

Cerceamento de defesa, negativa ao litor de tentar a contra-prova. Preclusão quanto ao ônus da prova.

P A R E C E R

de

ARNALDO SUSSEKIND e DELIO MARANHÃO

à Consulta formulada pelo advogado  
FRANCISCO GALVÃO DE CARVALHO,  
referente a processo em que contende com a  
CAIXA ECONÔMICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

S u m á r i o

I - Da Consulta .....	itens 1 a 6
II - Da nulidade da sentença por cerceamento de defesa.....	itens 7 a 24
III - Da preclusão no que se refere ao ônus da prova.....	itens 25 a 32
IV - Conclusões .....	item 33

RIO DE JANEIRO

1975

P A R E C E R

I - DA CONSULTA

1. O Consulente reclamou contra a Caixa Econômica do Estado de Minas Gerais, com fundamento no art. 461 da C.L.T. Com a inicial juntou o Reclamante documentos provando: a) que o paradigma é mais bem remunerado; b) que ambos - equiparando e paradigma - são advogados, letra "Q", da Reclamada; c) que foram ambos nomeados para exercer a mesma função no mesmo dia, na mesma hora e pelo mesmo ato administrativo.

2. Contestando, disse a Reclamada não serem idênticas as funções exercidas pelo equiparando e pelo paradigma, eis que este era assessor de uma diretoria. Disse, ainda, que o paradigma tivera incorporado ao seu salário parcela advinda do regime estatutário anterior. Juntou declaração de seu Chefe do Pessoal no sentido de que o Reclamante fora admitido mais de dois anos após a admissão do paradigma.

3. Em face das alegações da Reclamada, permitiu a Junta produzir o Reclamante contra prova documental, o que foi feito no prazo para isso fixado.

4. Entendendo a Junta que o ônus da prova cabia, exclusivamente, à Reclamada, indeferiu a prova testemunhal do Reclamante, que

protestou contra esse indeferimento. Não houve protesto da Reclamada sobre a decisão quanto ao ônus da prova.

5. A Junta, ao decidir a reclamação, resolveu desconhecer os documentos juntos pelo Reclamante depois da contestação, e concluiu pela improcedência do pedido.

6. Em face do exposto, pergunta-se:

A) É nula a sentença da Junta, por cerceamento de defesa?

B) Ocorreu a preclusão no que se refere à decisão relativa ao ônus da prova?

## II - DA NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA

7. A Junta negou-se a ouvir as testemunhas do Reclamante. E julgou improcedente a reclamação porque teria a Reclamada demonstrado serem diferentes as funções exercidas pelo equiparando e pelo paradigma.

8. Entendeu a Junta que, no caso, o ônus da prova cabia, apenas, à Reclamada. E que, por não caber ao Reclamante "provar nada", a prova Testemunhal que pretendeu produzir, além de "desnecessária", poderia

"levar a Justiça a um impasse desconcertante, com o "empate" no depoimento das testemunhas"...

9. Não ficou, porém, aí o extravagante procedimento da Junta. Resolveu "desconhecer" documentos cuja juntada já fora deferida, sem, no entanto, mandar desentranhá-los dos autos.

10. Em suas contra-razões de recorrida, opondo-se à nulidade arguida pelo Reclamante em seu recurso ordinário, diz a Reclamada:

1ª) que o Reclamante deixou de invocá-la oportunamente, nos termos do art. 795 da C.L.T.;

2ª) que o Reclamante não demonstrou ter sofrido prejuízo com o indeferimento da prova (art. 794 do mesmo diploma legal).

11. Parece evidente que, sob a influência do clima de autêntica subversão processual de que nos dão notícia a Consulta e os documentos a ela anexados, por cópia, deixou-se a Reclamada envolver numa espécie de "competição" com a Junta.

12. O Reclamante não cumpriu a exigência do art. 795 da C.L.T.? Mas - Santo Deus! - está nos autos:

"Pelo Juiz foi dito que considerando os artigos... a prova é da reclamada, razão pela qual dispensa as testemunhas do reclamante, sob protesto (grifos nossos).

E está no relatório da sentença:

"Dispensadas as testemunhas do autor (fls. 300), sob protesto..." (grifos nossos).

13. O Reclamante não sofreu prejuízo com o indeferimento da prova? Mirabile dictu! Será que a Reclamada supõe - nessa curiosa competição de non sense jurídico-processual - que o Reclamante propôs sua reclamação para vê-la julgada improcedente?... E quando lhe bastaria o "empate" para sair vitorioso, desde que a Reclamada aceitou o ônus da prova...

14. Desfeitas, assim, com a facilidade com que se desfaz uma bolha de sabão, as "objeções" preliminares constantes das contra-razões de recorrida da Reclamada, voltemos a examinar o subversivo procedimento da Junta.

15. Começemos pela prova documental, deferida e conservada nos autos, mas que a Junta resolveu, simplesmente, "desconhecer" na solução do caso.

16. De duas, uma: ou a prova podia ou não podia ser produzida. Se não podia, os documentos teriam que ser desentranhados. Mas - e isso é de suma importância - a Junta não reformou a decisão anterior que deferira a prova. Daí terem os documentos ficado nos autos. Ora, se o deferimento da prova não foi reformado, se os documentos, por isso mesmo, continuaram nos autos, tal prova não podia deixar de ser considerada. Não pode o Juiz, obviamente, "desconhecer" uma prova deferida.

17. E em que se baseou a Junta para esse revolucionário "desconhecimento" da prova? Está dito que foi no art. 787 da C.L.T. Mas, o Reclamante juntou à petição inicial os documentos básicos e ne-

cessários à propositura da reclamação. O que ele não podia advi-  
nhar é que a Reclamada, na contestação, fizesse as alegações que  
nela constam. E, muito menos, que juntasse com a defesa declaração  
do Chefe do Pessoal inteiramente divorciada da realidade. Como en-  
sina COQUEIJO COSTA, uma das hipóteses em que se admite a produção  
de novos documentos durante a instrução do processo é a da contra  
prova:

"...assim, se a parte quer contraprovar, isto é, ten-  
tar, com a sua prova elidir ou minimizar a eficácia  
da prova produzida pela outra parte" ("O Direito Pro-  
cessual do Trabalho e o Código de Processo Civil de  
73", São Paulo, LTr., 1975, pág. 130).

Aliás, sempre foi esse o entendimento doutrinário. Vale  
transcrever as seguintes palavras de PEDRO BATISTA MARTINS:

"Esses documentos que, obrigatoriamente, deve o autor  
oferecer com a inicial e o réu com a defesa, são ape-  
nas os que lhes sirvam de fundamento às respectivas in-  
tenções. Impraticável seria efetivamente obrigar-se as  
partes, initio litis, a produzirem, sob pena de preclu-  
são, todos os documentos que a sustentação do pleito pos-  
sa exigir. O desenvolvimento da luta judiciária pode  
recomendar, como conveniente, a exibição de documento  
que ao autor, ao deduzir o libelo, tenha parecido des-  
necessária. A fisionomia de uma causa não nasce comple-  
ta da petição inicial e da contestação" ("Comentários  
ao Cód. de Proc. Civil", Rio, Forense, Vol. II, 1941,  
págs. 134-135).

Aí está. E foi o que ocorreu. Os documentos juntos pelo Re-  
clamante após a contestação, não foram, antes, exibidos, porque so-  
mente se fez necessária a juntada em função mesma da própria con-  
testação.

18. Considerando, como se viu, que o ônus da prova cabia à Reclamada, indeferiu a Junta a prova testemunhal do Reclamante, "desconheceu" sua prova documental... e julgou contra ele. Diz a sentença:

"...ao autor não cabia nem incumbia provar nada e a audiência de suas testemunhas, além de carregar o Juízo, desnecessariamente, com muito trabalho, sem proveito, poderia, ainda, como tem acontecido, levar a Justiça a um impasse desconcertante, com o "empate" no depoimento das testemunhas. Por isso (grifos nossos) se indeferiu a sua audiência, na certeza de se cumprir a lei, sem cerceio à defesa do autor".

19. Não fora o respeito que a Junta nos merece e escreveríamos: risum teneatis? Preferimos, no entanto, atribuir o trecho que vimos de transcrever a um desses "eclipses" de que ninguém estará, por certo, livre. E para não mudar de poeta, escolhemos outro verso de HORÁCIO: quandoque bonus dormitat Homerus...

20. Esqueceu-se, evidentemente, a Junta que o ônus da prova, exatamente por ser um ônus,

" é uma situação de risco (grifos-nossos) que consiste em que aquele que não prova o que lhe cabe provar, perde a causa" (EDUARDO COUTURE, "Fundamentos do Direito Processual Civil, São Paulo, Saraiva, 1946, pág. 163).

21. Esqueceu-se, ainda, que a atribuição do ônus da prova a uma das partes

"não impede que a outra faça a contra-prova" (LOPES DA COSTA, "Direito Processual Civil", Rio, Konfino, Vol. II, 1947, pág. 206).

22. E se esqueceu, principalmente, que o "empate" das provas equivale, lógica e juridicamente, à ausência de prova: nenhuma das partes terá provado o que pretendia provar. Hipótese em que - é o óbvio - perde a causa aquela sobre quem recaia o ônus da prova...

23. De modo que a Junta, depois de admitir que os depoimentos das testemunhas do Reclamante poderiam levar a um "empate", caso em que, por isso que atribuído, sem protesto, o ônus de provar à Reclamada, teria o Reclamante, necessariamente, ganho de causa, impediu-o de, pelo menos, provocar esse "empate"... E julgou contra ele, sem que deixasse antes de declarar, num ilogismo manifesto, que... não houve "cerceio à defesa do autor"...

24. A nulidade da sentença é gritante insofismável. A título de ilustração, dois exemplos da jurisprudência trabalhista:

"Dispensada a prova testemunhal da parte contra a qual foi proferida a condenação, configura-se plenamente o cerceamento de defesa" (Ac. T.R.T. - 1ª Reg. - 2ª T. - Proc. 3.138/71 - Rel. CELSO LANNA).

"Claro que é cerceada a parte que fica impedida de fazer a prova e sofre o impacto da sentença" (Ac. T.R.T. - 1ª Reg. - 1ª T. - Proc. 2.768/73 - Rel. AMARO BARRETO).

E mais não é preciso dizer.

III - DA PRECLUSÃO NO QUE SE REFERE AO ÔNUS  
DA PROVA

25. Entendeu a Junta que o ônus da prova cabia à Reclamada. Não competia - está claro - ao Reclamante impugnar essa decisão. Falta va-lhe para tanto o mínimo e legítimo interesse, eis que tal decisão lhe era totalmente favorável do ponto de vista processual. Mas, como sabemos, a Junta foi acometida de um acesso de infelicidade. E embaralhou tudo. E acabou convertendo uma inegável vantagem processual em fator de cerceamento de defesa do Reclamante...

26. Desse cerceamento resultou a já referida e gritante nulidade da sentença que deu pela improcedência do pedido. Mas, quanto à decisão interlocutória sobre o ônus da prova?

27. Contra ela não protestou a Reclamada em audiência e nem invocou sua nulidade (pela inversão do onus probandi). Volta-se, aqui, portanto, e com propriedade, contra a Reclamada, o argumento que, em suas contra-razões de recorrida, inadequadamente, pretendeu usar contra o Reclamante: nos termos do art. 795 da C.L.T., a questão já não mais poderá ser reaberta por força da preclusão.

28. Dir-se-á que a sentença de mérito lhe foi favorável. Cumpre não confundir, porém, a decisão interlocutória sobre o ônus da prova com a sentença que julgou o pedido. Sabe-se que no processo comum anterior ao Código atual havia o "agravo no auto do processo". E que, pelo Código vigente, das decisões interlocutórias cabe "agravo de instrumento". O sistema da C.L.T. sempre foi mais simples. A

mulidade deve ser alegada em audiência, inclusive - segundo jurisprudência tranquila - sob a forma de "protesto" contra a decisão interlocutória. E desta não cabe recurso específico, cabendo à parte prejudicada renovar seu inconformismo quando do recurso da sentença final.

29. Insistir-se-á: mas, a sentença foi favorável à Reclamada, não tinha esta interesse para interpor recurso. Repita-se a advertência: a decisão interlocutória não se confunde com a sentença de mérito. E se daquela resultou nulidade processual (inversão do ônus da prova), impunha-se o protesto em audiência sob pena de preclusão. Há mais, porém. O atual Código de Processo Civil substituiu o "agravo no auto de processo" (a que equivalia, pelo sistema da C.L.T., o protesto em audiência) pelo "agravo de instrumento", mas previu, também, a figura do "agravo retido", a que, afinal, equivale, igualmente, aquele "protesto" no processo trabalhista. Leia-se, a propósito, o seguinte comentário do nosso maior processualista JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, que, depois de se referir à decisão interlocutória "proferida em audiência", escreve:

"Na petição, o agravante poderá requerer que o agravo fique retido nos autos. Tenho a impressão de que a jurisprudência vai fazer aqui um salutar trabalho de erosão no texto, interpretando em sentido amplo a palavra "petição" e admitindo que a parte interponha o seu agravo oralmente (grifo nosso) e requeira ao mesmo tempo que ele seja retido nos autos" ("Estudos sobre o novo Código de Processo Civil, Rio, Ed. Liber Juris, 1974, pág. 187).

30. No caso, já o sabemos, não houve protesto da Reclamada con

tra a decisão interlocutória que lhe atribuiu, exclusivamente, o ônus da prova. Daí a preclusão. Voltar-se-á à carga; mas, a sentença de mérito foi favorável à Reclamada. E ter-se-á que insistir: tal sentença não se confunde com a decisão interlocutória com a qual se conformou a Reclamada. E dizer, ainda e mais, que a Reclamada reiterou seu conformismo, nada alegando a respeito em suas contra-razões de recorrida. A sentença de mérito foi, certamente, favorável à Reclamada. Acontece que dessa sentença recorreu o Reclamante. E onde há recurso, há a possibilidade de seu provimento.

31. Ora, se no processo do trabalho nem sequer é necessária a interposição de "agravo" das decisões interlocutórias, se existe um evidente paralelismo entre o "protesto" trabalhista e o "agravo retido" do processo comum, não há porque deixar de aplicar-se ao processo do trabalho a norma do processo comum, segundo a qual, na hipótese de vir a ser favorável ao agravante a sentença de mérito, desta tendo recorrido a parte contrária, para que o Tribunal possa enfrentar a questão relativa à decisão interlocutória desfavorável à recorrida, mister se faz que esta assim o solicite em suas contra-razões (art. 522, § 1º, do Código de Processo Civil).

32. No caso - já se disse - nem a Reclamada protestou em audiência contra a decisão que lhe impôs o ônus da prova, nem sobre a matéria fez a menor alusão em suas contra-razões. Se não é possível excluir-se do processo do trabalho a figura da preclusão; se a decisão interlocutória não se confunde com a sentença de mérito; se ambas, evidente, e nas ocasiões processuais oportunas, estão, inevitavelmente, sujeitas à preclusão; não há como negar possa esta

consumar-se quando, em relação tanto a uma como à outra, se verifica o conformismo da parte contra a qual foi proferida.

#### IV - CONCLUSÕES

33. Em face do exposto, passamos a responder aos quesitos formulados:

A) Houve evidente cerceamento de defesa, daí resultando a nulidade da sentença da Junta.

B) A matéria relativa ao ônus da prova, objeto de decisão interlocutória com a qual se conformou a Reclamação, está preclusa.

É o que nos parece, s. m. j.

Rio de Janeiro, 17 de outubro de 1975

-----  
DELIO MARANHÃO

~~017 - 2.975~~

-----  
ARNALDO SUSSEKIND

~~017 - 2.100~~