



REVISTA DO CAAP
fundada em 1921

A BUSCA PELA VERDADE NOS PROCESSOS TRABALHISTAS EM TEMPOS DE PANDEMIA

Michael Guedes¹

RESUMO

O artigo tem como objetivo permitir compreender os desafios relacionados à determinação da verdade em processos trabalhistas em meio aos desdobramentos da Pandemia de Covid-19 no Brasil. Não apenas os desafios são apresentados como também a adequação de mecanismos para lidar com cenários de incerteza sobre os fatos é discutida. Em uma primeira parte do texto, são feitas considerações sobre o problema da verdade nos processos (em geral) e suas particularidades nos processos trabalhistas. Em uma segunda parte, adentra-se em reflexões epistemológicas já tendo em conta os efeitos da Pandemia de Covid-19 no contexto decisório. A metodologia aplicada é a de análise de decisões judiciais e revisão bibliográfica de escritos sobre processo do trabalho e epistemologia da prova.

PALAVRAS-CHAVE: processo trabalhista; verdade; prova.

¹ Mestrando em Teorias Jurídicas Contemporâneas no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ). Bacharel em Direito pela UFRJ. Pesquisador bolsista do projeto "Quando a justiça ignora a ciência", financiado pelo Instituto Serrapilheira. Advogado. Dedicado à Teoria do Direito e à Filosofia do Direito, com especial interesse em epistemologia aplicada aos tribunais | guedes_michael@outlook.com | ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8515-1120>

THE SEARCH FOR TRUTH IN LABOR PROCESSES IN PANDEMIC TIMES

ABSTRACT

The article aims to allow understanding the challenges related to determining the truth in labor processes amid the unfolding of the Covid-19 Pandemic in Brazil. Not only the challenges are presented, but also the suitability of mechanisms to deal with scenarios of uncertainty about the facts is discussed. In the first part of the text, considerations are made about the problem of truth in processes (in general) and its particularities in labor processes. In a second part, it enters into epistemological reflections already taking into account the effects of the Covid-19 Pandemic in the decision-making context. The applied methodology is the analysis of judicial decisions and bibliographic review of writings about labor law and legal epistemology.

KEYWORDS: labor process; truth; evidence.

INTRODUÇÃO

O número de ações trabalhistas relacionadas à COVID-19 teve alta de 527% entre março e abril de 2020 (CAVALLINI, 2020). Para justificar esse aumento da demanda há de se notar que, durante a crise, surgem problemas econômicos e, conseqüentemente, demissões. Isso sem falar no receio dos trabalhadores de não verem satisfeitos seus direitos mais básicos, como, por exemplo, recebimento de verbas rescisórias, diante do agravamento do quadro de saúde financeira das empresas, o que desperta a urgência de se postular em juízo tais direitos. A redução de salários, condições degradantes de trabalho em meio à pandemia, suspensão de contratos de trabalho, reconhecimento da COVID-19 como doença ocupacional e a insegurança jurídica são outros elementos igualmente explicativos do significativo aumento da demanda.

O número de ações provavelmente seria mais expressivo se não fossem as inovações legislativas prejudiciais aos empregados² decorrentes da reforma trabalhista (Lei 13.467/17), que modificou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Afinal, graças à reforma, cresceu a dificuldade de concessão da gratuidade de justiça; o empregado agora responde pelos honorários periciais em caso de sucumbência no processo no qual houve produção de prova

² Há diferença entre “empregado” e “trabalhador”, sendo o primeiro, necessariamente, aquele que se encaixa nos moldes do artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, trabalha com subordinação, habitualidade, onerosidade, pessoalidade e é pessoa física. Entretanto, algumas das observações feitas neste artigo se estendem para além do processo judicial trabalhista que discute relações de emprego já reconhecidas, o que abordarei à frente.

A BUSCA PELA VERDADE NOS PROCESSOS TRABALHISTAS EM TEMPOS DE PANDEMIA

pericial (salvo no caso de conseguir gratuidade); tem-se também a possibilidade de o empregado arcar com honorários advocatícios (embora não possam ser pagos com os créditos obtidos no processo e fiquem suspensos por até dois anos caso o empregado obtenha gratuidade) etc.

Conquanto tenham ocorrido esforços do Estado para impedir as demissões³, elas inevitavelmente aconteceram e parte do que demonstra isso é o aumento das ações judiciais. Nesse contexto, no ambiente processual trabalhista, há de se lidar em tempos de pandemia com demanda extrema e, ainda assim, assumir um compromisso com a busca pelo conhecimento dos fatos como verdadeiramente se deram.⁴ Ou seja, averiguar se quem diz o correto é o empregado ou a empresa. Afinal, em tempos de pandemia, decisões errôneas podem levar empresas já em estado de crise para a recuperação judicial/falência ou causar restrição fatal à subsistência do empregado ao não lhe conceder verba de natureza alimentar que lhe era devida.

O presente artigo tem como objetivo permitir a compreensão dos desafios de determinação da verdade em meios aos desdobramentos da Pandemia de Covid-19 no Brasil e fornecer estratégias para a devida tomada de decisão. As questões-problema podem ser colocadas da seguinte maneira: a) quais os contornos que ganha o problema da verdade em contextos de Pandemia?; e b) quais estratégias servem adequadamente à redução das dificuldades de estabelecimento da hipótese sobre os fatos nesses cenários?

Para isso, primeiramente, são trazidas algumas considerações sobre a importância da busca da verdade num processo judicial como condição de justiça da tomada de decisão. O papel desenvolvido pelo juiz nessa empreitada também será tratado nesse item, de maneira a se conceder destaque para a necessária adoção de uma concepção racionalista da prova, que se contrapõe a uma concepção subjetivista/persuasiva, na medida em que, a partir desta última, não é possível o apropriado controle das decisões.

No segundo momento, serão feitas pontuações sobre os contornos que ganha o problema da verdade no processo quando se direciona a atenção à esfera processual do Direito do

³ Um exemplo seriam as medidas adotadas na Medida Provisória 927 de 2020, que permitiu sobreposição de acordos individuais a leis e acordos coletivos, discorreu sobre teletrabalho, antecipação de férias e de feriados, suspensão de depósito de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prorrogação de acordos coletivos etc.

⁴ Não pretendo adentrar numa discussão acerca dos diferentes significados que podem ser atribuídos à palavra “verdade” neste artigo. Nesse sentido, comprometo-me, daqui em diante, com o conceito comum a uma expressiva parte dos que se dedicam ao tema da verdade no processo: uma hipótese fática é verdadeira se, e somente se, corresponde à realidade do mundo externo ao processo judicial. Esse conceito de *verdade por correspondência* é o que adotam, por exemplo, Taruffo (2014, p. 28) e Ferrer Beltrán (2017, p. 19). Ademais, uma abordagem sobre os inconvenientes de se comprometer, num processo judicial, com outros conceitos de verdade, como é o caso do de *verdade como coerência* ou de *verdade como consenso*, podem ser vistos em Taruffo (2013, pp. 244-245).

trabalho. A ênfase desse item será nos aspectos que envolvem o uso dos meios de prova testemunhal e documental.

Isso para, no terceiro momento, inserir a questão no contexto da pandemia da COVID-19, enfrentando-se as dificuldades relacionadas à produção e à valoração das provas diante das peculiaridades do momento histórico de ápice da pandemia. A abordagem será, novamente, direcionada à prova testemunhal e documental.

O quarto momento traz algumas considerações acerca de mecanismos de decisão sobre a verdade em cenários de incerteza fática, com especial atenção ao chamado *in dubio pro operario*. Nesse momento, tratar-se-á do cabimento de tal regra, com inclusão de apontamentos sobre a necessidade de que não se interprete tal instituto de maneira subjetivista, gerando decisões irracionais, mesmo diante de cenários de exceção.

Isso para, por último, serem tecidas considerações sobre como é possível compatibilizar uma concepção racionalista da prova com contextos de emergência, como é o caso do da Pandemia de COVID-19, de maneira a se resguardar maior possibilidade de controle das decisões judiciais.

A metodologia aplicada é a de análise de decisões judiciais relevantes para refletir sobre o tema no contexto da pandemia e revisão bibliográfica de escritos sobre processo do trabalho e epistemologia da prova.

1. VERDADE E PROCESSO: EM DEFESA DE UMA CONCEPÇÃO RACIONALISTA NA DETERMINAÇÃO DOS FATOS

A tomada de decisão por parte do juiz exige que ele atribua significado a um texto normativo, bem como que determine um enunciado sobre os fatos. Posteriormente, verifica-se a compatibilidade do enunciado como instância da norma resultante da interpretação do texto normativo. Isso para, finalmente, chegar-se à norma particular do caso concreto que foi posto para resolução.

Tradicionalmente falando, houve redobrada atenção de juristas no que diz respeito à construção da norma jurídica, como se fosse ela o único assunto que necessita de esforço justificatório ao se falar da suficiência de uma decisão judicial. O domínio referente à reflexão

A BUSCA PELA VERDADE NOS PROCESSOS TRABALHISTAS EM TEMPOS DE PANDEMIA

acerca da determinação dos fatos foi, nessa medida, objeto de pouca — para não dizer nenhuma — discussão durante muito tempo, como se não fosse importante (MATIDA, 2019a).⁵

Epistemologia Aplicada aos Tribunais é o ramo da Filosofia do Direito que vem se dedicando a suprir a lacuna com relação ao tema da determinação dos fatos de um processo judicial. Mais especificamente, trata-se de uma área comprometida com uma problematização acerca da justificação que as proposições fáticas apresentadas pelo julgador precisam apresentar para que possam legitimamente ganhar lugar em seu raciocínio (MATIDA; HERDY, 2016, p. 209).

A área em questão pressupõe, de plano, o afastamento de um posicionamento influenciado pela *verifobia*, segundo o qual não há de se conceder valor ou significado a algo como a verdade por esta não ser algo que existe ou mesmo é alcançável. É apropriado que se supere concepções verifóbicas, comuns entre os processualistas, que excluem a possibilidade de que algo como a verdade seja posto como o fim de um processo judicial (TARUFFO, 2013, pp. 240-242).

Há de se realizar a defesa da verdade como fim de um procedimento judicial. Isso se dá como um desmembramento inevitável do princípio da legalidade, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer algo salvo em virtude de lei. Tal princípio vincula o juiz a um compromisso por uma aplicação *correta* da lei, não bastando que simplesmente se resolva controvérsias como, também, que isso seja feito de forma justa (TARUFFO, 2013, pp. 242-243).

A justiça, entretanto, requer, necessariamente, como já previamente dito, que se verifique o plano dos fatos, não se podendo dizer que a norma foi aplicada de maneira correta se tal verificação foi errônea, o que ficaria implícito numa concepção que entende a possibilidade de se determinar a premissa menor do raciocínio judicial sem um compromisso com a verdade. A verdade, dessa forma, é inevitável (TARUFFO, 2013, pp. 242-243).

Um procedimento no qual os tribunais nem mesmo tentam chegar à verdade dos fatos não pode ser dito adequado, sendo a busca da verdade, portanto, condição de justiça das decisões (TARUFFO, 2014, p. 22). A verdade pode ser interpretada, nessa empreitada, como o seguinte:

[...] "é o Norte", ou seja, um limite ideal ou um ideal regulatório que não se concretiza na prática, mas que, no entanto, é fundamental para orientar na direção certa as

⁵ A apontada desatenção com referência à questão de fato não se estende a sistemas de *common law* como o dos Estados Unidos, em que o Direito Probatório é disciplina para a qual as faculdades de Direito concedem atenção há tempos. Mas, sim, estende-se a sistemas como o brasileiro.

escolhas — também cognitivas — que se realizam nas experiências mais diversas. Isso também é válido no processo: a verdade como correspondência certa e objetiva das proposições factuais com os eventos concretos de que se fala no processo não pode ser alcançada em termos absolutos, mas orienta todo o fenômeno da prova no sentido que a decisão final deve ser o mais próximo possível da verdade alética entendida - precisamente - como o limite ideal (TARUFFO, 2013, p. 246, tradução livre).

Todavia, não é suficiente que se reconheça e se assuma um compromisso com a verdade dos fatos no processo sem que haja uma adequação a uma tradição que viabilize a aproximação dessa verdade. Os filósofos dedicados a tal labor, não à toa, têm sido classificados como adeptos de uma *concepção racionalista da prova*, a qual se contrapõe a uma *concepção persuasiva ou psicologista da prova*. Como explica Accatino (2019), a concepção racionalista da prova a entende como um mecanismo de conhecimento, uma atividade direcionada à busca da hipótese verdadeira do processo. Já a concepção persuasiva entende a prova como um instrumento de persuasão, segundo o qual algo está provado desde que o juiz alcance o status de íntima convicção.⁶ A concepção racionalista da prova, portanto, se coaduna com um entendimento acerca do livre convencimento motivado que não dialoga com a concepção persuasiva no seguinte sentido:

[...] o princípio do livre convencimento do juiz, que hoje em dia tem aplicação largamente predominante nos ordenamentos processuais modernos, não implica, de fato, que o juiz esteja desvinculado de critérios de racionalidade que devem governar seu raciocínio: tal princípio admite que o juiz valora as provas fazendo uso de amplo poder discricionário, mas isso não significa que ele possa confiar em uma intuição subjetiva — que seria substancialmente arbitrária — ao estabelecer se uma hipótese relativa a um fato foi ou não confirmada pelas provas disponíveis (TARUFFO, 2016, p. 251)

A essa altura já se encontra delineada a defesa tanto da possibilidade como inevitabilidade da busca da verdade no processo. Tal busca pela verdade está também ligada a uma concepção racionalista segundo a qual não basta o simples estado de convicção íntima do julgador para se dizer que um fato está provado. É necessário que o magistrado, ao decidir, não se desprenda das regras de racionalidade, como previamente argumentado.

Ao se defender a verdade no processo não se pode ignorar os variados empecilhos que se colocarão contra a possibilidade de seu alcance a depender do meio de prova utilizado para formular a hipótese sobre os fatos, não importando o quão comprometido o juiz esteja em tal

⁶ A suposição da possibilidade e necessidade de busca pela verdade se alinha à discussão sobre teorias que se referem às provas porque é através delas que o juiz tem informações sobre os fatos inseridas no processo. Como explicam Matida e Herdy (2016), as provas, dessa forma, funcionam como ponto de partida através do qual o juiz realizará inferências dos mais diversos tipos, com conseqüente alinhamento a variados compromissos.

A BUSCA PELA VERDADE NOS PROCESSOS TRABALHISTAS EM TEMPOS DE PANDEMIA

empreitada. Os sistemas jurídicos que se comprometem com uma busca pela verdade também não se alinham à crença segundo a qual a verdade é o único valor de interesse e menos ainda que seja possível alcançar hipóteses verdadeiras em absoluto. É preciso, por um lado, ter em mente que o “jugador deverá levar em conta que os compromissos normativo e conceitual encontram-se emparelhados com o compromisso epistêmico.” (MATIDA; HERDY, 2016, p. 233). E, por outro, conformar-se com uma hipótese apenas provável, mas não 100% confirmada, o que é inevitável pela forma de raciocínio relacionada à busca da verdade no processo.

Como explica Ferrer Beltrán (2017, pp. 105-107), para que uma proposição fática seja tomada como justificada basta que ela seja aceitável, ou seja, devidamente sustentada por elementos probatórios a seu favor. Isso não afasta a possibilidade de que o juiz esteja errado, elegendo como verdadeiro algo que é falso. Mas tampouco se pode exigir do juiz que vá além do compromisso em se basear no que está corroborado por provas e que aplique a correta consequência jurídica de acordo com esses fatos provados. Ou seja, o risco de erro, inevitavelmente, sempre persiste e não há como escapar dele.

Seguir-se-á a uma abordagem sobre os desafios relacionados à determinação da verdade no contexto trabalhista em paralelo a diferentes meios de prova. As estratégias para lidar com tais dificuldades também serão tratadas, perpassando-se desde princípios que representam um indicativo ao juiz trabalhista sobre como raciocinar até mecanismos próprios de cenários de incerteza fática.

2. O PROCESSO TRABALHISTA E SEUS EMPECILHOS NA BUSCA DA VERDADE

O labor de determinação da verdade é uma obrigação da qual não se escapa não somente no processo penal ou civil como também no trabalhista. Nesse sentido, tal esfera do Direito conta com princípios, como o da primazia da realidade sobre a forma, que vão ao encontro desse interesse pela determinação dos fatos, precisamente, reforçando a necessidade de verificação do que ocorreu na realidade, não simplesmente do que estava no papel. Explica Delgado (2019, p. 244) que tal princípio vincula o juiz trabalhista a se atentar mais à intenção dos agentes envolvidos na relação de prestação de serviços e o que se deu na realidade do que na forma como tudo estava posto do ponto de vista formal, por exemplo, num contrato celebrado entre empregador e empregado.

Ao se investigar, por exemplo, a ocorrência de fraude através da realização de pejetização ou terceirização ilícita, o juiz manifesta seu compromisso com a verdade e tem a

chance de primar pela realidade em lugar da forma. Um dos requisitos para que haja vínculo de emprego é que a pessoa que cede sua mão de obra ao empregador seja uma pessoa física. A “pejotização” consiste em transformar pessoa física em jurídica a fim de impedir o reconhecimento de vínculo empregatício e conseqüentemente das obrigações trabalhistas daí decorrentes. Dessa maneira, ainda que tal pessoa jurídica trabalhe exatamente como todos os demais empregados (com subordinação, habitualidade, onerosidade e pessoalidade), suprimindo os demais requisitos de caracterização do vínculo de emprego, não o terá reconhecido, salvo o caso de o juiz trabalhista, ao prezar pela realidade (o vínculo empregatício na prática) em lugar da forma (contrato de prestação de serviços), reconhecer procedência ao pleito de relação empregatícia.

Já no caso da “terceirização ilícita de mão de obra” os trabalhadores são alocados para desempenhar atividades distintas das que foram contratados para exercer como forma de economia, pagando-lhes menos por serem terceirizados. O caso aqui requer o mesmo: que a formal terceirização dê lugar ao reconhecimento de vínculo empregatício.

Conforme já dito, a investigação da verdade dentro do ambiente processual se baseia em provas, as quais servem de caminho para a construção da hipótese sobre os fatos do raciocínio judicial. Todavia, há de se considerar que é possível que existam cenários nos quais não há provas ou as provas presentes não são suficientes para confirmar uma hipótese no grau almejado pelo Direito. Nessas situações, há de se lidar com inevitável incerteza fática.

A prova documental, por exemplo, em geral está em posse do empregador, que, como parte interessada no processo, tentará utilizá-la da forma que melhor lhe convém, escondendo-a às vezes se necessário for. Adequado observar, nesse sentido, como aponta Taruffo (2014, p. 65), que, embora as partes sejam, em regra, as mais aptas a discorrerem sobre os fatos ocorridos, elas são também as menos confiáveis no processo, já que são interessadas na resolução deste a seu favor.

Nesses termos, pode-se pensar numa controvérsia que gira em torno da discussão sobre a jornada realizada pelo empregado como um exemplo em que a prova documental enfrenta desafios. O conveniente para um empregador nesse contexto, no qual não quer que a narrativa do autor seja confirmada, é simplesmente não juntar os cartões de ponto que depõem em favor da narrativa deste reclamante.

Exemplos como esse demonstram a incerteza inevitável posta ao juiz de analisar a razão pela qual um cartão de ponto não é juntado. Ou seja, pensar se isso não se deu porque não foi verdadeiramente encontrado ou o empregador não o juntou de propósito. A súmula 338 do

A BUSCA PELA VERDADE NOS PROCESSOS TRABALHISTAS EM TEMPOS DE PANDEMIA

Tribunal Superior do Trabalho (TST) é um exemplo de mecanismo que resolve o problema da incerteza ao menos no que se refere à jornada de trabalho, dispondo o seguinte:

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais n°s 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula n° 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ n° 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ n° 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003) (BRASIL, 2005)

A súmula em questão garante uma presunção relativa de veracidade da jornada alegada pelo empregado no caso de não ser apresentado o registro de jornada pelo empregador. No entanto, no que se refere a outros contextos que envolvem documentos ou outros meios de prova a questão nem sempre é tão simples. É plenamente possível que o juiz enfrente situações nas quais haja razoáveis motivos para se questionar a não juntada de um documento bem como outros obstáculos relacionados. A situação pandêmica é um desses cenários que impõem dúvidas maiores, o que se concederá atenção à frente.

O meio de prova testemunhal é outro em que ainda há problemas. No caso de um processo mediante o qual se pretende, por exemplo, averiguar a existência de vínculo empregatício, há de se atentar ao grau de credibilidade que merece uma testemunha que fale sobre a questão enquanto ainda empregada daquela empresa.

O juiz, por um lado, não pode presumir que essa testemunha esteja mentindo e impedir a produção da prova, em especial diante da dificuldade de reunir testemunhas de vínculo empregatício externas à empresa. Mas, por outro, deve considerar que o grau de confiança que tal testemunho merece, salvo em situações em que o depoente não tem seu trabalho em risco, é baixo. Ou seja, exceto casos como o do empregado que conta com estabilidade, é pequeno o nível de confiança que essa prova merece, embora seja uma das principais formas de viabilizar a primazia da realidade a qual o juiz trabalhista deve observar ao decidir.⁷

⁷ Vale notar que aqui estou me referindo ao grau de credibilidade que esse tipo de prova deve receber isoladamente considerado. Isso não significa, destaco, opor-me à admissão da prova. Em especial porque elementos probatórios complementares ao testemunho podem ser produzidos, fazendo com que uma hipótese fática que antes tinha baixo

Ainda no que diz respeito à prova testemunhal, não se pode deixar de levar em conta outros problemas para além da possibilidade de que uma testemunha minta. O risco de que testemunhas possuam *falsas memórias* é um deles⁸, bem como o de que a testemunha, simplesmente, não tenha autoridade para falar de um determinado assunto⁹.

Um exemplo no que se refere à autoridade seria pensar em uma testemunha que discorre sobre a equivalência de funções de outras duas pessoas numa ação que envolve equiparação salarial.¹⁰ Nesse tipo de situação, se quem discorre a favor da equiparação é alguém capaz de reconhecer a igualdade entre as funções, o testemunho, a princípio, deve receber maior peso. Contudo, não ocorre o mesmo caso seja alguém que testemunhe sobre uma função a qual não exerce ou teve algum contato técnico. Um técnico de informática, por exemplo, não pode testemunhar (com autoridade) sobre a equivalência de funções exercidas por aqueles que possuem um cargo que envolve conhecimentos administrativos só pelo que vê e entende aparentemente comum ao olhar para os respectivos monitores daqueles que têm a equiparação posta em pauta.

3. AS DIFICULDADES EPISTÊMICAS NA PANDEMIA DE COVID-19

O estado de calamidade pública traz ao ambiente processual trabalhista novos obstáculos na busca da verdade. A situação se agrava em especial pela constatação de que muitos dos problemas previamente expostos sequer foram reconhecidos e enfrentados.

No que diz respeito, por exemplo, ao fenômeno das falsas memórias, tamanha a estranheza do tema para a justiça do trabalho, haja vista ser a matéria tão pouco enfrentada em decisões provenientes de varas e tribunais do trabalho, que ainda se restringe em seu labor epistemológico à empreitada por “sinais de mentira”. Dessa maneira, não se concede atenção à possibilidade de que uma testemunha tenha uma falsa memória, ou seja, diga o que

grau de confirmação passe a ser robusta. Acerca da desnecessidade de indeferir prova testemunhal que tenha pertinência em virtude de valoração prévia, ver Ramos (2018, p. 122).

⁸ Com isso faço referência ao fenômeno em que o interrogado fala o que efetivamente recorda, mas sua recordação não corresponde à realidade. O interrogado pode, por exemplo, testemunhar com autenticidade que viu determinada coisa num determinado acidente de trabalho e, ainda assim, o que afirma e de fato recorda não ser verdadeiro. Para mais considerações com referência ao tema, recomendo ver Ramos (2018).

⁹ Uso “autoridade para falar” aqui para caracterizar uma testemunha que de fato tem arcabouço teórico e/ou prático e não simplesmente faz considerações que se baseiam em pura opinião/baseadas no senso comum.

¹⁰ O artigo 461 da CLT dispõe que se for idêntica a função, com trabalho de igual valor (feito com igual produtividade e perfeição técnica) e prestado para o mesmo empregador, no mesmo estabelecimento, há direito a igual salário, sendo vedada qualquer forma de discriminação entre os empregados. Dessa forma, é possível que um empregado entre com uma ação judicial de equiparação judicial a fim de igualar seu salário com o de outro funcionário caso recebesse a menos apesar de cumprindo todos os requisitos do artigo em questão.

A BUSCA PELA VERDADE NOS PROCESSOS TRABALHISTAS EM TEMPOS DE PANDEMIA

verdadeiramente recorda (nesse sentido, não mentindo), mas o que recorda não corresponde ao que é verdadeiro.

Uma decisão que deixa expressa essa desatenção ao tema é a que faz referência a tais “sinais de mentira”, do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 17ª região, Recurso Ordinário nº 00011583620155170012, na qual o juiz diz:

Considero o relato da testemunha (e também da Reclamante) confiável. Não verifiquei sinais de mentira, tal como aventado pela Reclamada nas razões finais (vide fls. 796-7). Lembro que a testemunha durante todo o oitiva olhou para o juiz, sem titubear. A câmara fica num ângulo de 20 ou 30 graus à direita do juiz e por isso o depoente não costuma olhar para câmara — circunstância que não desmoraliza seu relato. (BRASIL, 2018).

Um outro desafio próprio do contexto de pandemia é a reunião de provas pré-constituídas. Os tribunais vêm também mostrando a nova dificuldade que têm de lidar na diferenciação entre empregadores que não pagam suas dívidas em virtude de impossibilidade financeira decorrente da crise econômica em contraposição àqueles que simplesmente não o querem fazer.¹¹ Já em sede de instrução cabe pensar o grau de exigência de prova documental que será feito até com relação a questões simples, como um atestado para justificar ausência em audiência.¹²

No que diz respeito à prova testemunhal, em virtude da impossibilidade de sua produção em audiências presenciais, a justiça trabalhista tem recorrido frequentemente às audiências telepresenciais. Todavia, a confiabilidade das informações obtidas por meio telepresencial é reduzida.

Com tal observação supra não se quer dizer que aqui haja uma crença na efetividade de estratégias segundo as quais a presença do julgador frente à testemunha é capaz de a constranger a não mentir ou ao menos o garante detectar as mentiras — como é o caso do que alguns pressupõem ser possível através do princípio do contato imediato com o julgador. Ou seja, não se quer defender que o fato de a testemunha poder, via audiência telepresencial, por exemplo, desviar seu olhar ou câmara, diminuindo o contato direto, seja o problema.

¹¹ É o tipo de esforço investigativo o qual o juiz tem de se dar, como fica evidente em decisões como a do TRT da 12ª região - Agravo: 00004434620195120059.

¹² Se o atestado precisa contar com CID, apontamento de doença grave ou que impede locomoção, mesmo em tempos de pandemia, é uma questão levantada, por exemplo, na decisão do TRT da 1ª região - Recurso Ordinário nº 01000435420195010024.

Como explica Ramos (2018, pp. 95-96), a ciência comprovou ser, no mínimo, questionável a confiabilidade epistêmica que merecem as mentiras consideradas detectadas via tal método que se baseia em sinais. Segundo o autor, o esforço do juiz de detecção de algo que até mesmo *experts* têm dificuldade de fazer (detectar mentiras), portanto, pode ser, em outras palavras, equiparado a um jogo de adivinhação ou de moedas. Entretanto, ainda referenciando a decisão judicial destacada previamente, é possível constatar que tal crença persiste, pois o juiz julgou nesse caso em específico não existirem sinais de mentira em virtude do fato de que a testemunha “durante toda a oitiva olhou para o juiz, sem titubear”.

O problema da audiência telepresencial é, ainda, identificar até que ponto o depoimento prestado é unicamente o da testemunha. Isso na medida que em plena era das mídias sociais, via pequenos aparelhos como o de telefone-celular, trocas de mensagem podem ser realizadas instantaneamente. O risco de que testemunhas fossem previamente instruídas a mentir, que obviamente sempre existiu, agora, abre lugar a um contexto ainda mais perigoso em que testemunhas podem estar sendo orientadas durante a própria colheita da prova.

Dessa maneira, o ponto que vem sendo levantado é a impossibilidade de se controlar a *incomunicabilidade* dos depoentes durante a instrução processual.¹³ Afinal, dentro desse contexto nada impede que a testemunha seja orientada por outros indivíduos de maior *expertise* que a sua para a construção de uma boa narrativa. Voltando ao exemplo previamente dado com relação à equiparação salarial, pode-se pensar que o problema de uma testemunha que não pode falar demonstrando autoridade sobre o assunto poderia ser suprido pelo auxílio de quem tem tal autoridade. Tal pessoa conseguiria fornecer as melhores palavras para a testemunha dar a entender possuir a *expertise* que a permite reconhecer se há equiparação entre as funções exercidas sobre as quais discorre.

O próprio advogado pode, ainda, desde fazer a testemunha atingir a precisão necessária de certas falas até a ajudar a escapar de armadilhas próprias utilizadas pelos outros advogados num sistema de interrogatório cruzado. Ainda que tais armadilhas nem sempre contribuam para a descoberta da verdade, é certo que, por vezes, é através delas e do esforço próprio do contexto de interrogatório cruzado que se aproxima à verdade. Nesses termos, uma testemunha que recebe suporte que a possibilite fugir ou desviar de tais armadilhas é alguém que possivelmente pouco vai contribuir para a correta determinação dos fatos, escapando, por essa brecha, das investidas que poderiam a fazer contar algo que não é interessante para a tese que defende.

¹³ É um ponto discutido, por exemplo, na decisão do Recurso Ordinário do TRT da 2ª região - 10004734820205020434.

A BUSCA PELA VERDADE NOS PROCESSOS TRABALHISTAS EM TEMPOS DE PANDEMIA

O entendimento apresentado pelos tribunais, entretanto, é de que “o simples receio da parte quanto ao meio de produção de prova testemunhal não justifica o adiamento da audiência telepresencial” (BRASIL, 2020a). Havendo um comprometimento com a tese de que se pode contar com a boa-fé de todos os partícipes.¹⁴

Todas essas considerações no que diz respeito à prova documental e testemunhal põem em pauta dificuldades de determinação da verdade ainda maiores em tempos de pandemia. Há necessidade de, ainda assim, dar prosseguimento racional às investigações e tomar decisões.

Diante de desafios epistêmicos elevados, e, conseqüentemente, maior ocorrência de situações de incerteza, cabe pensar mais sobre mecanismos de decisão próprios para tais contextos, o que se faz a seguir.

4. O USO E OS LIMITES DOS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE INCERTEZA EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19

Um primeiro tipo de mecanismo sobre incerteza utilizado no Direito do Trabalho, baseado na já tratada súmula 338 do TST, é o de presunção da veracidade da jornada alegada pelo autor diante da ausência de juntada de ponto pelo empregador. Não obstante se possa questionar até que medida isso é adequado, é preciso considerar que a prova da impossibilidade da juntada dos cartões de ponto deve ser um esforço o qual o empregador tem de realizar. Isso, em especial, porque por força do artigo 818, II, da CLT, o peso da prova incumbe à parte reclamada quando a discussão for sobre fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Ademais, outro tipo de mecanismo da justiça do trabalho brasileira que traz maior desafio por ser mais extensivo do que a presunção com relação à jornada alegada, é o *in dubio pro operario*, princípio que, em cenários de dúvida, direciona o decisor à aceitação do alegado pelo empregado como verdadeiro, e serve de paralelo ao *in dubio pro reo* do Direito Penal. A ideia desse mecanismo consiste em, diante de cenários de incerteza no exame dos fatos trazidos ao processo, decidir em benefício do trabalhador. Os parâmetros ou mesmo a existência do princípio em questão recaem em um assunto controvertido, o que se nota desde a análise de decisões judiciais que ora o reconhecem ora não, até o fato de o Direito do trabalho já dispor de outros mecanismos que realizam função similar a dele, tornando-o desnecessário (DELGADO, 2019, p. 249).

¹⁴ Esses tipos de considerações foram usadas como justificativa para realização de audiências telepresenciais, como se pode notar em decisões vide a do TRT da 3ª região - 0010441-65.2020.5.03.0055.

Comprometendo-se com a ideia anexa a ele, independente de assim o chamar, o preceito não fica imune do risco de cometimento de injustiças. Isso na medida em que o princípio reflete exatamente uma solução para cenários em que há dúvida e, por isso, inevitavelmente, erros podem acontecer.

Dessa forma, situações de crise, como a da Pandemia da Covid-19, requerem um olhar a novos obstáculos para a descoberta da verdade, os quais demandam que o julgador recorra a estratégias apropriadas de suporte para a correta decisão. Nesse sentido, importa pensar em suspensão de processos nos quais a prova testemunhal terá elevado valor e em que há ausência de outros elementos probatórios que possam contribuir para a correta conformação da hipótese fática. Ter em mente figuras que fogem à vulnerabilidade tão atribuída ao empregado (como é o caso do empregado hiperssuficiente¹⁵) igualmente é outro elemento importante.

Todavia, uma vez devidamente demarcado um cenário de incerteza em contextos pandêmicos em que celeridade processual se mostra necessária, diante da vulnerabilidade do empregado (em regra existente), mecanismos de resolução de incerteza deverão ganhar espaço. No que se refere à presunção de veracidade das declarações do empregado em cenários de incerteza (encorpada no *in dubio pro operario* e seus consectários) está presente a ideia de que entre as classes de erro que o Direito do Trabalho historicamente se dispôs a correr o risco de cometer está a de preferir errar por dar a vitória, incorretamente, ao empregado, e não o erro oposto, de dar vitória, incorretamente, à empresa empregadora.

Tal como no processo penal existem cenários de incerteza e conseqüente risco de que erros ocorram, o mesmo ocorre no processo trabalhista. E, assim como naquele há a preferência institucional pelo risco de errar ao presumir a inocência de um culpado à culpa de um inocente, neste há a preferência pelo risco de errar reconhecendo como vulnerável e dando procedência ao pleito de um empregado que em verdade nenhum direito possuía do que errar dando improcedência ao pleito de um empregado que na realidade deveria ter a procedência de seus pleitos concedida.¹⁶

Mesmo em tempos de pandemia essa preferência institucional deve prevalecer independente de qual nomenclatura se use para chegar a ela. Mas a demanda em excesso e a inviabilidade de produção segura de certos tipos de prova não devem liberar o juiz de sua

¹⁵ Empregado hiperssuficiente é aquele que possui diploma de nível superior e recebe salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, conforme o artigo 444 da CLT.

¹⁶ Proponho aqui um entendimento que vai em sintonia à distribuição assimétrica entre tipos de classe de erro que se prefere correr o risco de cometer no processo penal, distribuição essa, por exemplo, tratada por Matida (2019b, p. 96).

A BUSCA PELA VERDADE NOS PROCESSOS TRABALHISTAS EM TEMPOS DE PANDEMIA

empreitada à verdade dos fatos. A verdade é, cabe sempre reforçar, requisito de um enunciado sobre os fatos justificado e elemento indispensável para que se possa falar em uma decisão judicial justa.

CONCLUSÃO

A verdade no processo, embora esquecida historicamente, é um norte regulador necessário para que se possa falar na legitimidade de uma decisão judicial. Ademais, para que tal defesa da verdade no processo seja feita, pressupõe-se, de partida, que se afastem concepções verificólicas acerca de sua possibilidade e necessidade.

Também é necessário que se adote uma concepção racionalista da prova, segundo a qual se exige que o juiz decida sem deixar de lado regras de racionalidade. É inevitável o afastamento total da concepção oposita, persuasiva, segundo a qual um fato pode ser considerado provado desde que o juiz atinja o estado de íntima convicção.

A crença na possibilidade e na necessidade da verdade alinhada a uma concepção racionalista da prova não afasta o desafio que será a busca por ela no processo. Aquele que assume o compromisso com tal busca precisa lidar com dificuldades voltadas à confiabilidade que merecem certos documentos juntados aos processos bem como à própria memória enquanto fonte de prova. Ao se trabalhar com prova testemunhal, afinal, enfrentam-se problemas como, por exemplo, a impossibilidade de detectar uma testemunha que mente por medo de perder o emprego/sofrer retaliações do chefe ou a dificuldade em encontrar uma com autoridade para discorrer sobre determinados assuntos.

O contexto de pandemia da COVID-19 trouxe novos desafios para a justiça do trabalho no que se refere à determinação dos fatos do processo, embora os demais nem restassem totalmente superados ou mesmo enfrentados. Há a necessidade de agora rediscutir até mesmo o nível de formalidade exigido frente a documento emitido em período de crise. E há, também, a obrigação de repensar até que ponto existe viabilidade na produção de um testemunho numa audiência telepresencial ou o grau de credibilidade que o ali dito merece, já que não há garantias de incomunicabilidade da testemunha com terceiros e tampouco de incomunicabilidade da testemunha com o próprio advogado.

É por esse motivo que ganha importância aplicar desde princípios básicos do Direito do trabalho, como é o caso do princípio da primazia da realidade sobre a forma, até mecanismos de controle em cenários de incerteza. Tais estratégias, entretanto, devem ser utilizadas racionalmente, em contextos que encontram real cabimento, em especial porque com a

aplicação de algumas, como no caso do *in dubio pro operario*, as consequências de um erro judiciário podem ser grandes para a parte empregadora.

Portanto, mesmo em situações de exigência extrema do judiciário este não escapa da obrigatoriedade de vigor investigativo e de apresentar uma decisão justificada em matéria de fatos. Tal investigação é requisito de racionalidade de uma decisão e, por consequência, de sua justiça. Mas, entre o erro de dar vitória indevida ao empregado e o de dar vitória incorreta ao empregador, é certo que o *in dubio pro operario* e as demais estratégias em cenários de incerteza anexas a ele, como a presunção baseada na súmula 338 do TST, revelam uma preferência institucional do Direito do trabalho pelo risco de incorrer na primeira classe de erro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCATINO, Daniela. Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora? **Revus**, 39, pp. 85-102, 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **DOU**, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

BRASIL. Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. **DOU**, 22 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-927-de-22-de-marco-de-2020-249098775>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (1ª Região). Recurso Ordinário nº 01000435420195010024. Recorrente: Fernando de Sousa Lima. Recorrido: Luciano Restaurante Ltda. Relator: Maria Aparecida Coutinho Magalhães. DJ, 30 set. 2020. **Jusbrasil**, 2020. Disponível em: <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1109400718/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1000435420195010024-rj/inteiro-teor-1109400723>>. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2ª Região). Recurso Ordinário nº 10004734820205020434. Recorrente: Mestre Administração s/s Ltda. Recorrido: Amanda de Sousa Guedes. Relator: Ivani Contini Bramante. 4ª Turma - Cadeira 5. DJ, 02 dez. 2020.

A BUSCA PELA VERDADE NOS PROCESSOS TRABALHISTAS EM TEMPOS DE
PANDEMIA

Jusbrasil, 2020. Disponível em: <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1136160006/10004734820205020434-sp>>. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). Vara do Trabalho de Conselheiro Lafaiete/MG. Decisão no processo nº 0010441-65.2020.5.03.0055. Autor: Edmar Henrique do Espírito Santo. Réu: Milplan Engenharia SA. Juiz: Márcio Roberto Tostes Franco. DJ, 03 set. 2020a. **Jusbrasil**, 2020a. Disponível em: <<https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1149773130/atsum-104416520205030055-1-vara-do-trabalho-de-conselheiro-lafaiete-trt3/inteiro-teor-1149773131>>. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (12ª região). Agravo de Petição nº 00004434620195120059. Agravante: Jotur Auto Ônibus e Turismo Josefense Ltda. Agravado: Marcos de Freitas da Silva. Relator: Helio Henrique Garcia Romero. DJ, 09 set. 2020. **Jusbrasil**, 2020. Disponível em: <<https://trt-12.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/932601387/agravo-agv-4434620195120059-sc>> Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (17ª região). Recurso Ordinário nº 00011583620155170012. Recorrente: Ricardo Costa Ladislau. Recorrido: Chocolates Garoto SA. Relator: Cláudio Armando Couce de Menezes. DJ, 10 abr. 2018. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em <<https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/621535630/recurso-ordinario-trabalhista-ro-11583620155170012/inteiro-teor-621535637>>. Acesso em: 26 de jan. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 338**. Jornada de Trabalho. Registro. Ônus da Prova [...]. DJ, 20, 22 e 25 abr. 2005. Disponível em: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-338>. Acesso em: 03 abr. 2021.

CAVALLINI, Marta. Aumento de ações trabalhistas relacionadas à Covid-19 tem relação com o desemprego, dizem especialistas. **G1 - O portal de notícias da Globo**. São Paulo, 09 jun. 2020. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2020/06/09/aumento-de-acoes-trabalhistas-relacionadas-a-covid-19-tem-relacao-com-o-desemprego-dizem-especialistas.ghtml>>. Acesso em: 25 jun. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e Verdade no Direito**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MATIDA, Janaina. A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência. In: NICOLITT, André., AUGUSTO, Cristiane Brandão (orgs), **Violência de gênero: Temas polêmicos e atuais**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019a.

MATIDA, Janaina. Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. In: **Arquivos da Resistência: ensaios e Anais do VII Seminário Nacional do IBADPP**, Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019b.

MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, José Ricardo (Org.). **Epistemologias Críticas do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova Testemunhal: Do Subjetivismo ao Objetivismo. Do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

TARUFFO, Michele. La Verdad en el Proceso. **Derecho & Sociedad**, 40, pp. 239-248, 2013.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.