artigo 405, § 4º, do CPC, cuja disposição possibilita a oitiva da testemunha contraditada como informante do juízo. Portanto, se necessário, o juiz ouvirá a testemunha suspeita, independentemente de compromisso, valorando o depoimento conforme lhe aprouver, de modo a imprimir justiça na sua decisão.

Assim, preserva-se o instituto da prova testemunhal, que possui grande relevância na Justiça do Trabalho, e, simultaneamente, coíbe o mesmo de se transformar em instrumento próprio para prática de fraudes.

5 CONCLUSÃO

A polêmica a respeito da prova testemunhal na Justiça do Trabalho, no que tange à suspeição da testemunha que litiga contra o mesmo empregador, pode ser dirimida se, de forma ousada, for seguida a posição daqueles estudiosos do direito que se voltam ao problema com uma análise de equilíbrio entre empregado e empregador, de forma a preservar a relação de emprego, sob a égide da justiça.

Isso porque, ao observar a prática forense, bem como as peculiaridades da prova testemunhal, percebe-se que vários fatores influem no ânimo da testemunha, o que interfere substancialmente na qualidade e veracidade do depoimento produzido por ela. Assim, analisada tal conjuntura pelo magistrado, pode ser que o mesmo entenda pela suspeição do depoente, ainda que ele não se enquadre no rol taxativo do artigo 829 da CLT, segundo o qual são suspeitos apenas o parente até o terceiro grau civil, o amigo íntimo e o inimigo de qualquer das partes.

Logo, diante das inúmeras situações que podem gerar narrativas fraudulentas, tais como o interesse no litígio, a “troca de favores”, o conluio entre a parte e o depoente e o “rodízio de testemunhas”, verifica-se que não se deve aplicar irrestritamente a Súmula nº 357 do TST.

É necessário que se permita ao juiz, mediante a aplicação do princípio da racionalidade, chegar à sua própria conclusão quanto à suspeição de determinada testemunha, de acordo com o caso concreto. Nesse sentido, o ideal seria que, diante da contradita, o magistrado investigasse a pertinência da mesma e pudesse acolhê-la ou rejeitá-la com fundamento na análise que fizesse sobre aquela testemunha específica.

Cumprido destacar, porém, que tal possibilidade em nenhum momento nega o direito de ação, nem as garantias processuais do contraditório e ampla defesa, pois não impede que a testemunha suspeita fale em juízo, já que essa poderá ser ouvida como informante, nos moldes do artigo 405, § 4º, do CPC.

Destarte, a contradita não deve ser aceita e tampouco rejeitada de plano, quando verificado que a testemunha demanda em face do mesmo réu. É preciso ir além, investigar se há real interesse no litígio. Caracterizado o interesse, deve-se acolher a contradita e declarar a testemunha suspeita, pois o envolvimento do

depoente implica na transmissão, ao juízo, daquilo que entende por certo, ainda que essa certeza não corresponda à realidade.

Sendo assim, concluímos que, patente a necessidade de ouvir os esclarecimentos que a testemunha contraditada (suspeita) tenha a prestar, a fim de solucionar a demanda, esta será ouvida como informante, possibilitando ao magistrado verificar e valorar as informações livremente, conciliando o direito de acesso ao judiciário e o direito ao contraditório com a justiça da decisão.

BIBLIOGRAFIA

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2011.

CARRION, Valentim. Comentários à CLT. 16. ed., São Paulo: RT, 1993.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A prova no processo do trabalho. 5. ed. São Paulo: LTr, 1991.

CARDOSO, Luciane. Prova Testemunhal. São Paulo: LTr, 2001.

PRATA, Marcelo Rodrigues. A Prova Testemunhal no Processo Civil e Trabalhista. São Paulo: LTr, 2004.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues, Curso de Direito Processual Civil. Vol II, Saraiva, São Paulo: 1963.

SANTOS, José Aparecido dos. Teoria geral das provas e provas em espécie. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). Curso de processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2009.

GORPHE, François. La critica del testimonio. Trad. Mariano Ruiz Funes. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1949.

ZACCURI, Giuseppe. La comunicazione verbale e non. In: FORZA, Antonio (org)Il processo invisibile, Marsílio, Veneza 1997.

ALTAVILLA, Enrico. Psicologia Judiciária. Trad. Fernando Miranda. Coimbra: Armínio Amado, 1981. vol. I

NORONHA, E. Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. 17 ed., Saraiva, São Paulo: 1986.

GIORDANI, Francisco Alberto da Motta P. Aspectos da prova testemunhal no processo do trabalho. In: Revista LTr. vol. 70, nº12, Dezembro/2006.

VIANA, Márcio Túlio. Aspectos curiosos da prova testemunhal – sobre verdades, mentiras e enganos. In: Revista LTr, vol. 73, nº 10, Outubro/2009.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. O problema da suspeição da testemunha que demanda em face do réu, e outras questões. In: Revista LTr, vol. 72, nº 03, Março/2008.

GOMIERI, Olga Aida Joaquim. Relação capital e trabalho – complexidade – desafio do judiciário em estabelecer o equilíbrio entre a proteção ao empregado X a preservação da empresa e do emprego. In: Revista LTr, vol. 75, nº 07, Julho/2011.

GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. O princípio protetor no Direito do Trabalho – Ainda necessário, nos dias que correm, como fora outrora?. In: Revista LTr, vol. 74, nº 06, Junho/2010.

ROMITA, Arion Sayão. Direito e Justiça – lucubrações etimológicas (algo fútil) sobre o princípio de proteção. In: Revista LTr, vol. 73, nº 01, Janeiro/2009.

STF, 2ª T., RE n.220.329/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 20.4.01, p. 139, Ement. v. 2027-10, p. 2.069

TST, 4ª T., RR 779678, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ 08.11.02

TST, 4ª T., RR 1033/2000-315-02-00.8, Rel. Juiz Conv. José Antônio Pancotti, DJ 11.03.05