

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

VINÍCIUS DE CARVALHO MACHADO

**A PROVA ORAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO: MEIO FORMADOR DA
VERDADE**

Florianópolis

2015

VINÍCIUS DE CARVALHO MACHADO

**A PROVA ORAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO: MEIO FORMADOR DA
VERDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Antonio
Temponi Lebre

FLORIANÓPOLIS

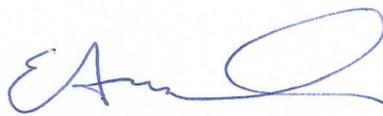
2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

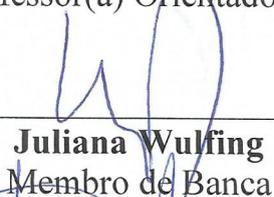
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A prova oral na justiça do trabalho: meio formador da verdade**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Vinícius de Carvalho Machado**, defendido em **01/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **9,75** (**NOVE E SETENTA E CINCO**), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 01 de julho de 2015



Eduardo Antônio Temponi Lebre
Professor(a) Orientador(a)



Juliana Wulffing
Membro de Banca



Jazam Santos
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina

Centro de Ciências Jurídicas

COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E

ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Vinícius de Carvalho Machado

RG: 4.643.786

CPF: 084.533.389-57

Matrícula: 10200084

Título do TCC: A prova oral na justiça do trabalho: meio formador da verdade

Orientador(a): Eduardo Antônio Temponi Lebre

Eu, **Vinícius de Carvalho Machado**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 1 de Julho de 2015

AGRADECIMENTOS

Por primeiro ofereço toda a minha gratidão a Deus pela oportunidade de concluir essa etapa da minha vida, dando-me coragem para enfrentar todos os desafios que me fizeram percorrer até esse momento, sem medo.

À minha mãe, Gizele Pandino de Carvalho Machado, que sempre ao meu lado esteve me apoiando, me incentivando, enfim, me orientando e utilizando toda a sua experiência na área do Direito.

Ao meu pai, Alfredo Machado Neto, sou grato pelo carinho e zelo que sempre teve comigo para que eu pudesse seguir dia após dia na minha vida acadêmica.

Ao meu irmão, Leonardo de Carvalho Machado, que apesar de sempre distante da família, uma vez que reside fora do país, me espelho a cada dia por ser um homem reto e estudioso.

À minha família e amigos, os quais também sem eles essa jornada não teria um final tão gratificante nesta etapa da minha vida.

Ao meu orientador, Professor Doutor Eduardo Antonio Temponi Lebre, aos Mestres e aos Doutores desta Instituição, que com todo respeito pelos seus discentes, sempre buscaram orientar seus discípulos, com muita ética e moral, auxiliando para conduzir seus caminhos nesta nova profissão.

Por fim, toda a oportunidade que me foi oferecida pela Universidade Federal de Santa Catarina, onde passei toda a minha vida acadêmica, desde o Ensino Fundamental, passando pelo Médio no Colégio de Aplicação até a Graduação do Curso de Direito, pois sem este apoio não obteria a melhor chance de estudar em uma instituição de ensino considerada umas das mais respeitadas deste país, o meu eterno agradecimento.

RESUMO

Esse trabalho se deu origem acerca da necessidade de rever a posição do Juiz do Trabalho no que se refere à sua função jurisdicional enquanto analisado seu poder, para produzir força com responsabilidade de julgar um contencioso entre o forte e o fraco. Para isso, buscaram-se elementos na prova oral que possam chegar a uma verdade aproximada, considerando a utilização da prudência no momento da investigação, pois é elemento fundamental na colhida da oitiva dos fatos. Observando o aspecto social das partes, empregador-empregado, e o grau de liberdade na apreciação da prova, a carga probatória segue-se mais pesada sobre a empresa, uma vez que embutido o axioma da inversão do ônus da prova, favorece ao empregado a oportunidade do seu pleito. O legislador adotou uma atitude anti-igualitária no Processo do Trabalho, entendendo que nesta fase, que toma corpo a desigualdade dos meios de prova postos à disposição do trabalhador e de seu empregador, a prova oral dá corpo ao processo, estruturando-se como espinha dorsal. A judicatura se vale de recursos técnicos-científicos, porém há que se comprometer também com o ético-estético, uma vez que na qualidade de agente transformador da sociedade contemporânea, comprometido com a cidadania, o Juiz promove a alteração de práticas distorcidas, o que o leva a um devir. Para isso, na busca da verdade aproximada, ele passa por uma leitura dinâmica dos fatos postos em julgamento, munido do pensamento jurídico-crítico, transmudando os procedimentos tradicionais e operando com bastante equilíbrio, mormente em se tratando da inversão do ônus da prova. Na tentativa de extrair a verdade aproximada da prova existente nos autos, respaldado tanto na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT quanto no Código de Processo Civil – CPC e noutros instrumentos admitidos por lei, também se norteia utilizando a sensibilidade, a sagacidade e a flexibilidade de espírito, para não perder e deixar escapar quaisquer singularidade em relação à questão a ser avaliada. Levando em conta a Prova Oral uma ferramenta tão fundamental, concluiu-se que o Juiz do Trabalho, adequado aos fatos, tem um papel crucial na formação da verdade relativa, quando, através do Devir, faz o uso de forças ativas e exerce o papel de Juiz-cartógrafo-cidadão.

Palavras-chave: Prova Oral. Juiz do Trabalho. Devir. Processo do Trabalho. Princípios da Prova Oral.

ABSTRACT

This study was developed in order to review the role of Labor Judge's with regard to his jurisdictional position and the power granted to be in this role, to produce legal force with responsibility to judge a dispute between the strong and the weak. For this, elements are searched in the oral test that can reach an approximate truth considering the use of prudence at the time of investigation, because it is a key element in the harvested from oral testimony of the facts. By observing the social aspect of the parties, employer-employee, and the degree of freedom in assessing the evidence, the evidentiary burden follows heavier on the company once it is built the axiom of reversing the burden of proof in favor to the employee for his claim. The legislator adopted an anti-equitable attitude in the Labour Law Procedure, understanding that this stage, that takes shape inequality of evidence made available to workers and their employers, the oral test gives body to the case, giving to the whole process a framework and solid structure. The judiciary relies on technical and scientific resources, however we must also be committed to the ethical-aesthetic, since as a transforming agent of contemporary society, committed to citizenship, the Judge promotes changes on distorted practices which takes you to a becoming. Thereunto, searching an approximate truth, he goes through a dynamic reading of the facts put on trial, provided the legal and critical thinking, transmuting the traditional procedures and operating with adequate balance, especially in the case of reverse burden of the proof. In an attempt to extract the approximate truth of the existing facts on the records, supported both the Consolidation of Labor Laws as the Civil Procedure Code, and other instruments permitted by law, also is guided using esthesia, wisdom, and flexibility of mind to not to lose and miss out any singularities of the issue being evaluated. Taking into account the oral test as a fundamental tool, it appears that the Labour Judge, appropriate to the facts, has a crucial role in the formation of relative truth.

Keywords: Oral Test. Judge. Becoming. Labour Procedure. Oral Test Principles.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	9
2. Uma visão crítica e o poder como potência.....	12
2.1 Reflexão sob as óticas filosófica, lógica e metafísica	12
2.2 Bases da investigação.....	15
2.3 O justo ou a forma?	18
2.4 Paradigmas Ético-Estéticos	20
3. O Direito-atividade – A prova judiciária na esfera trabalhista.....	23
3.1. A Prova Oral estruturada dentro de um sistema capitalista	23
3.2 Análise da Prova Oral sob a ótica da Consolidação das Leis do Trabalho e do Código de Processo Civil	28
3.3 Em busca da verdade e da certeza.....	35
4. Releitura dos Princípios Gerais no Processo – instrumento utilizado pelo Juiz do Trabalho para uma ação em Devir	39
4.1 Princípios basilares do Direito Público.....	39
4.2 Princípios inerentes à jurisdição	41
4.3 Princípio da Verdade Real no Processo do Trabalho	42
4.4 Princípios que regem a Prova Oral no Processo do Trabalho.....	43
4.5 O Juiz em Devir	49
5. Considerações finais	55
6. Referências bibliográficas.....	59

1. Introdução

A proposta do trabalho é demonstrar como o Juiz do Trabalho busca um mundo jurídico mais justo utilizando a espinha dorsal do Processo do Trabalho que é a Prova Oral. Na presente pesquisa, ele é o intercessor social, o cartógrafo, o político-jurídico, o homem que serve de meio de captação.

Será feita uma análise à cultura jurídica estratificada por um sistema de representações, apresentando o papel tanto do Juiz-cidadão quanto do jurisdicionado.

O Juiz ao aderir a princípios tidos por certos e indiscutíveis, estreita a visão do Direito, complexo orgânico de onde derivam as normas e as obrigações, tornando-se um sistema inadequado. Importante se faz relevar que a cristalização trazida pelo modelo tradicional, ao aprisionar o Magistrado a dogmas, fá-lo perder a mobilidade do acaso e, em consequência, a grande oportunidade que lhe é trazida pelo vis-à-vis com as partes e testemunhas, quanto à coleta da Prova Oral.

Na busca de promover a agilização do processo, outras soluções comprometedoras também são lançadas quando se utiliza o interrogatório online, sob o manto da modernidade e da economia, subtraindo do jurisdicionado o contato direto com o julgador, oportunidade única de se ver captado, sob o calor do olhar, verdades ou razões, as quais são relevantes para a aplicação do Direito *in casu*.

A Prova Oral, por abranger tanto aspectos objetivos, quanto subjetivos e diretamente atuar na formação do convencimento do Juiz, relativamente à existência ou inexistência dos fatos trazidos à colação, age em consequência na própria solução do problema, marcando sua essencialidade para o processo e releva conotação a ser dada ao Juiz instrutor.

A investigação é processada a partir do método dedutivo, assim entendido por ORIDES MEZZARROBA; CLÁUDIA SERVILHA MONTEIRO (2009, p. 65), a partir de argumentos gerais se chegam a argumentos particulares, ou seja, primeiramente são estudados argumentos considerados verdadeiros, aqueles que são inquestionáveis para então alcançar conclusões formais, sendo, nesta pesquisa, destacada a importância da atuação do Juiz na coleta da Prova Oral para a vida social contemporânea.

O relato da pesquisa é trazido em forma de monografia disposta em três capítulos, com resultados sumariados nas considerações finais.

No primeiro capítulo (item 2) foi exposta uma crítica ao pensamento jurídico que norteia a formação do Juiz do Trabalho através de uma reflexão sob as óticas filosófica, lógica e metafísica (tentativa de explicar o porquê das coisas), enquanto examinados os obstáculos a superar, foram traçadas as bases de investigação. Na procura de novos valores, traçando estratégias a fim de romper os dogmas, as forças reativas, lança-se uma nova forma de ver o poder, realçando a importância de estar o Juiz do Trabalho comprometido com a Justiça Política, a transvaloração dos paradigmas hoje utilizados em Paradigmas Ético-Estéticos.

No segundo capítulo (item 3), faz-se um estudo no sentido de expor algumas formas de colocar a Prova Oral no Processo do Trabalho a serviço do Direito-Atividade, alcançando, assim, o Real Social, produção de vida enquanto realidade, ou seja, sempre em Devir, não existe real fora do social. Para esse conhecimento a pesquisa buscou na história suas transformações através do tempo, chegando até a fase do sistema capitalista. Reproduz-se alguns conceitos acerca da prova, analisando a Prova Oral de forma prática sob a perspectiva da Consolidação das Leis do Trabalho e do Código de Processo Civil.

No terceiro capítulo (item 4), trabalham-se os Princípios do Direito Público, da Jurisdição e da Prova no âmbito trabalhista, para ferramentar o Juiz na fundamentação, na orientação da interpretação e na utilização como fonte subsidiária, auxiliando na distribuição da Justiça e na solução de problemas. Também foi abordada a necessidade de repensar o papel do Juiz do Trabalho como uma função cidadã, capaz de expressar a interação entre o sujeito emissor de um juízo e o objeto incidente do mesmo, socialmente contextualizados. Ao Magistrado, como captador dos fatos e intercessor social, é proposto o agenciamento a outros órgãos e segmentos da sociedade, para que, deixando o conservantismo, abrace o Devir.

O Devir pode ser melhor entendido a partir da lição de Heráclito, cerca de 500 a.C., o qual escreveu que tudo flui e nada permanece, tudo dá forma e nada permanece fixo. Você não pode pisar duas vezes no mesmo rio, pois outras águas, e ainda vão fluir. Sob a ótica nietzschiana: implica num vir a

ser, em uma mudança de pensamento, o qual, por diferenciado, está a exigir um princípio novo, fora da ciência.

As considerações finais trazem uma síntese de uma forma de rever a atuação do Magistrado do Trabalho em Devir, movimentado por uma força ativa ao exercer o papel de Juiz-cartógrafo-cidadão na oitiva da Prova Oral no processo, afinal deste Juiz se diz um Político de Direito.

2. Uma visão crítica e o poder como potência

2.1 Reflexão sob as óticas filosófica, lógica e metafísica

O Juiz do Trabalho deve estar consciente de que há obstáculos a superar, fazendo críticas sérias, caso se queira criar e operar um direito útil. Trata-se de pensar na revisão do Direito como se fosse possível reescrever a História, exigindo um pouco de cautela, sob pena de desestabilizar o Estado e as suas instituições. A tarefa de juntar as fontes do Direito às representações jurídicas subjacentes há que ser, assim, suportada por forte sustentação teórica e caminhar para a melhor interpretação ou para a própria alteração do texto de lei.

Identificar obstáculos no mundo do conhecimento pressupõe crítica, cuja regra é “colocar-se do ponto de vista de quem fala [...]” para tratar a palavra “[...] como uma atividade real [...] onde um termo só quer dizer alguma coisa na medida em que aquele que o diz quer alguma coisa ao dizê-lo.” DELEUZE (1976, p.61). Ao assim direcionar o pensamento crítico, busca-se atribuir-lhe um sentido mais amplo, qual seja o de verdadeira razão de ser de uma teoria científica, passando esta proposta de estudo, necessariamente, pelas vias de acesso do Direito à cientificidade.

Para reavaliar o Direito-Ciência é preciso dar um enfoque cultural, já que

O estado da cultura no qual o homem, às custas de sua dor, sente-se responsável por suas forças reativas será oposto, ponto por ponto, ao estado de má consciência no qual o homem, ao contrário, sente-se culpado por suas forças ativas e sente-as como culpadas. De qualquer maneira que consideramos a cultura ou a justiça, em toda parte vemos nelas o exercício de uma atividade formadora, o contrário do ressentimento, da má consciência. GILLES DELEUZE (1976, p. 113).

É profunda a distância entre a teoria e a prática no Direito, sem que se possa caracterizá-lo como ciência exata, pode dele ser dito tratar-se de ciência aproximativa, porque dá mostra à sua fragilidade. O estudante de Direito se distancia da prática, já que as cadeiras, os manuais ou os tratados mostram uma matéria bruta dada pela prática jurídica.

Neste entendimento, o Direito seria, assim, uma arte, mas dominada implicitamente pela ciência, que ocupa lugar de destaque. Essa afirmação oculta, no entanto, a relação que existe entre a ciência jurídica e a arte do Direito. De fato eles não estão separados, já que tudo se passa, na realidade, como se a ciência não fosse aqui mais do que a auxiliar. E isso causa duas consequências.

Em primeiro lugar, a pretensão dos teóricos do direito de constituir uma ciência, é imprópria para dar conta do que realmente é produzido. A ciência jurídica, atualmente, chega a ser uma apresentação exaustiva de amostragens de regras e de instituições. A dificuldade científica de hoje é a de que cada ano surgem novos problemas para serem analisados e os ensinamentos jurídicos acabam se tornando cheios de técnicas e detalhes.

Outra consequência é a que o jurista teórico não faz mais do que “refletir” o sistema jurídico que julga estar a analisar e, bem como, participar de sua reprodução. Fazendo isto ele não só molda todo o seu pensamento, mas também integra todos os que estejam escutando-o ou lendo-o. E ainda certas técnicas ou instituições são universais e naturais. Não é mais possível utilizar o que era dito e mostrado no passado, já que existem novas regras, novas teorias, etc. É necessário um pensamento teórico, crítico, para poder se integrar ao que vem surgindo.

Originariamente, fruto não da sociedade ou de seu modo de transformação, mas simples reprodução da vontade divina, não era permitido ao jurista mais que sua atrelagem ao ensino teológico, já que o poder do príncipe e as relações havidas entre os homens se encontravam marcadas pelo poder de Deus, pela Criação e por Sua ordem.

O fim do século XVIII, marcado pelo jusnaturalismo, trouxe a dominação da burguesia emergente empenhada em combater o feudalismo, impondo suas regras à sociedade ainda em transformação. A partir da Revolução Francesa, a burguesia, dominante no sistema sociopolítico da época, transforma o estudo do Direito, que antes encontrava sua origem e fim na natureza, no estudo da norma ditada pelo legislador.

O esforço empreendido pelos juristas ao longo do tempo, no sentido de se emancipar de conceitos e de formas de raciocínio, para empreender uma investigação isenta e dar aos seus estudos um caráter mais objetivo, pouco

tem feito efetivamente, no sentido de transvalorar o Direito e as relações sociais.

Também há que se falar na neutralidade como consequência da própria ideologia do Direito Positivo, que proíbe qualquer ingerência no campo dos valores.

O empirismo, aceito como acesso ao estudo científico, todavia, não dá ao jurista a simples observação, uma vez que é vedada ao cientista atrelar-se à teologia ou à metafísica, igualmente não lhe é permitido priorizar experiência, como representação ilusória que é, no mundo das investigações.

O idealismo como corrente filosófica tem por escopo o campo do Espírito ou da Ideia. Os juristas se valem do idealismo como mecanismo intelectual, sem o rigor da posição filosófica, ao se permitirem partir da premissa da universalidade das normas, apartando-as assim, do contexto social, obtendo resultados, às vezes catastróficos.

A Justiça do Trabalho e, conseqüentemente, seus Juízes tem se voltado, em sua maioria, para a proteção dos fracos em detrimento do equilíbrio e da Justiça-Política¹. Neste ponto, há uma dificuldade em não se subordinar à imagem, em não tomar a representação pela realidade, reproduzindo-a. Tudo se passa no campo das forças reativas. A dívida perde o caráter liberativo para passar a responsabilidade-culpa e tornar-se irremissível.

Ante a possibilidade de estar o jurista ou Juiz instrutor do Processo do Trabalho atrelado a dogmas há muito ultrapassados (força reativa) e, assim, encontrar-se alinhado a uma determinada cultura, é dado o alerta para se formar uma nova concepção de valores (força ativa).

Subestimar o manuseio da Ciência Jurídica colocada a serviço da ideologia social dominante é, encobrir um universalismo que ignora os contextos geográfico e histórico para expressar uma racionalidade alimentada por sua própria produção. É, também, recair num pluralismo de explicações, todas equivalentes e, portanto, viáveis; além de interiorizar e transmitir uma visão conformista, como se os problemas da humanidade fossem os mesmos ao longo de séculos.

¹ Forma eficiente de controle social.

Distanciado da teoria da história, o aplicador do Direito sem esta visão, abdica do conhecimento real. Deixa, no tempo, o drama existente. Permite-se envolver pelo idealismo tradicional, outro obstáculo a ser ultrapassado. Neste passo, a crítica feita não está a sugerir que o jurista seja eclético, mas que ele esteja situado dentro de uma dinâmica aberta a outros conhecimentos que o retirem do claustro, trazendo-lhe para mais próximo à realidade dos acontecimentos.

Dito isso, se ao cultor do Direito compete buscar soluções, atribuir à legislação boa ou má a produção de um trabalho satisfatório ou insatisfatório, já não se justifica.

“Concebeu-se a vontade de poder² como se a vontade quisesse o poder, como se o poder fosse o que a vontade queria; conseqüentemente fazia-se do poder algo representado, fazia-se do poder a ideia do escravo e do impotente, julgava-se o poder de acordo com a atribuição de valores estabelecidos já prontos, [...]” GILLES DELEUZE (1976, p. 69).

Diante deste quadro, estando o Homem reativo exposto à contemporaneidade, este que se encontrava atrelado aos dogmas e à ideologia dominante, arrisca-se apontar para atividade genérica, criativa, como solução e, não em nível de Direito Alternativo, mas sim de instrumentalidade do processo, na certeza de que ultrapassar ideias dominantes implicando em constatar e assumir o risco de, ao produzir um pensamento novo, o aplicador do Direito rompe com o pensamento precedente. É preciso, portanto, deixar de lado as vaidades e pagar o preço da investigação.

2.2 Bases da investigação

Afastado o conservantismo, é fundamental demonstrar como o Juiz do Trabalho na, Prova Oral, deve se alinhar à reconstrução de sua ação, ou

² “[...] A vontade de poder é portanto atribuída à força, mas de um modo muito particular: ela é ao mesmo tempo um complemento da força e algo interno. [...] é sempre pela vontade de poder que uma força prevalece sobre outras, domina-as ou comanda-as.[...]” GILLES DELEUZE (1976, p. 40, 42).

seja, sair da imanência³ para delinear como e quando pode vir a atuar como intercessor social.

A realidade aponta para o campo da prova oral, como mais propício para que, através dele, possa o Magistrado medir a extensão da possibilidade de sua atuação na esfera das relações de emprego, seja quando propõe as bases da transação, seja quando catalisa forças ativas ao mobilizar outros órgãos para que atuem sobre o problema, no âmbito de suas esferas de competência, tais como o Ministério Público, a Vara da Infância e da Juventude, o Ministério do Trabalho e Emprego, ou da Fazenda, dentre outros que, irmanados, buscam soluções que ultrapassam o caso em julgamento, já que tem todos por fito mudar o quadro social.

O Juiz, homem de conhecimento dotado de impecabilidade, implacabilidade e paciência, não poderia ter no Direito uma visão simplista, fundada pura e simplesmente nas instituições jurídicas para a elas dirigir seu olhar, ele não deveria estar comprometido com o idealismo dominante. A lei, como força ativa exerce sobre o homem uma forma positiva de pressão, na razão em que contribui para a sua integração. Assim, havendo falha na lei, a superação se recorre à doutrina e a jurisprudência.

Vale a pena esclarecer o conceito de força ativa e reativa, no artigo escrito por Maurício Mangueira e Eduardo Maurício da Silva Bonfim:

[...] Para Nietzsche este sintoma seria a predominância, na cultura ocidental, de um determinado tipo de forças: existem forças ou modos de viver que são responsáveis por depreciar a vida, subjugando-a a valores considerados superiores. Mas também haveria outro tipo de forças responsáveis por afirmar a vida, considerando-a como princípio último de avaliação.

Aqui podemos perceber mais uma vez a importância do pensamento de Nietzsche para Deleuze. Utilizando-se da tipologia nietzschiana das forças, o filósofo francês mostrará que, se é verdade que existe uma intrínseca correlação entre vida e pensamento, haveria forças que exigiriam uma atividade de reconhecimento no pensamento, bem como forças que desencadeariam no pensamento outro tipo de atividade: não mais uma atividade puramente contemplativa e rememorativa, mas um procedimento criativo por meio do qual um pensamento afirma a sua força-diferença e a própria vida. É claro que, de certo modo, já podemos encontrar esta ideia presente na obra de Nietzsche. [...]. (MAURÍCIO MANGUEIRA; EDUARDO MAURÍCIO DA SILVA BONFIM, 2014)

³ Presença de um ser superior dentro de um mundo físico, um ser onisciente, onipresente e onipotente.

No livro “Nietzsche e a filosofia”, escrito por Gilles Deleuze, nos traz a tipologia das forças. O pensador alemão apresenta dois tipos: as forças ativas e as forças reativas.

Forças ativas são caracterizadas pelo poder de criar e desenvolver novas formas, novos pensamentos, sendo, portanto, consideradas forças superiores.

Forças reativas, no entanto, são forças predominantemente conservativas e adaptativas. Deste modo pode se dizer que são forças inferiores, entretanto não se deve ignorar o fato de que elas continuam sendo forças, mesmo sendo consideradas inferiores. Isso se deve ao fato de que elas só podem ser pensadas levando-se em consideração as forças superiores ou ativas.

Arrematando ainda os conceitos com muita propriedade, é citado Gilles Deleuze, o qual segue com seu pensamento:

Mas cada vez que marcamos assim a nobreza da ação e sua superioridade sobre a reação, não devemos esquecer que a reação designa um tipo de forças tanto quanto a ação, com a ressalva de que as reações não podem ser captadas nem compreendidas cientificamente como forças se não as relacionarmos com as forças superiores que são precisamente de um outro tipo. Reativo é uma qualidade original da força mas que só pode ser interpretada como tal em relação com o ativo, a partir do ativo. (MAURÍCIO MANGUEIRA; EDUARDO MAURÍCIO DA SILVA BONFIM apud. GILLES DELEUZE, 2014).

Daí as conclusões de Maurício Mangureira e Eduardo Maurício da Silva Bonfim trazerem com bastante lucidez, cristalizando os conceitos de força ativa e reativa:

Ressaltar que as forças reativas não perdem sua condição de força é importante pelo seguinte fato: a característica principal de qualquer força, seja ela ativa ou reativa, é estabelecer sua diferença em relação às outras forças por meio de uma ação. Agir é a propriedade essencial de toda e qualquer força, mesmo que essa ação seja, em última instância, uma re-ação. Assim, existiria tanta ação na força reativa quanto na ativa, com uma diferença: na força ativa a ação possui um caráter de afirmação, de devir. Já na força reativa a ação possui um caráter de negação, de conservação. A ação das forças reativas é na verdade uma negação às forças ativas, uma re-ação a essas forças, um travamento. As forças reativas agem separando as forças ativas do que elas efetivamente podem. É por isso que, de uma perspectiva nietzschiana, as forças reativas são inferiores. Se

elas não podem ser pensadas sem se levar em consideração as forças ativas é justamente porque sua ação é uma re-ação a esse outro tipo de forças. (MAURÍCIO MANGUEIRA; EDUARDO MAURÍCIO DA SILVA BONFIM, 2014).

Ao se ter presente que o *querer* liberta, abre-se novas esperanças de transformação que, aplicadas à vida funcional, apresentam um outro ver, sentir, criar. O poder há que ser visto como “elemento genético e diferencial na vontade.” (DELEUZE 1976, p. 69-70).

Ao Juiz, Político-Jurídico⁴, é possível, se superar obstáculos, transformar o Direito em atividade, vez que, fazendo-se canal de captação das intensidades, através da coleta da Prova Oral, senhor da realidade existente em sua Jurisdição, torna-se capaz de avaliar⁵ as forças em presença e, a partir desse ponto, agir como intercessor social, atingindo diretamente na sociedade, promovendo o reencontro da teoria com a prática, extraíndo do negativo a possibilidade de poder afirmar, atuando como agente facilitador da transvaloração de uma realidade distorcida, seja através de composições propostas, seja por intermédio de suas sentenças ou da captação de outras forças afinadas com este pensar.

2.3 O justo ou a forma?

A ética da responsabilidade, voltada para o julgamento das atitudes sociais, incluídas a do Estado, está a exigir do Magistrado uma postura política, um estar em *Devir*. Para isso, impõe-se, a priori, situar o lugar do poder ocupado pelo Juiz do Trabalho, dados os possíveis desdobramentos trazidos ao exercício desta função.

Atribuir a esse lugar a possibilidade de satisfação de uma vontade egóica implica na renúncia da afirmação da própria potência, que, por capturada, retira da vida o valor que esta tem. Ao conferir ao lugar de poder uma conotação representativa, submete-se o Juiz a uma necessidade de reconhecimento em sintonia com os valores em curso em uma sociedade dada,

⁴ “[...]todo aquele que, impregnado de humanismo jurídico e treinado na crítica social, apresente-se com a perspectiva das possibilidades, ponha sua sensibilidade e sua experiência a serviço da construção de um Direito que pareça mais justo, legítimo e útil.” MELO (1994, p. 131-132).

⁵ Determinar a vontade de poder que atribui certo valor a um fato

na atualidade, a capitalista, que deturpa o verdadeiro papel na proporção em que faz deste lugar medida de competição.

Capturado, a serviço dos valores representados, distancia-se o Juiz do que pode, do que realmente representa a ação de poder – o criar.

A vontade de dominar, como representação que é, se faz apenas aparência e incita o Juiz do Trabalho, munido de uma vontade diferente, criativa, para buscar no exercício da função jurisdicional, valores novos. Assim afirme sua diferença, considere sua aptidão para atuar na realidade posta, valendo-se de todas as possibilidades que o exercício deste poder lhe põe nas mãos.

Neste ponto, há que se concluir que o poder encontra-se estratificado, engessado. A modelização que o estatiza, nada mais representa que uma integração

[...] operação que consiste em ‘traçar uma linha de força geral’ [...]. Os fatores de integração, agentes de estratificação, constituem instituições: o Estado – mas também a Família, a Religião, a Produção, o Mercado, a própria Arte, a Moral... As instituições não são fontes ou essências e não tem essência ou interioridade. São práticas, mecanismos operatórios que não explicam o poder, já que supõem as relações e se contentam em ‘fixá-las’ sob uma função reprodutora e não produtora. [...] são problemas de captura bastante variáveis [...]. Se a forma-Estado, em nossas formações históricas, capturou tantas relações de poder, não é porque estas derivem daquela; ao contrario, é porque uma operação de ‘estatização contínua’, [...] produziu-se na ordem pedagógica, judiciária, [...]. Se procurarmos, a partir daí, definir o caráter mais geral da instituição, seja o Estado ou outra, tenderíamos a concluir que ele consiste em organizar as supostas relações poder-governo, que são relações moleculares ou ‘microfísicas’, em torno de uma instancia molar: [...] ‘a’ Lei, no Estado, [...] o Dinheiro, o Ouro ou o Dólar, no mercado.[...] DELEUZE (1998, p. 83-84).

Na razão em que a atualização só se faz, criando, eis aqui a diferença, conhecedor do lugar de poder que ocupa, caso o ponha a serviço das forças em presença, o Juiz torna-se capaz de, cartografando-as⁶, promover integrações parciais ou locais sobre as singularidades que lhe foram apresentadas, de forma a transmutá-las em utilidade social, participar da História, já que seu lugar é, tão somente, um campo aberto às mutações.

⁶ A cartografia é a capacidade de compreender as mutações dos contornos e configurações dos fatos sociais, mapeando os diversos acontecimentos e as constantes variações.

Dentro desta concepção, o exercício do poder do Juiz é tido como força dentro de um campo de forças, o Direito é pensado como atividade e o termo Justiça é visto como categoria cultural, formada de ideias advindas do próprio corpo social do qual o Juiz é parte.

2.4 Paradigmas Ético-Estéticos

O Juiz do Trabalho, ao atuar dentro de um processo que se pode chamar de diferenciação social, onde aspectos de uma sociedade pluralista e dinâmica se apresentam, vê-se de frente a um positivismo inacabado. Invade, todavia, uma subjetividade que, por sua diferença, dá passagem a uma nova política do ser, onde várias áreas de conhecimento têm seu papel, contaminando o Direito com as mudanças vindas dos campos da Ciência e da Filosofia. Surge então um novo paradigma, chamado estético, gerador de nova ordem, de novos códigos de existência, de novas estruturas, formas de dizer o Direito.

Dispositivo político por natureza, o paradigma Ético-Estético serve como instrumento para que o Juiz do Trabalho interfira ativamente nas relações de emprego, servindo de orientador das escolhas, na formação das objetividades e subjetividades, como se estivesse facilitando a moldagem de uma obra de arte.

Nisto intervém a Política Jurídica que, descompromissada com os paradigmas em extinção, privilegia estas duas áreas da Filosofia esquecidas pela História: a Ética e a Estética, a primeira, vista como ética de vida e da responsabilidade de prever e rever comportamentos e a segunda, como “[...] elementos universais de harmonia da convivência humana.” MELO (1994, p. 19).

Desta forma, se

“O Direito e a Política na transmodernidade poderão estimular as estratégias necessárias para autonomia das pessoas e da Sociedade, a fim de que estas tenham possibilidades de ser criativas e de buscar razões mais profundas de viver. Falo de vida em que o respeito ao outro e a beleza no exprimí-lo sejam suas marcas indeléveis e sua busca permanente.” MELO (1994, p. 19),

necessariamente, atribui-se ao Juiz do Trabalho o dever de repensar o Direito e suas técnicas de atuação.

Assim, diante de uma realidade onde não existem normas prontas, as quais são capazes de atender aos anseios da sociedade, se impõe novas formas de colher a Prova Oral, de dizer o Direito, que, segunda as lições de HÖFFE (1991, p. 368), traduzem-se em estratégias de Justiça Política, estratégias não de positivação, mas de avaliação. Já não há mais lugar para discursos éticos-políticos puramente teóricos, tornou-se imperativo aliar a teoria à prática.

Realçada a importância de ultrapassar o fetichismo do justo e da forma, lançada uma nova forma de ver o poder, volta-se ao ponto de partida, onde outras questões se apresentam: Que caminhos tomar? Que meios utilizar? Como criar e operar esta nova forma de atuação do Juiz e a busca da verdade na Prova Oral?

Em socorro a estas questões, podem vir a experiência profissional e engajamentos político e cultural. Isto equivale a dizer que o Juiz integrado às pessoas e à sociedade, pode manter-se atualizado, experienciando como cidadão os fenômenos da História, pois, conhecedor dos fatos da vida, mais fácil se torna conduzir o drama posto a sua averiguação e decisão.

É preciso que o Juiz, consciente do seu papel, tenha exata dimensão de que a sociologia, a ciência econômica, política e jurídica são insuficientes para harmonizar à modernidade tecnológica e científica, sendo mister buscar a sensibilidade aos fenômenos culturais da atualidade. Decodificá-los, contudo, seja quando conduz o processo, seja quando forma seu convencimento, seja quando ministra suas razões de decidir ou as desdobra em outros tantos procedimentos de forma a tomar o julgamento efetivo, pode ser traduzido como uma nova forma de aplicar o Direito.

No uso positivo ou negativo da evolução tecnológica na produção de subjetividades, podemos citar como exemplo o computador, o qual é um elemento facilitador que se tornou um instrumento de inegável valor para a vida do Juiz. Mas, o que não se justifica é que tal instrumento vem a servir de massificação de resultados, produzindo tão-somente valores estatísticos, diferentemente de sentenças individuadas.

Trazer para o Direito um novo paradigma estético é papel, pois, do agente da Política do Direito, onde ele possa como Juiz, professor, advogado, legislador, serventuário, se comprometer com a crítica social, pondo sua experiência a serviço da construção de um Direito mais útil, mais justo, mais humano.

É preciso evidenciar que, ao tratar de um novo paradigma estético, não se está a referir à arte institucionalizada, mas a largueza de criação que, nascente, ultrapassa o espaço-tempo, por envolver subjetividades.

Observado esse paradigma, o Juiz do Trabalho, dirigir e ao julgar um processo, formando seu convencimento, volta seus olhos para todos os níveis de alteridade, busca no contato direto com as partes, suas experiências e vivências, de sorte a operar essas objetividades-subjetividades de forma animista e, assim construir entidades coletivas. Ao Magistrado é permitido chegar ao extremo de sua capacidade criativa, quando lida com coordenadas mutantes, permitindo-se ver o caso de forma múltipla, para dele extrair a melhor solução, talvez produzir mais de uma decisão a respeito de um mesmo caso, compará-las e alinhá-las a melhor utilização, dando publicidade aos interessados os resultados mais apropriados.

3. O Direito-atividade – A prova judiciária na esfera trabalhista

3.1. A Prova Oral estruturada dentro de um sistema capitalista

Prova judiciária no sentido subjetivo é aquela que se forma no espírito do juiz, seu principal destinatário, quanto à verdade desses fatos. Ela consiste na convicção de que as provas produzidas no processo geram no espírito do juiz quanto à existência ou inexistência dos fatos. Assim, reunindo seus dois caracteres, objetivo e subjetivo, que se completam e não podem ser tomados separadamente, sendo apreciada como fato e como indução lógica.

Na esteira do raciocínio, na atividade do Magistrado Trabalhista, já se pode ousar propor o uso de estratégias que transmudem o ato de coletar a prova oral, de simples ato de ouvir fisicamente em investigar o sensível e, através dele, alcançar o Real Social e, assim, pensar o direito como força propulsora de Devir ou Direito-atividade.

Quando se fala ou se quer fazer do Direito uma atividade, a princípio, necessário se faz por a História a serviço da Política-Jurídica, através de exemplos. Mais que rever a História analogicamente, trata-se de extrair dela “[...] as bases, as continuidades no comportamento, no condicionamento, nas condições de existência, nas relações de poder, etc.” FOUCAULT (1996, p. 155), isto porquê, além de permitir esse estudo arqueológico, a descoberta do enraizamento destas continuidades obscuras, as quais, incorporadas ao saber universal, ainda atuam em nossa existência, constituem elas a gênese dessa mesma História. Conhecê-las no tempo, determinar a que sistema de poder estão ligadas, pode determinar suas utilidades e o nível de suas influências sobre as várias ciências.

Assim, passa-se a cartografar, ou inteligir o conhecimento sobre a Prova Oral, a partir de suas mutações através do tempo.

Dito isso, imperativo se torna destacar a importância das transformações políticas e das relações de poder para justificar as diversas formas de operar a Justiça.

Com características próprias, a civilização grega clássica contém duas formas de litígio, de contestação ou de disputas.⁷

A primeira, arcaica, é encontrada em Homero, ao discorrer sobre a disputa entre dois guerreiros a respeito de uma competição de que haviam participado e cujo resultado era questionado por um deles. A solução do litígio independe de Juiz, de sentença, de investigação e de testemunho para chegar à verdade, vez que tudo se resume no desafio proposto: aquele a quem foi imputado o ato - jurar inocência aos deuses do Olimpo.⁸

A outra é dada em Édipo-Rei cuja leitura, por FOUCAULT (1996, p. 31-48), assume conotação bem própria: o descortinamento da relação de poder. A questão examinada é autoria da morte do rei Laio. Dentro dos mesmos paralelos, litígio, contestação, surge um novo personagem, o pastor, o qual, detentor da parte da lembrança do fato, o testemunho daquilo que viveu, pôde derrear o orgulho do rei e a ira do tirano.⁹

A história de Édipo pode ser tratada como o resumo da História do Direito grego, sua dramatização.

Houve na Grécia, portanto, uma espécie de grande revolução que, através de uma série de lutas e contestações políticas, resultou na elaboração de uma determinada forma de descoberta judiciária, jurídica, da verdade. Esta constitui a matriz, o modelo a partir do qual uma série de outros saberes - filosóficos, retóricos e empíricos - puderam se desenvolver e caracterizar o pensamento grego. FOUCAULT (1996, p. 55).

Em Tácito, a História nos mostra que no Direito Germânico não havia ação pública, ou seja, quem quer que interviesse em nome da sociedade ou de quem detinha o poder. A reclamação era feita por um indivíduo a outro e a solução derivava de uma espécie de duelo entre estes indivíduos, suas famílias ou grupos. O Direito, assim visto, não passava de uma forma de

⁷ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 1 ed. Rio de Janeiro: Nau, 1996, p. 53.

⁸ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 1 ed. Rio de Janeiro: Nau, 1996, p. 53.

⁹ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 1 ed. Rio de Janeiro: Nau, 1996, p. 53 e 54.

regulamentar a guerra, a despeito de ser possível dar por encerrado o litígio, por intermédio de uma transação econômica. A verdade não era buscada.¹⁰

Entre os séculos V e X, entraram em choque o Direito Germânico com o Romano, sobrepondo-se o primeiro ao segundo, que só reaparece no século XII. Umbilicalmente ligado ao Direito Germânico, no Direito feudal a prova não tinha ligação com a verdade, mas, sim, com a força e com o peso social do interessado. Outro dos meios de prova era a citação de fórmulas, verdadeiro jogo verbal. Quem as reproduzisse na íntegra era considerado vencedor. A isto se somavam as provas mágico-religiosas do juramento e, por fim, as provas corporais ou ordálios, como juízos de Deus, onde a luta corporal ensejava o sucesso ou o fracasso.¹¹

Essas práticas, no final do século XII e durante o século XIII, cedem à invenção de novas práticas. Perdido no tempo, o inquérito grego renasce na Idade Média europeia. Com nova feição, assume dimensões tais que passa a integrar a própria Cultura ocidental. O inquérito é transformado em técnica de administração ou modalidade de gestão, exercício de poder.¹²

A partir dos séculos XIV e XV, a verdade passa a ser restabelecida através de testemunhos cuidadosamente escolhidos. O fim da Idade Média traz para o saber geral as técnicas de inquérito, delas fazendo eclodir o Renascimento, enquanto inexplicavelmente a prova passa a limitar-se à tortura, cujo escopo é obter a confissão, uma prova de verificação.¹³

Avançando no tempo, o poder passa a ser representado pelo capital. Com efeito, o sistema capitalista marcou a todos (Juízes e jurisdicionados).¹⁴

Na conjuntura capitalista, necessário se faz medir a extensão dos efeitos de sua exploração e moral desde a acepção mais ampla, como são os salários contabilizados, até a mais restrita, correspondente aos regulamentos

¹⁰ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 1 ed. Rio de Janeiro: Nau, 1996, p. 55 e 56.

¹¹ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 1 ed. Rio de Janeiro: Nau, 1996, p. 58 a 60.

¹² FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 1 ed. Rio de Janeiro: Nau, 1996, p. 62 e 63.

¹³ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 1 ed. Rio de Janeiro: Nau, 1996, p. 75.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 1 ed. Rio de Janeiro: Nau, 1996, p.100.

das empresas. Elementos de um mesmo discurso, podem revelar a finalidade estratégica do regime, as relações de poder nele embutidas e suas distorções.

Estabelecida no século XIX a força de trabalho, visceralmente ligados o corpo e o tempo do Homem ao trabalho, foi esse tempo transformado em vida para o trabalho, força motriz do sobre-lucro, derivado do sub-poder. O Homem passa a ver na atividade funcional sua finalidade de vida, sua realização pessoal, de tal forma que, chegada ao tempo da aposentadoria, temeroso de se tornar socialmente inútil, opta o trabalhador por permanecer na labuta, vez que renunciado estar o laborista/aposentado quedado a morrer.¹⁵

A ligação do homem ao trabalho é sintética, política; é uma ligação operada pelo poder. Não há sobre-lucro, sem sub-poder. Falo de sub-poder [...] e não do que é tradicionalmente chamado de poder político; não se trata de um aparelho do Estado, nem da classe no poder; mas do conjunto de pequenos poderes, de pequenas instituições situadas em um nível mais baixo. [...] este sub-poder, condição do sobre-lucro, ao se estabelecer, ao passar a funcionar provocou o nascimento de uma série de saberes - saber do indivíduo, da normalização, saber corretivo - que se multiplicaram nestas instituições de sub-poder fazendo surgir as chamadas ciências do homem e o homem como objeto da ciência. [...] É preciso que, ao nível mesmo da existência do homem uma trama de poder político microscópico, capilar, se tenha estabelecido fixando os homens ao aparelho de produção, fazendo deles agentes da produção, trabalhadores. FOUCAULT (1996, p. 125).

Nesse sistema, a tomada de depoimento de partes¹⁶ e testemunhos constitui-se numa forma de se saber obtido a partir de outro tipo de poder e de conhecimentos dados.

De acordo com Manoel Antônio Teixeira Filho, o tema Prova para realidade contemporânea, o mesmo adota, na doutrina moderna, diversas acepções, dentre as quais, por delinear seus sutis contornos, merecem destaque aquelas que a veem, tanto como: demonstração da verdade, meio de que as partes se valem para provar o fato controvertido (Lauren, da Escola Exegética); ou como um fato, suposto ou verdadeiro, no qual se funda a credibilidade ou incredibilidade de determinadas afirmações (Bentham); ou mais, a que tomando provar, por estabelecer a existência da verdade e provas,

¹⁵ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 1 ed. Rio de Janeiro: Nau, 1996, p. 125.

¹⁶ Depoimento das partes é o meio autônomo de prova, consiste na declaração pessoal feita por uma das partes em litígio ao Juiz da causa, servindo de instrumento de provocação da confissão.

como as diversas formas através dos quais, por um exercício de inteligência se pode chegar à verdade (Couture); meio objetivo através do qual o Homem se apodera da verdade (Malatesta); a soma dos meios formadores da certeza (Mittremaier) para, culminar na metáfora de Victor Russomano, que a toma por “pedestal da sentença”.

Alvo de discórdia na doutrina que a teve como fenômeno material, processual ou misto, hoje, a Prova já tem pacificada sua natureza jurídica como fato processual, vindo marcada a sua autoridade como meio necessário à realização do Direito e à administração da Justiça. Tecnicamente, pode ser vista como a operação da qual dependem o custo e rendimento do processo.

Sujeitas as provas a diversas classificações, a Prova pode ser direta ou indireta, subdividindo-se a primeira em históricas e críticas. Históricas por retratarem as testemunhas ou documentos e fatos, e críticas por fornecerem ao Juiz dados capazes de lançá-lo a raciocínios sugeridos, a exemplo dos indícios e presunções. Em sua teoria, três são os processos lógicos de verificação das provas: percepção, representação e indução. A percepção é aplicável a ambos os tipos; a representação, às provas históricas; e, finalmente, a indução, às provas críticas.

O sistema de provas trazida para a esfera do Direito do Trabalho, tem-se por relativamente recente o interesse dos juslaboristas, quando se vê que a Consolidação das Leis do Trabalho trata a prova testemunhal com quase exclusividade. Tuitivo, o Direito Material do Trabalho traz para o Direito Processual do Trabalho posto, dada a sua correlação, traços que remontam ao aspecto público-social, variando desde a indisponibilidade, passando pela extensão da atividade probatória inquisitiva e pelos graus de liberdade na apreciação da prova, até a maior distribuição da carga probatória sobre o empregador, além de trazer embutido o óbvio da inversão do ônus da prova, o qual tende a favorecer o empregado.

O legislador adotou uma atitude anti-igualitária no Processo do Trabalho, entendendo que nesta fase, que toma corpo a desigualdade dos meios de prova postos à disposição do empregado e de seu empregador, a prova oral dá corpo ao processo, estruturando-se como espinha dorsal.

Frente a essa postura, busca-se mapear as posições adotadas com o apoio na História, na Filosofia e na Política Jurídica, de forma a sugerir transvalorações.

Na época da ditadura¹⁷ de Getúlio Vargas, cooptado o movimento social, exacerbado o modelo estatizante, a paz social foi modelada nas bases governistas sob o manto do protecionismo. Bloqueado o centro dinâmico, representado no capital e trabalho, pelos trabalhadores, através do aparato estatal, os parceiros sociais perderam o espírito crítico.

3.2 Análise da Prova Oral sob a ótica da Consolidação das Leis do Trabalho e do Código de Processo Civil

Está disposto o procedimento da prova oral no âmbito do Direito Processual do Trabalho brasileiro e no Código de Processo Civil, cuja aplicação subsidiária ou analógica resta autorizada pelo artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual assim prevê que “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”.

Na esteira do artigo acima citado, apartado dos dogmas, o Juiz do Trabalho tem ao seu dispor uma legislação dotada de características próprias que lhe dá maior flexibilidade. O art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, a exemplo, estatui que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, justificando-se a exacerbação da desigualdade entre o empregado e o empregador.

Alguns Juízes entendem ser insuficiente a regra do art. 818 da CLT, por isso aplicam subsidiariamente o Código de Processo Civil. Neste ramo do Direito, há uma partição do ônus probatório, onde ao autor é atribuído o encargo de provar os fatos constitutivos de seu direito e, destinado ao réu, a prova dos fatos impeditivos ou extintivos do Direito alegado. Neste passo, tem-se por constitutivos os fatos que, em apoio à esperança fundada em supostos direitos, dão vida à vontade concreta da lei; por impeditivos aqueles que, na

¹⁷ Período também conhecido como Estado Novo, que durou de 1937 a 1945.

falta de circunstâncias que sustentem os constitutivos, impedem que venham a estes a produzir efeitos e, por extintivos, há aqueles capazes de fazer cessar a vontade da lei.

Defende Manoel Antônio Teixeira Filho a interpretação literal do art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, discutindo inclusive a complementariedade que se poderia extrair das regras processuais civis, dado caráter protecionista de que se reveste a legislação trabalhista, isto porque, a rigor, resta inibida a aplicação subsidiária do art. 333 do Código de Processo Civil, ante a dicção do art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho que a exclui, em havendo regra própria, ainda mais, se colidentes.

Apenas o cotejo dessas regras é que pode permitir ao aplicador do Direito sentir as dessemelhanças. Por exemplo, alegada a rescisão contratual por parte do empregador, oposta defesa no sentido de não existir alegada dispensa, observada a literalidade da lei trabalhista, ao réu compete provar esse fato, sob pena de admitir-se verdadeira a dispensa imotivada. Inteiramente oposta, entretanto, seria a distribuição da carga probatória se observada as regras ditadas pelo Código de Processo Civil.

A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil nos tribunais trabalhistas é um tema que está sempre em constante mudança, pois não há na doutrina a preocupação “[...] em trazer uma teoria para solidificar o entendimento sobre a oportunidade e certeza jurídica do momento em que é pertinente a adoção de critérios legais decorrentes do Processo Civil.” (EDUARDO ANTONIO TEMPONI LEBRE, 2011).

O depoimento pessoal na audiência é tomado pelo Juiz, sendo permitidas perguntas da parte contrária. Por primeiro, é tomada a oitiva do autor e após a do réu. O depoimento das partes e das testemunhas que desconhecem a língua nacional é realizado por intérprete, nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho, art. 819. O intérprete é oficial ou não (CPC, art. 153). O Juiz nomeia intérprete sempre que necessário pra traduzir a linguagem mímica de surdos-mudos que não possam transmitir a sua vontade por escrito (CPC, art. 151). Também a Consolidação das Leis do Trabalho versa em seu art. 819, § 1º, que será designado um intérprete quando da inquirição de surdo-mudo ou de mudo, que não saiba escrever. As despesas de intérprete correm por conta da parte a quem solicitou o depoimento (art.

819, § 2º). É cabível reinquirição das partes pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes (CLT, art. 820).

O Juiz tem poderes para indeferir perguntas que julgue impertinentes, como decorrência da sua maior atribuição de rejeitar provas desnecessárias (CPC, art. 130).

Cumprido salientar que há alguns problemas jurídicos, pois a lei processual trabalhista não esclarece se o depoimento pessoal pode ser presenciado por outra, embora o Código de Processo Civil o permita; se as respostas com evasivas feitas pela parte, esta pode ser considerada confessa; se a testemunha pode consultar escritos; e se existem fatos sobre os quais é respeitado o sigilo do depoimento, salvo sigilo profissional.

O Código de Processo Civil dispõe que “é defeso a quem ainda não depôs assistir ao interrogatório da outra parte” (art. 344, Parágrafo Único), daí porquê, após a fase conciliatória, o reclamado deve se retirar da audiência enquanto o reclamante presta o depoimento pessoal. Essa incomunicabilidade é não só das partes, mas também dos litisconsortes ativos e passivos entre si.

No procedimento trabalhista a parte exerce o *jus postulandi*, neste passo, ela pode permanecer no depoimento pessoal da outra para ter assegurado o seu direito de perguntar? Cumprido esclarecer que isso importaria em supressão ao direito de perguntar, ferindo assim o Princípio do Contraditório. Em uma situação parecida: e quando o Advogado da empresa é ao mesmo tempo patrono?

O Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, de 1944, art. 3º, declara que “[...] é defeso ao advogado funcionar no mesmo processo, simultaneamente, como patrono e preposto do empregador ou cliente”. Esta determinação trata das obrigações do Advogado diante da fiscalização em seu exercício profissional, visando a sua proibição ser preposto da empresa para a qual trabalha como advogado empregado.

Diante de evasivas ou outros métodos para encobrir a verdade, o Magistrado tem amparo quando em face desta situação. “Quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor” (CPC, art. 345).

Pode a parte, durante o depoimento pessoal, consultar “notas breves, desde que objetivem completar esclarecimentos” (CPC, art. 346). Tais consultas se inserem carteira de trabalho, ficha de registro e outros documentos.

Não é obrigada a parte a depor sobre fatos criminosos ou torpes que lhe forem imputados ou a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo (CPC, art. 347). É a chamada escusa de depor,

Nesses casos, direito da parte é escusar-se de depor, cabendo-lhe resolver se se aproveita ou não do benefício. Mas, para valer-se deste, deverá comparecer, manifestando a sua vontade nesse sentido ao juiz, que apreciará as razões deduzidas e decidirá se estas se agasalham no dispositivo aludido. MOACYR AMARAL SANTOS (2011, p. 485).

O mesmo professor jurista acima citado, conclui que

A escusa de depor não é permitida, entretanto, em determinadas ações: ‘Esta disposição não se aplica às ações de filiação, de desquite (separação judicial) e de anulação de casamento’ (Cód. Proc. Civil, art. 347, parágrafo único). O fundamento dessa exceção está no interesse que move tais ações, que é de ordem pública, e no caráter das mesmas, que se regem pelo princípio inquisitivo, que confere ao juiz o mais amplo poder de apurar a verdade. MOACYR AMARAL SANTOS (2011, p. 486).

A confissão será revogável quando “[...] emanar de erro, dolo ou coação” (CPC, art. 352). Cumpre salientar que “Na confissão se pressupõe a vontade de dizer a verdade quanto aos fatos. É uma declaração de verdade, voluntariamente feita. Na vontade de reconhecer a verdade reside o elemento intencional – o *animus confitendi*.” MOACYR AMARAL SANTOS (2011, p. 478). Caso a declaração voluntária resulte de consentimento viciado, ou seja, em havendo coação, dolo ou erro, tal confissão pode ser revogada, sendo então utilizados os remédios legais, os quais são a ação anulatória ou a rescisória, se pendente o processo em que foi feita ou depois de transitada em julgada a sentença, respectivamente.

Não podem depor as pessoas incapazes, impedidas ou suspeitas (CPC, art. 405). São incapazes (a) o interdito por demência, (b) o que, acometido por enfermidade, ou debilidade mental, ao tempo que ocorreram os fatos, não podia discerni-los ou, ao tempo que deve depor, não está habilitado

a transmitir as percepções, (c) o menor de 16 anos, (d) o cego e o surdo, quando a ciência do fato depende dos sentidos que lhes faltam (CPC, art. 405, § 1º). São impedidos (a) o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exige o interesse público, (b) o que é parte na causa, (c) o que intervém em nome de uma parte, como um autor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes (CPC, art. 405, § 2º). São suspeitos (a) o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença, (b) o que, por seus costumes, não é digno de fé, (c) o inimigo capital da parte, ou seu amigo íntimo, (d) o que tem interesse no litígio.

Sendo estritamente necessário, o Juiz ouve as testemunhas impedidas ou suspeitas, sem compromisso (CPC, art. 405, § 4º). É respeitado o sigilo profissional (CPC, art. 406, II).

A Consolidação das Leis do Trabalho, no que tange à proibição de depor é bem omissa (art. 829), daí sendo aplicada as regras do Código de Processo Civil subsidiariamente.

Existem algumas indagações em situações práticas que são respondidas com bastante propriedade acerca da Prova Oral no Processo do Trabalho:

O preposto de uma empresa pode servir de testemunha em outro processo trabalhista? Se se entende que o preposto é representante legal da pessoa jurídica, o art. 405, § 2º, III, o proíbe. Entendido o sentido de “representante legal” como “representação estatutária”, como nos parece, não há obstáculo. De outro lado, não é possível generalizar a ponto de entender que todo preposto tenha interesse na solução das causas, pelo simples fato de ter servido como preposto, o que pode ocorrer, inclusive, eventualmente ou uma única vez.

Empregado que tem em curso processo contra empresa pode ser testemunha de outro empregado que contra a mesma empresa reclama?

A solução depende do caso concreto, não podendo ser elaborada uma regra geral, porque é decisivo um aspecto, o interesse na solução da causa, incidente na proibição legal. O interesse pode existir quando os pleitos são iguais e não existir quando diferentes. O Juiz deve agir com prudência,

sabendo-se que o fato de reclamar contra uma empresa já predispõe o reclamante contra esta, o que pode refletir-se na sua postura como testemunha de um colega. É evidente o interesse de um empregado em colaborar para que outro ganhe questão cujo pedido é igual ao seu.

Os Juízes entendem que o fato de um empregado mover uma ação contra uma empresa não o inabilita para ser testemunha de outro empregado que aciona a mesma empresa.

Exercente de cargo de confiança pode ser testemunha da empresa da qual o exerce?

A solução deve pautar-se pelo mesmo princípio, tudo dependendo do mesmo ponto, a existência ou não de interesse na solução da causa, não sendo recomendável uma regra genérica, de modo que, da mesma forma que não é razoável concluir que todo empregado que move reclamação contra o empregador está proibido de depor, o exercente de cargo de confiança também não deve ser proibido de depor só em razão do cargo que ocupa. Se é representante legal estatutário da empresa, sim, há proibição, caso em que é agente da empresa, dela fazendo parte estatutariamente. AMAURI MASCARO NASCIMENTO (2013, p. 731 e 732).

Quanto ao procedimento de inquirição das testemunhas, estas são ouvidas após o depoimento das partes, sendo por primeiro as do autor e por segundo as do réu, salvo inversão do ônus da prova. Ao Juiz cabe formular perguntas que entende ser essenciais e, logo em seguida, os Advogados, ressaltando que nos termos do art. 821 da Consolidação das Leis do Trabalho, cada parte não pode indicar mais de três testemunhas, salvo nos casos de rescisão de contrato de trabalho de empregado estável, quando esse número sobe para seis, assim como no caso de litisconsórcio, de acordo com o entendimento do Magistrado, o número de testemunhas pode elevar-se em razão da existência de outros fatos a serem provados.

Estando a testemunha em seu horário de trabalho, para a prestação de seu depoimento, esta não pode sofrer desconto pela falta ao serviço, quando devidamente arrolada ou convocada (CLT, art. 822).

Caso a testemunha seja funcionário civil ou militar e tiver de depor em hora de serviço, será requisitada ao chefe da repartição para comparecer à audiência marcada (CLT, art. 823).

O Juiz providenciará para que o depoimento de uma testemunha não seja ouvido pelas demais que tenham de depor no processo (CLT, art. 824).

As testemunhas comparecerão à audiência independentemente de notificação ou intimação (CLT, art. 825). Cumpre salientar que aquelas que não atenderem ao convite da parte, o qual pode ser feito pessoalmente ou por seu Advogado, verbal ou escrito, é, a requerimento da parte, na audiência em que não compareceram, notificada pelo órgão jurisdicional, por via postal. No Parágrafo Único do art. 825 menciona que na falta do comparecimento da testemunha através de notificação, esta será conduzida coercitivamente, sujeitando-se, inclusive, à pena de multa, salvo motivo justificado. Quando a testemunha está impossibilitada de comparecer à audiência, em razão de enfermidade ou outro motivo relevante, e a mesma pode prestar seu depoimento, o Juiz pode designar dia, hora e lugar para inquiri-la (CPC, art. 336).

A testemunha, por comprometimento da parte, pode ser levada à audiência, independente de intimação e se caso esta não compareça, presumir-se-á que a parte desistiu de ouvi-la (CPC, art. 412, § 1º). Nos termos do art. 730 da CLT, os que se recusarem a depor como testemunhas, sem motivo justificado, incorrem em multa. Se o empregador que despede o empregado em razão de haver este servido como testemunha, poderá incorrer em multa de um a dez salários mínimos regionais. (art. 729, § 2º).

As testemunhas, antes de depor, são qualificadas indicando-se o nome, a nacionalidade, a profissão, a idade, a residência e, quando empregadas, o tempo de serviço prestado ao empregado, estando sujeitas, em caso de falsidade, às leis penais (CLT, art. 828).

Nos termos do art. 400 do Código de Processo Civil, o Juiz pode indeferir a prova testemunhal, uma vez que a lei o autoriza a fazê-lo se o fato já está “provado por documento ou confissão da parte”, ou “só por documento ou por exame pericial” os fatos podem ser provados.

Os depoimentos das testemunhas são resumidos em ata e, logo após, assinados pelo juiz e os depoentes (art. 828, Parágrafo Único).

As testemunhas, sob o fundamento da incapacidade, impedimento ou suspeição, devem ser contraditadas até antes do início do depoimento na

audiência. Se a testemunha nega os fatos que lhe são imputados na contradita, a parte pode prová-los por meio de documentos ou testemunhas. Portanto é importante distinguir no Processo do Trabalho se houve ou não apresentação de rol de testemunhas. No primeiro caso, a prova deve ser produzida na audiência e com a contradita. No segundo caso, a parte tem o direito de pedir o adiamento da audiência para, na oportunidade, apresentar documentos e testemunhas. É evidente que nessas condições não há possibilidade de exigir da parte que desde logo compareça com a contraprova da contradita, uma vez que não conhecia até essa ocasião. Se admitida a contradita, poderá a testemunha ser dispensada e então substituída (CPC, art. 414, § 1º).

Não podemos deixar de abordar que o Poder Judiciário para que o mesmo possa administrar justiça proferindo suas sentenças fundadas na verdade dos fatos, é necessário que sejam ouvidas testemunhas que informem sobre matéria controvertida dos litigantes, reconstruindo em juízo toda a verdade. Na lição de Moacyr Amaral Santos (2011, p. 493) “Sem a colaboração da testemunha o Estado ficaria um sem-número de vezes, impossibilitado de exercer uma das suas finalidades – a de administrar justiça. [...]”.

Por isso é que se impõe aos indivíduos a obrigação de depor, sob o caráter especial de servir ao Estado, esse dever político obrigatório a qualquer cidadão ou estrangeiro residente no país, é essencial para o exercício da função jurisdicional.

3.3 Em busca da verdade e da certeza

Há três momentos que norteiam o Juiz no procedimento probatório alinhado ao efeito em curso: a ativação (o exame prévio do processo, momento que precede a tomada da Prova Oral); a ocasião (o imprevisto, a captação dos fatos que dá origem a tomada de decisões prontas e adequadas ao momento) e a transformação (expressa pelo agir-cidadão, pelo Devir). Nesse passo, conclui-se que a verdadeira liberdade do Magistrado está na análise dos discursos, os quais estão marcados pelo capitalismo.

Releva notar que a decomposição de qualquer discurso há que ser feita de forma analítica, ou seja, quando conectada com os fatores históricos e econômicos.

Seguindo essa linha de pensamento, a atividade jurisdicional consiste em aproveitar os recursos da oralidade postos à sua disposição para produzir acontecimentos, mudanças. Dentro de uma sociedade capitalista, um fato histórico de peso é o controle geral do tempo e saberes do cidadão, exercido em suas formas mais sutis, como mecanismo do consumo e da publicidade, fruto de um poder multiforme, formador de comportamentos previsíveis.

Ora, se o Juiz do Trabalho serve de canal de captação da fidelidade dos acontecimentos, é necessário que seu comportamento e as técnicas de busca da verdade sejam revistos. Múltiplas as relações no mundo contemporâneo, umbilicalmente ligado o processo de subjetivação ao exercício de cidadania, o saber-poder do Juiz há que ser voltado para a prática do Real Social, cujos resultados podem ser modificados.

O modelo tradicional de interrogatório pode consistir em extrair da verdade processual elementos capazes de interferir nos acontecimentos sociais, dentro de uma teoria de produção de vida social, transformando o Direito em Direito-Atividade.

Assim, posta a verdade em favor do homem, é preciso que se tenha noção da densidade de seu conteúdo considerando também a religião, a ciência, a liberdade de pensamento e a falibilidade humana.

Para Moacyr Amaral Santos (*in* MILHOMES, 1982, p. 08) a verdade não existe, no espírito, sem a sua percepção. Posta a inteligência a seu serviço, naquilo que emprega recursos, dos mais simples aos mais sofisticados, no intuito de vê-la transbordar, não consegue, por precários os sentidos e insuficiente a inteligência, ver-se o homem, teólogo, cientista, Juiz ou operário, obrigado a contentar-se com a verdade relativa.

Um dos modos de se chegar à verdade aproximada parece ser a afirmação. Dos fatos trazidos à colação, através do autor ou réu, ao afirmarem suas versões sobre os fatos, ao Juiz cabe buscar àqueles que têm maiores relevâncias para a solução do problema.

A partir dessa seleção de fatos, a sensibilidade, sagacidade, e flexibilidade de espírito e principalmente o “feeling” são as ferramentas usadas pelo Juiz.

Gilles Deleuze ao examinar a questão

Aceita o problema no terreno em que é colocado: não se trata para ele de pôr em dúvida a vontade de verdade, não se trata de lembrar uma vez mais que os homens de fato não mama a verdade. Nietzsche pergunta o que significa a verdade como circuito, que forças e que vontade qualificadas esse conceito pressupões de direito. [...] Segundo o método de Nietzsche é preciso dramatizar o conceito de verdade. DELEUZE (1976, p. 78).

Atento ao conservadorismo embutido ao tipo tradicional de interrogar, conhecedor de que esta é uma força reativa do exercício do poder e de seu ilimitado contágio, o Juiz não precisa justificar, mas sentir de outro modo, adquirir uma nova sensibilidade, estando em Devir.

Deste modo, se “da prova nasce a certeza jurídica do julgador” MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO (2010, p. 61), necessário se faz o uso de estratégias para buscar forças capazes de criar relações entre o poder e o saber.

Alcançar o objetivo da busca da verdade implica na arte de usar a prudência para obter a verdade aproximada. Estrategista o Juiz precisa investigar a propensão favorável à consecução de seu objetivo, qual seja, dizer o Direito baseado na verdade mais próxima do Real Social possível e, portanto, em constante produção.

Assim, se a Prova Oral no Processo do Trabalho, matéria deste estudo, até aqui, tem servido para reconstruir a base empírica da controvérsia e para sustentar posicionamentos, outra pode ser sua utilidade. Neste contexto, outra opção seria apreciar o Juiz do Trabalho os acontecimentos dentro de uma visão histórica e geográfica, esta capaz de situá-lo nos fatos geradores da controvérsia, os quais, enquadrados juridicamente, facultariam se transformasse a atuação desse Magistrado, em um grande mediador, em ação direta sobre o foco da questão, produzindo agenciamentos capazes de solver o problema em si.

Isto corresponde transferir ao Juiz do Trabalho a possibilidade de deixar de fazer do ato de coletar a Prova Oral uma oportunidade de contatar com conflito de forma puramente interindividual, para transformá-la num instrumento de persecução da realidade viva. Sua função, a partir de então, passa a ser de intercessor social, a serviço da diagnose dos pontos nevrálgicos da relação homem/empresa.

Levada a teoria à prática, essa dobra pode ser melhor percebida a partir do exemplo a seguir: constatado, durante a tomada de depoimentos em vários processos, o reiterado desrespeito às normas de proteção do trabalho por uma determinada empresa, denuncia o Magistrado o fato ao Ministério Público do Trabalho – MPT ou à Delegacia Regional do Trabalho e Emprego - DRT, os quais poderão contribuir, unindo esforços para a solução do problema. Feito isso, esses órgãos podem servir de agentes da erradicação de práticas abusivas, tais como: o trabalho do menor, o trabalho degradante, o trabalho informal, seja por intermédio de ações educativas como convencimento à efetiva espontânea dos registros funcionais ou pelo termo de compromisso firmado junto ao Ministério Público do Trabalho, seja através de ações repressivas, como a imposição de multas aos recalcitrantes. Levado o resultado aos sindicatos, orientados, os trabalhadores passam a fazer reivindicações mais pertinentes, a exigir do seu representante uma legislação mais eficaz.

O Juiz, na busca da raiz de cada questão posta, vai buscar sua razão de existir, à expressão de um valor, de estabelecer diferenciais; de criticar e investigar, usando toda sua bagagem de conhecimento. Não é bastante indeferir o pedido de reconhecimento de vínculo empregatício envolvendo um menor de dez ou doze anos, que não foi à escola, com fundamento na Constituição. Igualmente, não basta impor ao tomador desta mão de obra, a maior de todas as penalidades neste único caso. É preciso conhecer as dimensões deste fato e atuar, diretamente, sobre a realidade. É necessário a apuração de responsabilidade dos pais, conscientizar o menor da importância de sua vida, exigir do tomador da mão de obra o cumprimento da lei. Por tudo isso, o Juiz desdobra a sua função atuando em todos os segmentos da sociedade a que tem acesso, seja ativando a vontade dos procuradores em receber uma prestação jurisdicional mais eficaz, nela interferindo com seu próprio aperfeiçoamento, seja mobilizando seus auxiliares, pelo exemplo, para o exercício de uma produção eficiente, e conseqüentemente, merecendo o respeito dos jurisdicionados por seu trabalho.

Assim, vale a pena discorrer os princípios reitores da Prova Oral no Processo do Trabalho e exercitar o poder de gerar uma nova forma de subjetivação capaz de fazer afirmar diferenças.

4. Releitura dos Princípios Gerais no Processo – instrumento utilizado pelo Juiz do Trabalho para uma ação em Devir

4.1 Princípios basilares do Direito Público

Depois de investigar vários aspectos capazes de interferir de maneira direta ou indiretamente na Prova Oral no Direito do Trabalho, partindo da premissa que conduzir o processo, valorar a prova, ou dizer o Direito são tarefas inerentes à função do Juiz, é necessário passar pelos princípios que norteiam o Direito Público e o sistema das provas. É necessário frisar que os princípios revestem-se de grande importância, tornando-se imperativo dar-lhes destaque para rever a utilização que lhes tem sido impressa dentro de uma instância jurídica estabelecida.

A juridicidade dos princípios nem sempre foi reconhecida, dado o seu caráter amplo e abstrato. Assim, só vieram a ingressar no ordenamento jurídico a partir da compreensão de sua essência, qual seja, a função de integrar outras normas. Contudo, em atitude extremada, passaram os juristas a identificá-los com as demais normas.

Hoje merece destaque sua conceituação clássica que lhes atribui qualidade de verdades fundantes de um sistema de conhecimento, tem sua autoridade derivada de evidências, comprovações ou motivos de ordem prática de caráter operacional, ou seja, são pressupostos vindos da pesquisa e da praxe, cujo relevo, em todos os ramos do Direito, é incontestável, muito embora tendam, tanto a filosofia moderna quanto a contemporânea, diluir sua importância e aqui questiona-se se já não estão sendo dados passos em direção diversa à da estratificação.

A trajetória dos princípios jurídicos vista em linhas gerais cumpre, primeiramente, extrair dos princípios gerais que peculiarizam o Direito Público aquilo que diretamente irradia efeitos no campo da atividade jurisdicional em si.

Munido o Juiz do poder-dever de dizer o Direito, e isto se desdobra na condução do processo, é alcançado pelo primeiro dos princípios, o da autoridade pública, na modalidade que impõe comportamentos aos particulares. Isto porque, irrealizáveis individualmente determinados direitos coletivos, conduziu-os a si o Estado, atribuindo-lhes a condição de interesses

públicos e, portanto, priorizando-os frente aos interesses particulares. Assim, os poderes estatais só são realizáveis em nome do interesse público, estando condicionados a comando derivado da ordem jurídica e, por conseguinte, passíveis de controle por outros princípios que lhe servem de base.

O segundo é a submissão do Estado à ordem jurídica, o que equivale a unir o exercício do próprio poder do Estado-Juiz aos ditames da lei. O agente estatal, em qualquer dos seus segmentos, age em função de um dever imposto pelo Direito, oriundo da tipicidade dos atos que pratica.

O terceiro, amparado da quase maioria dos princípios constitucionais, a igualdade dos particulares perante o Estado, deriva logicamente do princípio republicano. Direito público subjetivo, o tratamento igualitário está a exigir que as leis sejam isonômicas e que a interpretação a elas dada, por quaisquer daqueles que exercem a função, aqui dita como poder-dever, outro dos princípios fundantes do ordenamento jurídico pátrio, seja igualmente justo. Sua interpretação, contudo, não é linear, vez que é embasada na própria igualdade dos sujeitos a quem destina. Assim, a ausência de equilíbrio há que ser justificada.

Decorre a responsabilidade objetiva do Estado, mais um desses princípios, da condição de Estado de Direito, ou seja, da consagração da igualdade de todos perante a lei e da submissão do Poder Público ao Direito. Retirada a responsabilidade imposta aos particulares, a responsabilidade objetiva alcança ações ou inações de quaisquer dos que tem por dever a prática de atos administrativos, legislativos e judiciais.

Bem mais ampla tem a responsabilidade do Estado, no Direito Público, caráter eminentemente objetivo, independentemente da existência de culpa ou não do agente, além de alcançar atos lícitos ou ilícitos. O princípio que norteia o ressarcimento é o da legalidade. Assim, está a responsabilidade pela prática de atos ilícitos atrelada ao dever de submissão à ordem jurídica, e a derivada dos atos lícitos, ao dever de igualdade. Impõe-se, contudo, seja estabelecida relação de causalidade entre a ação ou omissão do agente estatal e a lesão causada ao Direito da vítima.

Existem controvérsias quanto à indenização advinda de atos jurisdicionais por serem estes alcançados pela qualidade da coisa julgada. Uma hipótese de responsabilização e consequentes erratas, o enquadramento

desses atos como erros judiciários, cujo suposto jurídico encontra-se no artigo 5º, inciso LXXV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o qual diz que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Assim, se os princípios constitucionais enfeixam-se, ao aplicador da lei compete, ao manuseá-los abstrair todas as manifestações que o Estado neles depositou, de sorte a, frente às diversas possíveis soluções ministráveis ao caso concreto, melhor servi-la.

4.2 Princípios inerentes à jurisdição

Derivados da jurisdição, o próprio dizer o Direito, poder atribuído ao Estado-Juiz, relevante se torna rever os princípios que lhe dão forma.

O primeiro deles, a inércia, está a exigir seja a atividade jurisdicional provocada, criando certo distanciamento entre o Juiz e as partes, de sorte a garantir o equilíbrio necessário ao julgamento da causa. A inércia encontra-se afeta à ética da responsabilidade, consistindo no desencadear forças capazes de solucionar conflitos de interesses, visando garantir um bem de vida posto em questão. É dever do Juiz por em movimento os mecanismos de que dispõe para, da melhor forma possível, interagir e, provido de prudência, solucionar o processo.

Quanto à indeclinabilidade, decorre da estrutura da República, da separação de poderes de funções, que os três poderes os quais formam o Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) atuem de modo separado, independente e harmônico, sendo suas características uno, indivisível e indelegável, com o objetivo de evitar que o poder concentre-se nas mãos de uma única pessoa, para que não haja abuso. Ao Poder Judiciário é dado dizer o Direito. Dele não pode ser subtraída a apreciação de qualquer lesão ou ameaça àquele. Ao Juiz, na qualidade de órgão, compete fazê-lo.

Outro desses princípios é o da inevitabilidade, ou seja, inexistência de possibilidade jurídica capaz de validar obstáculos ao exercício da jurisdição. Seus efeitos são produzidos a despeito de autorização.

A indelegabilidade marca as funções do Poder Judiciário, impedindo que sejam exercidas fora das discriminações impressas na Constituição da

República Federativa do Brasil. É proibida a renúncia dessas funções por quaisquer de seus órgãos e sua execução, seja pelo Poder Legislativo, seja pelo Poder Executivo. A indelegabilidade é operada também no âmbito interno, não sendo permitido que exerçam outros, que não os órgãos que possuem legitimamente esse poder, as funções que lhe foram destinadas.

Finalmente, consagrada pela doutrina como essencial à jurisdição, a substitutividade expressa a existência de um único poder, tripartido pelas funções.

4.3 Princípio da Verdade Real no Processo do Trabalho

Princípio da Verdade Real é derivado do direito material do trabalho, é aquele que busca a primazia da realidade. De tal notação, o referido princípio ganhou espaço direto no corpo da lei, como pode ser verificado na Consolidação das Leis do Trabalho, que diz: “Art. 765. Os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo designar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.”. Isso quer dizer que o disposto em lei faculta ao Juiz dirigir o processo com ampla liberdade.

Já definiu SÉRGIO PINTO MARTINS (2014, p. 79) em sua obra Direito do Trabalho: “[...] os fatos são muito mais importantes que os documentos”. Tal ressalva é feita devido a relação de trabalho quase sempre trazer uma relação de hipossuficiência, onde de um lado o empregador detém as condições e exigências para o empregado realizar o trabalho. Fica clara a disparidade que acontece na relação entre empregado e empregador, onde por muitas vezes o empregado concorda com ordens que ultrapassam a sua função laboral ou até mesmo assina documentos que não condizem com a verdade real. Afinal, qual a alternativa que lhe resta para que seu emprego seja mantido?

Por muitos casos, há várias empresas que controlam o cartão de ponto padrão, o qual o empregado durante anos chega “sempre” às 8:00 e sai às 18:00, sem nunca sequer uma vez tenha cumprido hora extra ou até mesmo tenha chegado antes do horário ou atrasado. Tal prática fica notória em burlar a verdade dos fatos ao apresentar documentos que não condizem com a

realidade. Trata-se de um dos maiores exemplos mais habituais que ocorrem na necessidade da aplicação do uso do Princípio da Verdade Real. É claro que temos outros casos que precisam não apenas deste princípio acima mencionado, mas de todos que norteiam o Direito do Trabalho.

Apesar disso, o Princípio da Verdade Real é aquele que mais atua ao lado do trabalhador, sobressaindo assim para que a realidade dos fatos seja exposta, e conseqüentemente que a justiça seja feita.

4.4 Princípios que regem a Prova Oral no Processo do Trabalho

Continuando no tema dos princípios, os quais dão forma à atividade jurisdicional, em todos os ramos do Direito eles fazem-se presentes, por exemplo, da legalidade no Direito Político, da verdade real no Processo Penal e da irrenunciabilidade dos Direitos e garantias, no Direito do trabalho.

Segundo Manoel Antônio Teixeira Filho, no campo da Prova Oral no Processo do Trabalho, tomam forma os princípios da necessidade, da unidade lealdade ou probidade da prova, da contradição, da igualdade de oportunidades, da legalidade, do dispositivo, da oralidade, da imediação¹⁸, esta, a envolver os ângulos: - subjetivo - contato pessoal do Juiz com a prova produzida, destacadamente a oral e - objetivo - a aproximar a prova do campo sensorial do Juiz e da cooperação, da obrigatoriedade, impondo-se sua análise profunda em nome do aprimoramento.

O princípio da necessidade da prova consiste, basicamente, num desdobramento do ônus probatório. Não se admite que o Juiz se valha de seus conhecimentos próprios para dispensar a produção da prova, vez que esta serve para firmar o convencimento do Magistrado, indispensável se torna estejam os fatos trazidos à colação pelas partes do processo excessivamente provados.

[...] os fatos de interesse das partes devem ser demonstrados em juízo, não bastando a simples alegação, pois a prova deve ser a base e a fonte da sentença; o juiz deve julgar de acordo com o alegado e provado, porque aquilo que não consta do processo não existe no universo jurisdicional, nem mesmo o conhecimento pessoal que do

¹⁸ Ou princípio da imediatidade, é o contato pessoal e imediato do Juiz com os meios de prova, sobretudo a oral.

fato possa ter o juiz;” AMAURI MASCARO NASCIMENTO (2013, p. 704 e 705).

Os autos devem trazer, por escrito, o resumo de todos os fatos que dão embasamento ao que foi alegado. Isso se justifica na razão em que a lei exige esteja a convicção do Juiz formada com o apoio da Prova conduzida aos autos. Existem duas máximas latinas a sustentar esta posição, naquilo que vincula a decisão aos fatos alegados e provados que corresponde a: alegado, mas não provado, é o mesmo que não alegado e outro que declara não estar no mundo o que não está nos autos.

Contudo, no Direito moderno, esta vedação encontra-se minorada. O Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 335, faculta ao Magistrado valer-se das chamadas regras de experiência comum. Em apoio a esta convicção, defende Moacyr Amaral Santos a sociabilidade da convicção judicial, atributo particular e suposto do sistema da persuasão racional, fazendo-se necessário, todavia, exponha o julgador os motivos que o levaram esta persuasão.

O princípio da unidade ou comunhão da Prova estende-se para a análise contextual, o qual não equivale a atrelar o Juiz a decidir, exclusivamente, em favor de uma das partes do processo. É um princípio que “[...] embora constituída de diversas modalidades, forma uma só unidade a ser apreciada em conjunto, globalmente;” AMAURI MASCARO NASCIMENTO (2013, p. 705). Apenas fica esta vinculação expressa em se tratando de fato eficiente, ou seja, do qual derivam Direitos consequentes como, por exemplo, o enquadramento da dispensa (resilição ou resolução) e o pagamento das verbas do distrato, que variam substancialmente caso tenha a dispensa ocorrido com ou sem justo motivo.

Ao tratar deste princípio, devemos considerar outro fato no âmbito do Direito Processual do Trabalho, é que as petições iniciais, em geral, trazem inúmeros pedidos baseados em fatos eficientes heterogêneos. Todavia, desde que utilizados meios eficazes à comprovação e consequente formação do convencimento do julgador, lhe é permitido acolhê-los em parte.

Outro princípio que o Magistrado pode valer-se é o da contradição da prova, o qual é constitucionalmente assegurado. O princípio do contraditório encontra-se estabelecido no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988,

onde diz: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente”.

Na lição de AMAURI MASCARO NASCIMENTO (2013, p. 705) “[...] a parte contra a qual é apresentada uma prova deve gozar de oportunidade processual de conhecê-la e discuti-la, inclusive impugná-la, pelos meios processuais adequados; daí por que não há prova secreta;”

As partes no Processo do Trabalho devem ser tratadas de maneira igualitária, pois ambas possuem direitos e obrigações iguais.

Neste passo, podemos dizer que o princípio do contraditório é bilateral, ou seja, aplica-se tanto ao autor/reclamante como ao réu/reclamado.

ALEXANDRE DE MORAES (2005, p. 93), no que tange ao princípio do contraditório, salienta que “A todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.”.

Este princípio pode comportar exceção à regra, como no caso da concessão de liminares nas Medidas Cautelares, sem que o Juiz ouça a outra parte sempre que houver o binômio *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Deriva do princípio da bilateralidade da audiência, segundo o qual ninguém pode ser condenado sem ser ouvido, encontrando-se apoiado em outro dois pilares da Constituição, a ampla defesa.

Ainda no domínio probatório, é dado à parte contra quem a prova foi produzida, conhecer antecipadamente seu conteúdo, podendo impugná-la e, talvez, produzir contraprova que a invalide, o que, na prática, corresponde à contradita das testemunhas e à impugnação de documentos.

O princípio da lealdade ou probidade da prova é dotado de um propósito marcadamente ético, alcança todos os sujeitos do processo e auxiliares do juízo. Portanto, tem como objetivo resguardar um resultado justo para o processo e a própria respeitabilidade do Poder Judiciário, através da guarda de suas decisões. É conceituado por Amauri Mascaro Nascimento que

Princípio da lealdade ou probidade da prova, pois há um interesse geral em que não seja deformada a realidade, e as partes devem colaborar para que a vontade da lei possa ser exercitada pelo órgão

judicial sem vícios decorrentes de uma impressão calcada em falsas realidades; esse princípio nem sempre vem sendo observado no processo trabalhista, em especial quanto à autenticidade de documentos. AMAURI MASCARO NASCIMENTO (2013, p. 705)

Inalienável o conteúdo ético do processo e tipificada a má-fé, é imposto ao Juiz do Trabalho, no seu exercício do poder derivado de sua função pública, coibir abusos que variam da alteração intencional dos fatos, passando pela reinvidicação de direitos inexistentes, até a prática de atos aleatórios à dignidade da Justiça. Na forma da lei, o Juiz, diante do ilícito processual, deve declarar a parte fraudadora litigante de má-fé e condená-la em perdas e danos.

O princípio da igualdade de oportunidades, como uma das formas daquilo que se considera dever de administrar o processo, tem por objetivo conferir às partes tratamento igualitário. Para AMAURI MASCARO NASCIMENTO (2013, p. 705) “princípio da igualdade de oportunidade de prova, garantindo-se às partes idêntica oportunidade para pedir a realização de uma prova ou de exercitá-la”.

Quando usamos o conceito de Juiz-cartógrafo ou interlocutor social, estamos nos referindo ao ato de coletar a Prova Oral, momento mais propício para exercitar estes papéis. O contato direto com os jurisdicionados permite cartografar o Real Social, para dar passagem ao uso da igualdade proporcional, onde um conceito realista luta pela igualdade garantidora de tratamento igual aos seres já considerados iguais, consagrado no mundo jurídico.

Portanto, a partir deste princípio, requerer e produzir provas são direitos dados às partes, sendo a restrição do Direito de defesa condenável e passível de nulidade. Relativa, a nulidade deve ser arguida na primeira oportunidade que tiver a parte prejudicada para falar nos autos, sob pena de preclusão.

Outro dos princípios ligado à Prova Oral no Direito do Trabalho é o da legalidade, o qual, ao vincular à lei o tempo, lugar, meio e adequação dos meios de prova, oferece ao Juiz ferramentas para fiscalizar o andamento do processo e retira das partes a possibilidade de seu manuseio indiscriminado. Ao Juiz do Trabalho é dado o poder de transformar o procedimento num caminhar para a frente, evitando práticas ou diligências inúteis.

Por princípio da legalidade “[...] em decorrência do qual, se a lei prevê uma forma específica para a produção da prova, ela não pode ser produzida de outra maneira;” AMAURI MASCARO NASCIMENTO (2013, p 705). Portanto têm-se o dever legal do Juiz de qualificar juridicamente os fatos trazidos a julgamento pelas partes de conformidade com a lei. Ao tomar a lei escrita como principal fonte de Direito, entende não ser dado ao Magistrado conferir-lhe interpretação diversa, mesmo que não considere correta a tese por ela defendida.

É importante notar que as atividades do Político-Jurídico não se confundem com as do intérprete, sendo as do primeiro a edição da lei e as do segundo atuá-la, ou seja, pô-la em movimento. Além destes também é trazido o princípio da legalidade das formas, minimizado ao longo do tempo pelo próprio caráter finalístico do processo. A rigidez dessa fisionomia da regulamentação, construído um modelo, é apresentada com peculiar clareza no campo do Direito Penal, com objetivo de manter vivas determinadas garantias, não se justificando, no entanto, que sejam preteridos Direitos subjetivos, em nome da forma.

Aqui pode-se afirmar que o ato processual não constitui um fim em si mesmo, mas apenas serve de meio para que a finalidade essencial seja alcançada. Este entendimento é sustentado pelo sistema de nulidades processuais que valida os atos praticados ante a inexistência de prejuízos.

A imediação, talvez de todos os princípios fundantes da Prova Oral no Processo do Trabalho, seja um dos pilares do pensamento desenvolvido no decorrer deste estudo. Nas palavras de AMAURI MASCARO NASCIMENTO (2013, p. 705) o princípio da imediação “[...] significando não só a direção da prova pelo juiz, mas a sua intervenção direta na instrução probatória, mas facilitada quando o processo é fundado na oralidade, como no caso trabalhista;”.

Ao situar o Juiz no tempo como expressão de transvaloração, ele deixou de ser figura apática, que assistia impassível o livre combate entre as partes, para passar à condição de sujeito do processo e tornar-se responsável exclusivo pela sua direção, pelo acompanhamento e fiscalização da atividade das partes. Esta alteração substancial de atribuições veio a refletir no campo da prova, facultando possa o Juiz do Trabalho acolher ou rejeitar os

requerimentos quanto a sua produção, além de conceder-lhe a iniciativa de promover todas as diligências que entender necessárias ao deslinde da controvérsia.

O princípio da imediação é de suma importância por marcar a oralidade mista que se reveste no Processo do Trabalho. Presente na inquirição das partes, testemunhas e peritos, é estudado sob os aspectos tanto subjetivo, por prever o contato pessoal imediato do Juiz com os meios de prova, sobretudo a Oral e, sob o objetivo ou material por apontar para a percepção sensorial decorrente do frente a frente entre o Juiz, o autor e o réu, ou testemunhas, só esta faculdade capaz de evitar erros devido à riqueza de detalhes que permite captar.

O princípio da obrigatoriedade da prova,

[...] segundo o qual, sendo a prova de interesse não só das partes, mas também do Estado, quer que o esclarecimento da verdade, as partes podem ser compelidas pelo juiz a apresentar no processo determinada prova, sofrendo sanções no caso de omissão, especialmente as presunções que passam a militar contra aquele que se omitiu e a favor de quem solicitou. (AMAURI MASCARO NASCIMENTO, 2013, p. 705 e 706).

O princípio da obrigatoriedade da prova vincula o Juiz a proceder ao julgamento segundo as provas produzidas no processo, com fundamento devidamente em seu entendimento, não podendo contrariá-las, não ficando afastado, porém o Princípio do Livre Convencimento, através do qual o Juiz “possa atender a outros fatos e circunstâncias mencionadas nos autos, como faculta a lei, ainda que não tenham sido alegados pelas partes” MANUEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO (2010, p. 76).

É do princípio da adequação, em seu aspecto tríplice: subjetiva, objetiva e teleológica, requisito fundamental para por o instrumento à disposição do fim. A subjetiva trata-se das regras processuais que devem ser adequadas aos sujeitos que delas vão se valer, é preciso atentar para as características dos sujeitos envolvidos. O tratamento ao idoso é diferente do tratamento dado ao jovem. O prazo diferenciado para a Fazenda Pública é uma tentativa de adequação subjetiva. Este aspecto está conjoinado com o

Princípio da Igualdade no processo. A objetiva versa que o processo tem de ser adequado aos direitos por ele tutelados. Não pode dar o mesmo procedimento processual a direitos diferentes, por isto a execução de alimentos, por exemplo, possui um tratamento adequado. A teleológica sustenta que a regra processual tem de ser adequada aos fins para os quais ela foi criada. Os juizados especiais devem ter um procedimento célere e o processo de execução não objetiva a discussão do direito, mas o cumprimento da sentença. A adequação assim vista atua como princípio unitário e básico capaz de justificar a autonomia científica de uma teoria geral do processo.

De suma importância é expor que, sem instrumentos eficientes às realizações práticas, a cidadania passa ao campo do discurso e as decisões não passam de atos de ofício. O importante é conhecer a vontade, o que ela pode e os instrumentos postos a sua disposição. Isto parece ter sido resumido, na razão em que foi passado que podem os princípios fundamentais, por densamente ideológicos, servir de orientação particular, mesmo dentro da rigidez de um ordenamento jurídico.

Diante do exposto o rol de princípios aqui apresentados, vemos que fica evidente haver mapeado o que se entende pela melhor forma de sua utilização, instrumentalizando o Juiz do Trabalho para uma ação em Devir.

4.5 O Juiz em Devir

Pensar numa ação do Juiz em Devir, talvez equivalha a atribuir-lhe o papel de Político do Direito, o qual em imanência, sabe “[...] que a natureza humana é incompadecente com um Direito rígido, cristalizado, insuscetível de ser valorado ou submetido a estratégias de aperfeiçoamento.” MELO (1994, p. 31). Portanto, é preciso criar, neste passo, advém o Devir.

É preciso voltar no tempo para melhor assimilar o sentido de estar em Devir, já que foi na Grécia antiga, com sua visão trágica, seu berço, sua matriz. Foi Heráclito em Éfeso, que talvez tenha, com maior propriedade, exposto seu pensamento ao dizer que ninguém é capaz de mergulhar no mesmo rio, porque este mesmo rio já não será o mesmo segundos após sua passagem. Por semelhança, o homem, segundo após segundo de sua vida já sofreu o efeito das mudanças. Ainda Heráclito sinaliza para que a Justiça não

esteja centrada em julgamentos ou decisões humanas, mas na reflexão da *pólis* em busca da gênese e do sentido que ela mesma busca estabelecer como diretriz de vida.

Passados mais de dois mil e quinhentos anos, o trágico é resgatado por Nietzsche para servir de antídoto a homogeneização, opondo-se a um solo cultural fundado em modelos. Nietzsche queria fazer ressurgir a tragédia porque percebia nela uma forma de vida marcada pela autenticidade e pela recusa de uma postura ingenuamente otimista, artificiosa, satisfeita e conformada com um ideal de felicidade individual e social reduzida a conforto, segurança, ausência de sofrimento.

Sim, o *Devir* foi lançado pela visão trágica de mundo.

Impõe-se a superação de modelo homem: Juiz e jurisdicionado. Este é o tema. O poder como potência, o Juiz do Trabalho como força que pode e atua, valendo-se da Prova Oral, para utilizar-se do lugar de poder que ocupa, para servir de canal de passagem para a produção de vida. É o Juiz do Trabalho, ser em *Devir*, lidando com uma multiplicidade de forças móveis, onde o fluxo se faz, onde nada é obrigatoriamente de uma forma certa, que poderá estar em transformação.

Tais conceitos para o Juiz do Trabalho são usados na captação da verdade aproximada sobre os fatos através da Prova Oral, encontra-se ligada às diferenças, às verdades subjacentes, que são postas à mostra pelos fluxos, possibilitando uma leitura perspicaz e diferenciada do campo de forças em presença, aonde o interpretar envolve cada gesto, cada silêncio. É necessário que o Juiz cartografe, no curso da instrução oral, o máximo da verdade subjacente possível, de sorte a poder produzir, *in casu*, uma norma que mais se aproxime da norma oportuna a qual se necessita de um trabalho de reflexão, de comparação e de percepção. “Qualquer conquista, cada passo em frente no domínio do conhecimento tem sua origem na coragem, na dureza face a si mesmo.” DELEUZE (1965, p. 45).

Trata-se de estimular uma nova cultura, de retomar a atividade de um outro plano, que “[...] toque nos nervos do sistema.” MELO (1982, p. 15).

Por meio da reavaliação do papel do Juiz do Trabalho na oitiva das partes e testemunhas, Descartes assinala quando tratou da existência de mais uma certeza, pois

Se há fato estranho e inexplicável é que uma criatura de inteligência e sensibilidade se mantenha sempre sentada sobre a mesma opinião, sempre coerente consigo próprio. A contínua transformação de tudo dá-se também no nosso corpo, e dá-se no nosso cérebro conseqüentemente. [...] Uma criatura de nervos modernos, de inteligência sem cortinas, de sensibilidade acordada, tem obrigação cerebral de mudar de opinião e de certeza várias vezes no mesmo dia. Deve ter, nas crenças religiosas, opiniões políticas, predileções literárias, mas sensações religiosas, impressões políticas, impulsos de admiração literária. [...] O homem é disciplinado e culto faz da sua sensibilidade e da sua inteligência espelhos do ambiente transitório. PESSOA (1974, p. 581).

Pelas intenções acima, é necessário estar em Devir.

Se o Juiz possui prerrogativas funcionais, tem por suposto a sua independência, ele não pode temer nem titubear, ele deve saber dizer não a sedutores valores pré-estabelecidos.

Para Chioyenda, *apud* MARINONI (1999, p. 110), que o Juiz deve atuar a vontade da lei.

Mas, atuando a vontade da lei, [...] atua, também, a sua vontade, compreenda-se, quando aplica a norma adequando-a aos novos tempos e aos valores, fundamentos e princípios contidos na Constituição. [...] O juiz que apreende o conteúdo do direito do seu momento histórico sabe reconhecer o texto de lei que não guarda ligação com os anseios sociais, bastando a ele, em tal situação, retirar do sistema, principalmente da Constituição, os dados que lhe permitem decidir de modo a fazer valer o conteúdo do direito do seu tempo. MARINONI (1999, p. 110).

O papel do Juiz implica em cartografar, ou seja, em estabelecer uma rede de sustentação capaz de produzir uma realidade mais adequada à velocidade dos fatos do mundo globalizado, em fazer-se canal de passagem para novas subjetividades. O Juiz em Devir, age sobre o problema e não somente sobre o conflito. É possível que ao colher a Prova Oral, o Magistrado na medida em que se permite ter uma visão múltipla dos fatos e que tem presente que o objeto de encontro na área da experiência é sempre sentido e nunca imaginado, tem facilitada a lida com a eficácia indireta. Esta, na medida em que atua na constituição imanente de uma certa sociedade, está a se oferecer mais que a solução do caso posto em julgamento, para assim produzir Justiça-Política.

Na prática para atribuir à Prova Oral um sentido ético-social capaz de destruir tudo que existe de viciado nesta prática, para, a partir do caos, da negação, favorecer uma nova realidade, ou, um Devir-afirmativo, onde as decisões do Magistrado adepto desta forma de ver o mundo sejam respaldadas por essa nova maneira de conhecer os fatos, estejam o mais próximo possível do justo, do adequado e do legitimamente necessário.

Sem risco de vir a ser tomado por posições extremadas ou inflexíveis, o Juiz comprometido com esta forma de saber, consciente de que a prudência é indispensável para a tomada de suas atitudes, vez que trabalha não com certezas, mas tão somente com probabilidades fundadas em padrões éticos, precisa estar “[...] a serviço de um devir desejável e realizável como resposta crítica e criativa aos desafios que forem surgindo.” MELO (1994, p. 129).

Em uma análise prática, considerada a oitiva das partes e testemunhas como um ato de fala, onde os matizes do fato em julgamento são mostrados, é na diversidade das relações e no caráter incerto que nelas se contém que o Juiz Instrutor vai buscar o elemento subjacente. Não basta, pois, conhecer linearmente os fatos do processo, é necessário ter conhecimento das razões que lhe deram causa, os hábitos do grupo social a que pertence o empregador, etc. Todos os fatores precisam e devem ser valorados dentro do contexto geral. A exemplo, existe uma grande diferença entre dois empregados que possuem diferentes níveis de escolaridade que cometem a falta apontada no art. 482, letra “k” da Consolidação das Leis do Trabalho, pois não há como atribuir o mesmo peso a cada um, quando estes dirigem agressões verbais aos seus superiores hierárquicos.

Ainda sobre o assunto, naquilo que descortina estarem as incertezas jurídicas, é no vis-à-vis com as partes e testemunhas que são extraídas impressões pessoais, os abusos são coibidos, competindo ao Juiz dominar a situação para buscar a maior aproximação possível da verdade sobre os fatos relevantes da causa.

Colhidos os depoimentos de partes e testemunhas, as forças em presença estão cartografadas, merecendo extremo cuidado transcrevê-los. É que o Juiz, terceiro estranho a estes fatos, por função, forma a realidade do processo quando reduz a termo os depoimentos, tomando para si a fala do

outro para, noutro momento, poder elaborar o seu convencimento através da sentença.

A importância deste alerta está no ponto em que as ideias nada mais são que a forma das coisas e dentro desta forma está o ideal de justiça do magistrado, suas próprias verdades.

Cumprido salientar que os depoimentos, que servem para esclarecer, agem no sentido de apoiar a apresentação da segunda proposta conciliatória, o qual é formulada pelo Juiz, que toma peso com autoridade e respeito que possui junto aos Advogados e às partes, por suas ações no próprio curso do processo. Sua força se faz determinante na razão em que atua sobre pontos de vistas diversos que deixam progressivamente de se impor e, mais, pela conscientização que faz reproduzir de forma difusa. A eficácia plena só é alcançada se transvalorado os modos de existência, no caso o proceder do empregador e do empregado que, privilegiando a sociedade, passam a uma unidade de combate às forças reativas (inferiores).

Desta análise, onde a Prova Oral apresentou-se como um dos mais preciosos instrumentos para que o Magistrado pudesse realizar a cartografia dos problemas que envolvem a sociedade sob sua jurisdição, restou fartamente provado que subjetividades emergem, trazendo novas maneiras de afetar e ser afetado. As técnicas apresentadas, de forma mais flexíveis, permitem que se opere contra a captura, evitando que o homem permaneça modelado pelos interesses do capital, transformando a solidão do Juiz do Trabalho numa solidão positiva, afirmativa, capaz de se sobrepor diante do despotismo. É preciso que o Magistrado intervenha a fim de que seja proposta transações quando sinaliza de forma isenta as vantagens da composição, quando fundamenta as suas decisões, orientando e conscientizando as partes para um agir futuro, ou quando aciona outros órgãos em apoio a solução de questões macropolíticas.

Deste modo, é possível noticiar um novo papel para o Juiz do Trabalho moderno, que é a do Juiz-cartógrafo-cidadão, de intercessor social, transformando a Prova Oral em outra fonte de cultura.

Por fim, acreditando que seja possível tal transformação, nas lições de Alfredo Naffah Neto, ao deixar fluir o sensível, sem se obrigar a qualquer

tipo de pressão, e por entender ser o Juiz um Político do Direito, o grande filósofo preceituou:

Entrar num processo transmutador, buscar aliança nas forças ativas, nos respiradouros vitais, onde quer que estejam se formando, na medida em que vai cartografando as forças em devir, um pouco como mapeamento do céu estrelado pode servir de guia ao viajante perdido. NAFFAH (1994, p. 98).

ou seja, o Magistrado como um Político do Direito, quando em Devir, busca, através das forças, a verdade aproximada.

5. Considerações finais

A presente pesquisa procurou mostrar que ao longo do tempo, em razão da história e da política, passando pelo crivo da crítica filosófica, ampliada a ótica de exame no sentido de abranger mais conhecimento, situando-os no campo das leis, foi demonstrado que se pode buscar mudanças comportamentais do Magistrado para uma possibilidade de consecução de um melhor resultado nos julgamentos através de uma simples tomada de depoimentos, espinha dorsal do Processo do Trabalho.

Constatou-se que o homem, a sociedade, o direito e o Estado caminham juntos e a realidade histórica toma consciência através dos fatos do mundo. Nesta esteira, o Magistrado do Trabalho, como parte desta sociedade e deste mundo precisa rever suas práticas. Foram exibidos os motivos pelos quais o Juiz, instrutor do processo, deve quebrar as amarras de dogmas e conceitos há muito ultrapassados e de se alinhar a uma determinada cultura, para uma nova concepção de valores, voltando seus olhos para uma força ativa, adequando-se mais à realidade, sob pena de perder seu lugar na História, pois a justiça não foi feita.

Durante a confecção deste trabalho, reflexões profundas e enriquecedoras ocorreram, tanto no pensar, quanto na forma teórica até então adotada. Dissolvidos os modelos de construção do mundo, contemporaneamente há que se reler o Direito e suas práticas, uma vez que se abre dinâmicas para outros conhecimentos, considerando que não há mais lugar para práticas obsoletas. Para isso, o aplicador do Direito deixa de lado suas vaidades e paga o preço da investigação.

O Juiz com sua capacidade de transformar o Direito em atividade na oitiva da Prova Oral age como intercessor social, atingindo diretamente na sociedade trazendo a harmonia entre a teoria e a prática, tirando do negativo a possibilidade de poder afirmar, transvalorando uma realidade distorcida podendo chegar a positivas composições ou sentenças mais justas.

O Processo do Trabalho, baseado no princípio da simplicidade, tende a desconsiderar inépcias menos acintosas e outros defeitos formais, privilegiando sempre a prova, especialmente a oral, produzida nos autos, por isso foi fundamental levantar algumas questões tendo em vista as

circunstâncias políticas, religiosas, científicas, para a formalização de ideias embutidas no julgamento construído através da oitiva dos fatos.

Foi assimilado que para o papel do Juiz na Prova Oral, mister necessário conhecer um pouco da filosofia dos pré-socráticos, do pensamento de Friedrich Nietzsche, de Gilles Deleuze, de Michel Foucault e de tantos outros que nos trouxeram a cristalização do pensamento do homem, construindo um novo saber, enfim, uma releitura no sentido de edificar ao longo do estudo uma reflexão filosófica alinhada às práticas modernas do estudo do Direito.

Também se coube abordar a importância da atuação do Juiz do Trabalho na coleta da Prova Oral desdobrado frente aos dois pilares do pensamento jurídico, o positivista contra o crítico.

Ao longo deste estudo, descortinou-se um saber que comporta a descoberta da necessidade do uso da História para o serviço da Política-Jurídica, razão pela qual analogicamente a pesquisa extraiu dela as bases da Prova Oral estruturada dentro de um sistema capitalista marcado a todos, Juízes e jurisdicionados.

Constatou-se ao investigar a base legal, no que tange à Prova Oral, que há Juízes que entendem ser insuficiente a regra do art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual incumbe à parte que as fizer a prova das alegações. Por isso aplicam subsidiariamente o Código de Processo Civil, outra ferramenta de trabalho do Magistrado, recorrendo algumas interpretações de juristas acerca do assunto.

Da mesma forma se relatou que na visão de Moacyr Amaral Santos¹⁹, a verdade não existe, no espírito, sem a sua percepção. Posta a inteligência a seu serviço, naquilo que emprega recursos, dos mais simples aos mais sofisticados, no intuito de vê-la transbordar, não consegue, por precários os sentidos e insuficiente a inteligência, ver-se o homem, teólogo, cientista, juiz ou operário, obrigado a contentar-se com a verdade relativa.

Reconciliar a Filosofia do Direito e do Estado com a ética é papel da Justiça-Política. Neste passo, o caráter interdisciplinar das discussões com

¹⁹ MILHOMES, Jônatas. A prova no processo. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 08.

seus meios de argumentação (teoria da decisão e do jogo) reabilita a figura reargumentativa do contrato social.

Há uma dificuldade de interpretação das manifestações populares. Portanto, para poder perceber o que realmente se deu, temos que alterar os fatos, tais como se deram, pois a lógica é o nosso critério, elemento fundamental para se chegar à verdade. É nos argumentos, e não nos fatos, onde encontramos a lógica.

O Juiz do Trabalho consciente na arte de usar a prudência para conseguir o seu objetivo, qual seja dizer o Direito baseado na verdade mais próxima do Real Social passa a figurar como um intercessor social a serviço de diagnosticar os pontos nevrálgicos da relação homem/empresa.

Assim, depois de investigados vários aspectos capazes de interferir de maneira direta ou indireta na Prova Oral, a fim de conduzir o processo, valorar a prova, ou dizer o Direito, os quais são tarefas inerentes à função do Juiz, foram necessários repassar alguns princípios que norteiam o Direito Público e o sistema das provas.

Instrumentais, os princípios revestem-se de grande importância, tornando-se imperativo dar-lhes destaque para rever a utilização que lhes tem sido impressa dentro de dada instância jurídica estabelecida, ou seja, como parte de um contexto do qual não se separa, que é o regime capitalista. Sem estes instrumentos, portanto, a cidadania passa ao campo do discurso e as decisões não passam de atos de ofício.

Quanto ao papel do Juiz na busca da captação da verdade aproximada sobre os fatos através da Prova Oral, Descartes²⁰ assinala quando tratou da existência de mais uma certeza, pois é no nosso corpo e também no nosso cérebro que dá-se a contínua transformação de tudo. Uma pessoa dotada de sensibilidade, inteligência e nervos modernos, tem a obrigação de mudar de opinião e de certeza por diversas vezes.

Diante de tão profundas palavras acima mencionadas, se mostrou que é preciso estar em Devir, é necessário repensar uma nova forma de subjetivação, e fazer com que o Juiz do Trabalho, agente político, torne-se capaz de subverter ideias e práticas marcadas pela representação, pela

²⁰ PESSOA, Fernando. Obras em prosa. 1 ed. Rio de Janeiro: Cia. José Aguilar, 1974, p. 581.

negação e pela repetição, para que como canal de captação de forças em presença, possa rever seu papel.

É preciso criar mecanismos tais que realçando a importância da sintonia dos meios de comunicação com a produção do Real Social, evitem que a tecnologia dos computadores ser utilizada a desservir à Justiça, onde na busca da rapidez do tempo para a solução dos conflitos. É verdade que ela foi criada e veio até nós com o intuito de auxiliar-nos no nosso dia-a-dia, e evidentemente cumpre seu papel, basta observar o quanto a nossa sociedade se desenvolve com rapidez graças às novas tecnologias. Porém na busca da velocidade absoluta, o homem se volta para normas, regras e estatutos universalizados, restando para ele apenas um ideal ascético, sendo que é aí que aparece a figura do Juiz-cartógrafo-cidadão, o qual mesmo correndo risco de tomadas de posições que o levam a novos perigos, o possam conduzir ao desfazimento de determinados aprisionamentos, fazendo a diferença no seu papel como Juiz do Trabalho moderno.

6. Referências bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. de Alfredo Bosi. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BRASIL. **Códigos 4 Em 1 - Conjugados - Civil, Comercial, Processo Civil, Constituição Federal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DELEUZE, Gilles. **Nietzsche e a filosofia**. Trad. Edmundo Fernandes Dias e Ruth Joffily Dias. 1 ed. Rio de Janeiro: RIO – Faculdades Integradas Estácio de Sá, 1976.

_____. **Nietzsche**. Trad. Alberto Campos. 1 ed. Lisboa: 70, (s. d.)

_____. **Foucault**. Trad. Claudia Sant'Anna Martins. 4 ed. São Paulo: Brasiliense, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 1 ed. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

GIGLIO, Wagner. **Direito Processual do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEBRE, Eduardo Antonio Temponi. Elementos para uma teoria sobre a aplicação subsidiária do processo civil na Justiça do Trabalho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9010>. Acesso em 11 de julho de 2015.

MANGUEIRA, Maurício; BONFIM, Eduardo Maurício da Silva. Força versus representação: o legado de Nietzsche na filosofia de Gilles Deleuze. Disponível em: <<http://tinyurl.com/olmzds>>. Acesso em: 15 de junho de 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. **CLT universitária**. 15 ed. São Paulo: Atlas. 2015.

_____. **Direito do Trabalho**. 30 ed. São Paulo: Atlas. 2014.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao Direito**. 1 ed. Braga: Pax, 1979.

MILHOMES, Jônatas. **A prova no processo**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NAFFAH, Alfredo Neto. **Paixões e questões de um terapeuta**. 1 ed. São Paulo: Ágora, 1989.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PESSOA, Fernando. **Obras em prosa**. 1 ed. Rio de Janeiro: Cia. José Aguilar, 1974.

ROLNIK, Suely. **Micropolítica: cartografias do desejo**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

_____. **Cartografia sentimental: transformações contemporâneas do desejo**. 1 ed. São Paulo: Estação Liberdade, 1989.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2011. 11

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no Processo do Trabalho**. 9 ed. São Paulo: LTr, 2010.