

EDSON BUENO DE SOUZA

TEORIA E PRÁTICA DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

MESTRADO EM DIREITO

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
SÃO PAULO
2007**

EDSON BUENO DE SOUZA

TEORIA E PRÁTICA DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em direito do trabalho, sob orientação do Prof. Doutor PEDRO PAULO TEIXEIRA MANUS.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
SÃO PAULO
2007**

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Com ânimo de vidente, antevejo que os melhores anos de minha vida foram os que vivi em São Paulo como discípulo daqueles a quem Deus deu o dom do magistério, no seu sentido mais largo. Refiro-me, com ternura e nostálgica saudade, aos estimadíssimos professores doutores Pedro Paulo Teixeira Manus (meu orientador, meu paradigma em todos os sentidos), Paulo Sérgio João (de lapidar sabedoria, democrático e exemplo de educador) e Carla Romar (sábua, culta, atenta e dedicada). Na falta de palavras que possam demonstrar seus reais valores e minha fiel admiração, fica aqui o meu sincero agradecimento: muito obrigado!

Agradeço aos meus colegas de mestrado, também meus amigos, pela doce e prazerosa convivência. Obrigado a todos vocês.

E, também, aos meus colegas de trabalho no TRT da 23ª Região, no fecundo Mato Grosso.

DEDICATÓRIA

Dedico este modesto trabalho acadêmico a Tatiane Lopes que foi e sempre será o maior dos meus estímulos, hoje e sempre. Sem palavras!

E, também, aos meus familiares.

RESUMO

O presente estudo aborda os aspectos teóricos e práticos dos meios de prova previstos/permitidos no âmbito do processo do trabalho e, em seguida, foram tecidas algumas considerações específicas sobre as provas obtidas por meio ilícito e as atípicas.

Seu ponto de partida foi a evolução histórica das provas, que foi visitada rapidamente. Na seqüência, foram enfrentadas as questões ligadas ao conceito e a natureza jurídica das provas, bem como o dogma da verdade no processo. Nas etapas seguintes foram estudados os princípios, as classificações e os meios de prova. Como a análise de cada meio de prova típico foge ao objeto do trabalho, foram realizados brevíssimos comentários sobre eles. Ato contínuo foi visto, também em breve passagem, as etapas da atividade probatória e os momentos e locais em que elas são produzidas. Os poderes instrutórios do juiz e o ônus da prova foram estudados logo em seguida para dirigir-se a análise da valoração dos meios de prova.

Sobreveio, nas etapas finais, a análise das provas ilícitas e atípicas. O último capítulo foi dedicado ao manejo prático das provas no processo do trabalho.

O método adotado neste estudo foi o da pesquisa da doutrina nacional e estrangeira, bem como a análise da jurisprudência, em especial do TST e do STF.

ABSTRACT

The present study approaches the theoretical and practical aspects of the means of evidence which are foreseen and/or allowed within the ambit of a labour process and, following that, some specific considerations about the evidence achieved through illicit or atypical means were made.

Its starting point was the historical evolution of the evidences, rapidly examined. In the sequence, the issues concerning the concept and the judicial nature of the evidences as well as the dogma of truth in the process were confronted.

In the following stages the principles, classification and means of evidence were studied. Since the analysis of each typical means of evidence is not a part of the object of this study, really short comments were made about them.

Continuous act was seen, also in a very brief passage, as well as the stages of the probatory activities and the moments and places in which they are produced. The instructional power of the judge and the onus of the evidence were studied in the sequence to address to the analysis of the value judgment of the means of evidence.

At the final stages came the analysis of illicit and atypical evidences. The last chapter was dedicated to the practical management of the evidences within the labour process.

The adopted method in this study was the research of national and foreign doctrines, as well as jurisprudence, especially from TST (Federal Labour Court) and STF (Supreme Court).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I – BREVE HISTÓRIA DA PROVA E DO DIREITO PROCESSUAL.....	16
1.1 Breve História da prova judicial.....	16
1.2 Breve História da Evolução do Direito Processual.....	20
CAPÍTULO II – NOÇÕES E CONCEITOS DE PROVA.....	23
2.1 Noções gerais e prova em senso comum.....	23
2.2 Conceitos.....	24
2.2.1 de prova jurídica.....	24
2.2.2 de prova judicial.....	25
2.3 Visão tridimensional da prova judicial na lei e na jurisprudência.....	27
CAPÍTULO III – A VERDADE E A PROVA PROCESSUAL.....	29
CAPÍTULO IV – NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS SOBRE PROVA	33
CAPÍTULO V – PRINCÍPIOS INERENTES E DA PROVA.....	38
5.1. Constitucionais.....	38
5.1.1 Do contraditório.....	38
5.1.2 Da vedação do uso de provas ilícitas	39
5.1.3 Da proporcionalidade.....	40
5.2 <i>Princípios</i> Processuais.....	41
5.2.1 necessidade da prova.....	41
5.2.2. <i>Princípio do dispositivo</i>	42
5.2.3 aquisição processual.....	44
5.2.4 oralidade	45
5.2.5 igualdade de oportunidades.....	46
5.2.6 imediação.....	46
CAPÍTULO VI – FINALIDADE DA PROVA.....	47
CAPÍTULO VII – DIREITO À PROVA.....	49
CAPÍTULO VIII – OBJETO DA PROVA	
8.1 Matérias de fatos controvertidos, relevantes e	

pertinentes.....	52
8.1.2 negativa do fato e fato negativo.....	55
8.2 Prova do direito.....	58
8.2.1 municipal, estadual, estrangeiro consuetudinário.....	58
8.2.2 normas previstas em CCT, ACT, regulamento de empresa e sentença normativa.....	59
8.3. Prova de questão processual.....	61
CAPÍTULO IX – FATOS QUE NÃO DEPENDEM DE PROVA	63
9.1. Considerações iniciais.....	63
9.2. Fato notório.....	64
9.2.1 Fato notório X conhecimento privado do juiz.....	66
9.2.2 Fato notório X regras de experiência.....	67
9.3 Fatos confessados.....	68
9.3.1 indivisibilidade da confissão.....	71
9.3.2 fatos que as partes não estão obrigadas a declarar.....	71
9.3.3 anulação da confissão.....	72
9.3.4 pessoas atingidas pela confissão.....	73
9.4 Fatos admitidos como incontrovertidos no processo	73
9.5 Fatos presumidos.....	75
CAPÍTULO X – MEIOS DE PROVA.....	76
10.1 Considerações gerais.....	76
10.2 Meios de provas tipificados no sistema.....	77
10.2.1 confissão.....	77
10.2.2. prova documental.....	78
10.2.2.1 noção e conceito de prova documental.	78
10.2.2.2 classificação dos documentos.....	78
10.2.2.3 valor probatório dos documentos.....	79
10.2.2.4 autenticidade e validade dos documentos.....	80
10.2.2.5 ônus da prova documental.....	80
10.2.3 Prova testemunhal.....	81

10.2.3.1	considerações introdutórias.....	81
10.2.3.2	procedimento probatório.....	82
10.2.4	Prova pericial.....	83
10.2.4.1	considerações iniciais.....	83
10.2.4.2	formas e espécies de perícias.....	83
10.2.5	Inspeção judicial.....	84
10.2.6	Presunções e indícios.....	84
CAPÍTULO XI – CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS.....		86
CAPÍTULO XII – ETAPAS DA ATIVIDADE PROBATÓRIA.....		90
12.1	Considerações iniciais.....	90
12.2	Diferença entre procedimento probatório e instrução processual.....	91
12.3	Etapas do procedimento probatório.....	91
CAPÍTULO XIII – LUGAR E FORMA DE PRODUÇÃO DA PROVA		95
13.1	em audiência.....	95
13.2	fora da audiência.....	97
13.2.1	documentos.....	97
13.2.2	testemunhas	97
13.2.3	perícia e inspeção judicial.....	97
13.2.4	prova emprestada (atípica).....	98
CAPÍTULO XIV – ATIVISMO JUDICIAL NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL		99
CAPÍTULO XV – ÔNUS DA PROVA		103
15.1	Noções e distinções de ônus da prova, obrigação e dever.....	103
15.2	Necessidade de mudança desse modelo liberal para a perspectiva social do processo.....	106
CAPÍTULO XVI – VALORAÇÃO DOS MEIOS DE PROVA.....		110
16.1	A importância da valoração da prova.....	110
16.2	Critérios de valoração dos meios de prova.....	110
CAPÍTULO XVII – PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO DO TRABALHO		
17.1	Introdução.....	113

17.2 Noções e conceitos de provas vedadas: ilícitas e ilegítimas	115
17.3 Provas ilícitas no direito constitucional brasileiro.....	120
17.4 O uso da prova ilícita na visão doutrinária.....	123
17.5 Provas ilícitas por derivação.....	124
17.6 O princípio da proporcionalidade e a teoria das provas.	127
17.7 As provas ilícitas no direito nacional.....	131
17.7.1.conseqüências processuais da admissão da prova ilícita.....	133
17.7.2 interceptações e gravações	135
17.7.2.1.interceptação telefônica no Brasil.....	137
17.7.2.2 gravação de conversa entre presentes.....	138
17.7.2.3. gravações clandestinas.....	139
17.7.2.4. o empréstimo da prova ilícita.....	142
17.7.2.5 O empréstimo e valoração da prova ilícita....	143

CAPÍTULO XVIII – PROVAS ATÍPICAS

18.1 Noções.....	147
18.2 Alguns meios de provas não tipificados no sistema.....	147
18.2.1 Inquirição de testemunhas técnicas.....	148
18.2.2 constatações realizadas por Oficial de Justiça.	148
18.2.3 Pareceres técnicos.....	150
18.2.4 As chamadas perícias técnicas realizadas pela polícia e auditoria particular.....	150
18.2.5 Comportamento processual das partes.....	150
18.2.6 Prova emprestada.....	151
18.2.6.1 conceito e forma de ingresso no segundo processo.....	151
18.2.6.2 requisitos de admissibilidade.....	153
18.2.6.3 valoração da prova emprestada.....	157
18.2.6.4 provas que não podem ser emprestadas.....	157

CAPÍTULO XIX – MANEJO PRÁTICO DAS PROVAS NO PROCESSO DO TRABALHO

19.1 A prova dos usos e costumes.....	160
19.2 Prova testemunhal e limitação do número de testemunhas.....	162
19.2.1 Considerações iniciais.....	162
19.2.2 Uso da prova testemunhal.....	162
19.2.3 Ouvir testemunha impedida ou suspeita é direito da parte ou faculdade do juiz?.....	163
19.2.4 Limite do número de testemunhas.....	164
19.3 A produção de prova pelo reclamado revel.....	166
19.4 prova no recurso ordinário.....	168
19.4.1 Considerações iniciais.....	168
19.4.2 Valoração da prova no recurso ordinário.....	170
19.5 A prova no agravo de petição.....	171
19.6 A prova no mandado de segurança.....	172
19.7 A prova na equiparação salarial.....	174
19.7.1 Considerações Iniciais.....	174
19.7.2 Meios e ônus da prova na equiparação salarial.....	175
19.8 prova na ação monitória.....	176
CONCLUSÃO.....	178
REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICA	180

INTRODUÇÃO

Toda sociedade, da mais distante e rudimentar civilização até a atual, possui certa noção da *prova* como método de convencimento adotado pelo julgador na solução de conflitos envolvendo discussões sobre fatos para certas comunidades de determinada época, e para outras coletividades o resultado da prova era, na realidade, o resultado do próprio julgamento, pois cabia ao julgador apenas proclamar o resultado a favor daquele que sagrou-se vencedor na prova.

Mirada por qualquer foco – como meio, como ação de provar ou como resultado – a *prova* era empregada como regra de procedimento no período em que a “ação” era considerada manifestação do direito substancial, em procedimento, mas não em processo. Em outras palavras, a ação era o próprio direito material em reação ou, se quiser, bem ao sabor do *slogan* francês “a ação é próprio direito encouraçado e armado para a guerra”.

Após a autonomia do direito processual, desvinculando-se do direito material, resultado da rica e conhecida discussão travada nos anos de 1856 e 1857 por dois romanistas alemães, Bernhard Windscheid e Theodor Muther, o papel que a prova passou a desempenhar no processo, como veículo de convencimento do julgador para fundamentar a decisão a tomar, e fazer desta uma justa, efetiva, rápida e eficaz entrega da prestação jurisdicional, é realçado por Carnelutti ao expressar que “a prova é coração do problema do juízo, como o juízo é o coração do problema do pensamento”. Não é por outra razão que Giuseppe Chiovenda colocou “a disciplina do ônus da prova [como] figura entre os problemas vitais do processo”, e Leo Rosenberg, com apoio no magistério de Stölzel, confirma que “a imposição da carga de prova equivale a metade da perda de processo”, podendo assim concluir com as palavras de Stamm e de Levy, que a prova é “a espinha dorsal do processo civil” ou, nas palavras de Eugênio Florian, a “prova é a alma do processo”.

Estudos de temas relativos a *prova judicial*, conquanto não sejam recente, como se depreende destes assentamentos, e a despeito disso e dos fluxos/refluxos que a ciência processual deu ao longo de sua existência, após desgrudar-se do direito material, mantém vivas e borbulhantes as discussões

teóricas a respeito deste instituto, e, também, em relação ao seu manejo prático. Aliás, os operadores do direito sequer conseguiram definir a *prova* no sentido judicial. O máximo êxito que lograram, no pórtico do século XXI, foi construir mais de vinte conceitos da *prova jurídica* – gênero -, e dar à *prova judicial* - espécie daquela - uma visão tridimensional: como a ação de provar; como os meios pelos quais se prova; e como resultado da prova colhida no procedimento probatório.

Estes dados revelam o quanto o estudo da *prova*, em ambas acepções, continua em aberto. O presente estudo, porém, tem ambição menor: empreender discussões teóricas e práticas da prova no horizonte do processo do trabalho, abrangendo as provas ilícitas e atípicas, deixando o estudo do gênero para outra oportunidade. A amplitude, a profundidade e a complexidade que exigem um estudo completo das normas sobre a *prova judicial*, assim como o enorme número de questionamentos pertinentes ao instituto em si e ao seu entrelaçamento com tantos outros institutos, fogem ao propósito deste trabalho, e por isso vários temas não serão abordados, por mais relevantes que sejam.

A delimitação se justifica pela importância que o estudo teórico da prova exerce na ciência processual – e de seu manejo prático que, em grande medida, influi no resultado do julgamento -, fatores que levou Jeremias Bentham a dizer, há mais de um século, que a “a arte do processo não é essencialmente outra coisa que a arte de administrar as provas”.

Uma nova leitura das regras do ônus da prova foi sugerida no presente trabalho, por entender o seu autor que precisam ser ajustadas as regras do processo trabalho às diretrizes constitucionais.

Foram empregados os métodos de pesquisa doutrinária e suporte jurisprudencial. Com efeito, foram analisados neste estudo, em primeiro lugar, os vários conceitos da *prova* na acepção geral, na jurídica e, finalmente, na judicial, dando-se ênfase a esta, na sua dimensão tridimensional: ora como a ação de provar (a dinâmica do procedimento probatório); por vezes como meio de prova (a estática do arco probatório); e, por fim, como o resultado da prova (produzindo o convencimento do órgão julgador).

A etapa seguinte é destinada ao estudo da verdade – no aspecto dual: material e formal – pela perspectiva da ciência processual e sua importância para a teoria da prova. Os temas relativos a natureza jurídica, princípios, objeto, classificações, meios e etapas da prova foram analisados nos capítulos seguintes.

Os dois capítulos da seqüência - penúltimo e antepenúltimo - são destinados ao estudo das provas ilícitas e atípicas, respectivamente. E, para encerrar a abordagem, são realizados estudos práticos de como aplicar a prova judicial em algumas ações e recursos trabalhistas.

Estes dados moveram-nos a intitular a dissertação de “teoria e prática da prova no processo do trabalho”.

A conclusão é a última etapa do trabalho. Segue-se a ela apenas a bibliografia pesquisada.

PRIMEIRA PARTE
ASPECTOS GERAIS DA PROVA

CAPÍTULO I

BREVE HISTÓRIA DA PROVA E DO DIREITO PROCESSUAL

1.1. BREVE HISTÓRIA DA PROVA JUDICIAL

A prova judicial está – e ao que parece sempre esteve – conectada às atribuições das partes e do julgador – singular ou coletivo – em cada momento histórico e em consonância com as concepções dominantes de cada sociedade, por isso existiram (e ainda existem) diferentes métodos nas três etapas da prova (proposição, acolhimento e produção) e de meios de prova, bem como na distribuição da carga probatória.

Para os historiógrafos e os processualistas o marco inicial da prova processual, no mundo ocidental, é o direito romano. O direito processual romano divide-se em três períodos: das *legis actiones*, o *per formulas* e o da *extraordinaria cognitio*.

No primeiro período, das ações da lei, que vigorou da fundação de Roma (no ano 754 a.C.) até os fins da república, o procedimento era bipartido: a primeira etapa, chamada *in iure*, era realizada na presença do pretor (detentor da *iurisdictio*), a quem incumbia organizar e fixar os termos da controvérsia, bem como a colheita de provas em procedimento eminentemente oral; e em seguida, iniciava-se a segunda etapa, chamada *apud iudicem*, que se realizava na presença do *iudex unus*, que, assistido de um *consilium* integrado por membros de sua confiança (a exemplo daqueles que auxiliavam o magistrado), tomava conhecimento do litígio a ele submetido e julgava soberanamente, em nome do povo romano¹. O segundo período, *per formulas* (sistema formulário), foi instituído pela *lex aebutia* (149-126 a.C.), e o seu procedimento era desenvolvido em duas etapas iguais as do período

¹ AZEVEDO, José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, pp. 39 e 55.

anterior. O derradeiro período, da *extraordinaria cognitio* ou *cognitio extra ordinem* foi instituído com o advento do principado (27 a.C.) e vigorou, com significativas modificações, até os últimos dias do Império Romano do Ocidente². Todo o procedimento era realizado na presença do magistrado, agora também juiz, que tinha o poder-dever de examinar as provas produzidas (*cognoscere*) e proferir sentença.

Com relação a história interna de Roma, os três períodos do processo romano correspondem as fases: arcaica, clássica e pós clássica, respectivamente, com a observação de que não houve mudança de um período para o outro de uma só vez e de forma abrupta, mas paulatinamente.

Ocorre que o uso da prova, como regra adotada à solução de litígios cíveis e penais, antecede em muito aos procedimentais romanos, pois era aplicada pelas sociedades primitivas anteriores. No âmbito penal, por exemplo, as sociedades primitivas utilizavam como critério de prova a etnia³, na qual as partes se submetiam exclusivamente ao empirismo das impressões pessoais, e cuja forma típica de procedimentos estava constituída pelo flagrante delito. Na etapa seguinte da civilização foram adotados, por longos séculos, os sistemas das ordálias, na chamada fase religiosa ou mística, em que invocavam o juízo de Deus ou dos Deuses e eram empregados métodos cruéis. A prova do fogo, por exemplo, consistia na imposição ao réu de andar – no ir e vir – sobre brasas vivas colocadas numa extensão de aproximadamente 4 metros. Terminada a prova, os pés do réu eram enfaixados e assim permaneciam por três dias. Ao cabo destes eram retiradas as faixas, se não houvesse sinal de queimadura nos pés o réu era inocente, e do contrário era culpado, pois acreditavam que Deus protegia o inocente e não deixava que seus pés queimassem. Eram diversos os métodos cruéis adotados nesse período, sempre na crença de Deus salvaria o inocente (na esfera penal) e quem tinha direito (na esfera civil).

Entre os séculos V e I a.C a prova era considerada pelos gregos como parte da lógica argumentativa para atuar nos casos onde vislumbravam a dúvida e a

² Op. cit., p. 39.

³ GORPHE, François. *Apreciación judicial de las pruebas. Ensaio de un método técnico*. 2ª reimp. da 1ª ed., p. 2.

probabilidade, mas não as evidências. Nesse período, o liame da *prova* era com o “juízo”, como conseqüência da implicação lógica do conceito de prova.

Assim como a argumentação, a retórica grega incidia no resultado da operação lógica para valorar a prova, o que não se coaduna com o ideal do pensamento moderno, embora algumas vezes – raras, é bem verdade – este soe em defesa do retorno da retórica como critério de valoração racional da prova⁴.

Mais tarde, no período clássico (entre os séculos II e III), os juristas romanos - provavelmente influenciados pelo aprendizado da retórica herdado dos gregos - fixaram como exigências ao uso do meio de prova testemunhal no processo, quanto: a)- à existência de normas de exclusão; b)- ao contraditório, posto que, desde então, o interrogatório das testemunhas se dava através dos patronos das partes; e c)- ao princípio da livre valoração da prova. Sobreveio o Código de Justiniano, influenciado pela retórica e pela dialética⁵, que definiu como balizas da prova: a)- o ônus da prova; b)- o princípio do contraditório; e c)- a teoria das presunções.

Na tópica medieval, que vai até o século X, foi desenvolvido um método dialético-retórico autônomo, com validade contingente no mundo da opinião, para contrapor ao mundo do necessário e, com isso, distanciar-se da tópica aristotélica. Esse método valoriza o fator tempo na argumentação, e a idéia do provável ganha força.

A probabilidade, como critério axiológico dos meios de prova, foi melhor desenvolvida no final do século XII, quando foi inventada nova figura jurídica denominada equiprobabilidade, que significa: existindo duas probabilidades num caso concreto, há sempre uma melhor, que era escolhida como prova idônea.

O contraditório, como regra de tratamento isonômico das partes em matéria de procedimento probatório, surgiu em meados do século XIII, época em

⁴ GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova – contributo alla logica giuridica*. apud Luciane Cardoso. *Prova testemunhal*, p. 24.

⁵ A diferença entre retórica e dialética reside no fato de que por meio da última o que se busca é combater o adversário, enquanto pela primeira visa-se persuadi-lo.

que o interrogatório das partes era o meio de prova testemunhal mais idôneo de todos os meios de prova daquela época.

Nos séculos XIV e XV as provas eram taxativamente fixadas em lei e cada um de seus meios possuía um peso, também fixado pela lei, de modo que eram valoradas antecipada e objetivamente. Ao juiz competia apenas garantir o procedimento probatório, que era mecânico, e ao final publicar o resultado, sagrando-se vencedora a parte que conseguisse obter maior peso. Nesse período, chamado de critério objetivo de valoração dos meios de prova, nenhuma importância tinha o convencimento pessoal do juiz.

Após a constatação de que o critério de valoração objetiva das provas, resultante do somatório dos pesos de cada dos meios de prova produzidos nos autos do processo, era danoso ao resultado justo do processo, tendo em vista que na maioria das vezes a parte vencedora não era quem o direito material deveria amparar, mas a mais sagaz, foi introduzida, no século XVI, profunda alteração do critério de valoração dos meios de prova em todo o sistema processual europeu continental (exceto a Inglaterra que continuou adotando as mesmas regras sobre provas no sistema *law of evidence*). O critério objetivo foi substituído pelo seu oposto: o critério subjetivo, consistente na autorização conferida ao juiz para decidir conforme seu livre convencimento, sem a necessidade de motivar seu convencimento.

Por volta do século XVIII, o legislador processual convenceu-se de que o critério subjetivo também era danoso ao resultado justo do processo porque o subjetivismo do juiz ocasionou, em diversas oportunidades, arbítrio e injustiça, pois não havia nenhuma regra limitadora à sua atividade. Para temperar os dois extremos anteriormente utilizados como critérios de valoração dos meios de prova – objetivo e subjetivo –, que não demonstraram resultados práticos favoráveis, o legislador processual introduziu outro critério, numa espécie de meio termo, que a um só tempo preserva a liberdade do juiz para decidir e dele exige uma justificativa explícita, no corpo da decisão, dos motivos pelos quais decidiu de uma e não de outra maneira. Nasceu, nesse século, o sistema da persuasão racional da prova que

é adotado até os nossos dias, a teor do disposto no art. 131 do CPC. Com isso, a dialética processual exerce fundamental importância no resultado da decisão.

Em decorrência disso, a motivação da sentença passou a ter importância vital no processo, pois demonstra as razões do convencimento do juiz e propicia um controle da atividade judicial pelas partes e pela sociedade. No sistema brasileiro a fundamentação é uma exigência constitucional, explicitada no inciso IX do artigo 93 da Constituição da República Federativa, que, se ausente, leva à nulidade da sentença/acórdão.

Com efeito, pode-se dizer, em síntese, que a evolução histórica da prova compreende cinco fases: a)- fase da étnica, empregada pelas civilizações mais antigas; b)- fase religiosa ou mística, na qual era invocado o juízo de Deus ou dos Deuses, e utilizadas as ordálias; c)- a fase legal, na qual a fixação dos meios de prova e seus respectivos pesos estava na lei, cabendo ao juiz desempenhar o papel de garantir a fiel realização dos meios de provas e, ao final, somar os pesos e proclamar o vencedor. Nesse período surgiu a figura da confissão real como a *rainha das provas*, a qual poderia ser obtida com o emprego de qualquer meio, inclusive a tortura, que era muito comum; d)- posteriormente, em substituição a fase legal, surgiu a fase sentimental, na qual o juiz era livre para apreciar os meios de prova e valorá-la conforme seu subjetivismo; e)- sobreveio a chamada fase científica, que é a do nosso tempo, onde o emprego de técnicas científicas é muito utilizado, a exemplo do DNA, das várias modalidades de perícias judiciais e extrajudiciais, inclusive realizadas por órgãos públicos, como as de corpo e delito, de acidente de trânsito ou de tráfego, etc.

1.2 BREVE HISTÓRIA DA EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL

Os doutrinadores identificaram três fases metodológicas do processo civil em sentido lato, isto é, todo sistema processual não penal⁶: Na primeira fase, que vai até meados do século XIX, o processo é considerado simples meio de

⁶ Histórico das fases do processo podem ser conferidos na obra dos professores Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco *Teoria geral do processo*, pp. 42-45.

exercício dos direitos, daí a sua qualificação como direito adjetivo. A ação era o próprio direito material em reação ou, se quiser, bem ao sabor do *slogan* francês, “é próprio direito encouraçado e armado para a guerra”, isto é, uma vez lesado, o direito material adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não havia a percepção da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial e, portanto, da autonomia do direito processual em relação ao direito material.

A segunda fase, denominada *autonomista* ou *conceitual*, notabilizou-se pelas grandes construções científicas do direito processual e de teorias processuais voltadas, em especial, à natureza jurídica da ação e do processo, bem como às condições daquela e aos pressupostos deste. Culminou com o reconhecimento da autonomia científica do direito processual.

Após a autonomia do direito processual, desvinculando-se do direito material, como resultado da rica e conhecida discussão travada nos anos de 1856 e 1857 por dois romanistas alemães, Bernhard Windscheid e Theodor Mütther, a prova passou a desempenhar papel fundamental no processo, como veículo de convencimento do julgador e para fundamentar a decisão a tomar, a ponto de ser realçada por Carnelutti como o “coração do problema do juízo, como o juízo é o coração do problema do pensamento”. Não é por outra razão que Giuseppe Chiovenda colocou “a disciplina do ônus da prova [como] figura entre os problemas vitais do processo”, e Leo Rosenberg, com apoio no magistério de Stölzel, confirma que “a imposição da carga de prova equivale a metade da perda de processo”, podendo assim concluir com as palavras de Stamm e de Levy, que a prova é “a espinha dorsal do processo civil” ou, nas palavras de Eugênio Florian, que a “prova é a alma do processo”.

A terceira fase, denominada *instrumentalista*, que ainda está em curso, é eminentemente crítica. Os escritores reconhecem que, pelo lado técnico-dogmático, a ciência processual atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o sistema ainda é falho na sua missão de fazer justiça.

Calcados nos ensinamentos de Mauro Cappelletti⁷, os notáveis professores Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco dizem que:

“é preciso agora deslocar o ponto-de-vista e passar a ver o processo a partir do ângulo externo, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto-de-vista dos produtores do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos consumidores desse serviço, ou seja, à população destinatária”⁸.

O novo método – crítico, por excelência – requer estudo das matrizes constitucionais do sistema processual, mais precisamente em conformidade com a teoria dos direitos fundamentais, considerada a principal contribuição do constitucionalismo do pós-2ª guerra mundial.

A partir dessa concepção, os processualistas passaram a estudar os institutos processuais individuais e coletivos à luz dos princípios e regras constitucionais e, também, pela perspectiva dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos explícitos e implícitos no texto da Constituição Federal⁹.

Exatamente por isso, o estudo da *prova* no âmbito do processo – civil, penal, do trabalho, administrativo, ambiental, tributário, etc. – é feito em conformidade e, porque não dizer, em obediência aos princípios e institutos constitucionais, abarcando nestes os direitos fundamentais. É esta a empreitada que se pretende concluir.

⁷ No dia 18 de novembro de 1991, o saudoso Mauro Cappelletti proferiu conferência na sessão de abertura do congresso de Direito Processual realizado em Curitiba-PR, organizado pelo prof. Alcides Alberto Munhoz, na qual, após manifestar sua concepção de acesso à justiça na visão tridimensional – nos moldes das três ondas que ele defendeu durante anos -, ressaltou: “Assim é que o direito em geral, e o direito processual em particular, antes se vê examinado do ponto de vista de seus usuários do que somente do de seus produtores. Os conceitos e as categorias fundamentais já não são, destarte, apenas a jurisdição, a sentença, a execução etc., mas também a *acessibilidade*, e por conseguinte o custo, a duração, e em geral os obstáculos – econômicos, culturais, sociais – que com tanta freqüência se interpõem entre o cidadão que demanda justiça e o procedimento a concedê-la.” (*in* Repro 65/130-1).

⁸ *Teoria geral do processo ...*, p. 43.

⁹ Estudo completo da perspectiva processual dos direitos constitucionais é encontrado na obra *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais* de autoria de Willis Santiago Guerra Filho e na obra *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal* de Nelson Nery Junior. Diversos outros processualistas, como Marcelo Guerra, Leonardo Grecco, José Rogério Cruz e Tucci, Rogério Lauria Tucci, Luiz Guilherme Marinoni, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Ada Pellegrini Grinover, Delosmar Mendonça Jr, Freddie Didier Jr, têm o mesmo entendimento dos autores anteriormente citados.

CAPÍTULO II

NOÇÕES E CONCEITOS DE PROVA

2.1 NOÇÕES GERAIS DA PROVA EM SENSO COMUM

Alguns escritores, a exemplo de Amaral Santos, dizem que a palavra *prova* vem do latim *probatio* e significa, em senso comum, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, confirmação, aprovação, reconhecimento, experimentação, revisão, comprovação, confronto, etc¹⁰. Para outros, deriva do adjetivo *probus*, que significa bom, correto, verdadeiro. “...consequentemente, provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade”¹¹.

Constata-se que, pelo seu significado, o vernáculo *prova* é usado em diversos sentidos, sendo o mais freqüente para indicar tudo o que (ou aquilo que) nos convence ou pode nos convencer sobre um fato ou das qualidades boas ou más de algo ou de alguma coisa¹².

Santiago Sentis Melendo sustenta que, por extensão, os dicionaristas dão a este vocábulo outros significados: ensaio ou experiência que se tem de alguma coisa, a operação que – em aritmética – se executa para confirmar a outra, já realizada, etc. Na primeira destas hipóteses, provar tem o sentido de constatar e demonstrar o resultado do ensaio ou do experimento. E na segunda, a prova visa não só a exatidão da operação realizada, mas a certeza de que as regras utilizadas na operação foram fielmente cumpridas¹³.

¹⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, 5ª ed., vol. I, p. 1.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, p. 58.

¹² SANTOS, Moacyr Amaral *opus. cit.*, p. 1.

¹³ MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba*. p. 35.

Atento a isto, Jonh Gilissen adverte que a *prova* não é de exclusivo domínio do direito, diz respeito a diversas outras disciplinas tanto em ciências exatas como em ciências humanas, onde assume diversos aspectos, dos quais ele destaca: a prova demonstrativa, a prova experimental, a prova histórica e a prova judiciária¹⁴.

Também em sentido jurídico, como gênero, e em sentido judicial, como espécie, a palavra prova tem múltiplos significados. Em decorrência disso, há a necessidade de focar o vocábulo num determinado contexto, para inferir o seu real significado.

2.2 CONCEITOS

2.2.1 De prova jurídica

A *prova jurídica*, como gênero, é aquela construída dentro do sistema de direito positivo, independentemente da instauração de processo judicial, e também tem plurivocidade de sentidos, como vaticina o magistério de Fabiana del Padre Tomé. Essa advogada tributarista encontrou mais de vinte significações da prova em sentido jurídico, das quais destacam-se, como: “1.)- procedimento, entendido este como seqüência de atos mediante os quais se opera o relato probatório; 2.)- rito da enunciação, ou seja, o procedimento organizacional da prova; 3.)- resultado do procedimento probatório, ou seja, o seu produto; 4.)- conjunto de regras que regulam a admissão, produção e valoração dos elementos trazidos aos autos, determinando o conjunto probatório; 5.)- enunciação; 6.)- enunciação-enunciada; 7.)- enunciado lingüístico; 8.)- suporte físico; 9.)- conteúdo do suporte físico; etc.”¹⁵.

¹⁴ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 712.

¹⁵ TOMÉ, Fabiana del Padre. *Teoria morfológica, sintática e semântica da prova e sua pragmática no processo administrativo tributário federal*, p. 86.

2.2.2 De prova judicial

Para Neves e Castro, a *prova processual* “é meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade”¹⁶. Com seu conceito, o processualista lusitano concebe a prova processual apenas como resultado da atividade probatória.

Na concepção de Carlos Lessona *provar*, no sentido processual, “significa levar ao conhecimento do juiz os fatos controvertidos e duvidosos e dar-lhe a certeza do modo preciso de ser de cada um desses mesmos fatos”¹⁷. Na linha de pensamento defendida pelo processualista italiano do início do século XX, a *prova processual* tem duplo significado: ação de provar (dinâmica da prova) e resultado (convencer o juiz); sendo, portanto, uma visão mais ampla que a do escritor português anteriormente mencionado.

Domat diz que antes de tudo há de se distinguir os conceitos lógico e jurídico do vocábulo *prova*. Na primeira vertente, *prova* é tudo “aquilo que convence o espírito de uma verdade”; na segunda – em sentido processual - prova “é o meio disciplinado pela lei para descobrir e estabelecer com certeza a verdade de um fato controvertido”¹⁸. Malgrado a aparente divergência, no fundo, seu pensamento coincide com o de Lessona, pois ambos defendem o conceito de prova processual com o mesmo significado bifronte já mencionado. Laurent¹⁹, de forma sintética e precisa, diz que a prova “é a demonstração legal da verdade de um fato” e, também, “o meio mesmo que as partes empregam para demonstrar o fato discutido”.

Jeremias Bentham, expressivo escritor sobre a teoria da prova, é adepto da distinção entre conceito lógico e jurídico do vernáculo em apreço. Ressalta ele que “a prova é um meio lógico de uso comum e geral, e chama-se prova um fato supostamente verdadeiro, que considera como destinado a servir de causa, de credibilidade para a existência ou a inexistência de outro fato”²⁰. Aqui a prova processual não deixa de ter a visão dual, a que se refere Carlos Lessona.

¹⁶ CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. *Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis*, p. 32.

¹⁷ LESSONA, Carlos. *Prueba en derecho civil o principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, et.*, p. 3.

¹⁸ DOMAT *apud* LESSONA, Carlos, *opus cit.*, p. 4.

¹⁹ LAURENT *apud* LESSONA, Carlos *opus cit.*, p. 4.

²⁰ BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales e tratado de los sofismas políticos*, p. 23.

Moacyr Amaral Santos diz que, em sentido jurídico, a *prova processual* possui três acepções: na primeira, “significa a produção dos atos ou dos meios com os quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados (*actus probandi*)”. “Significa ação de provar, de fazer a prova” (a quem alega cabe fazer a prova do alegado, isto é, cabe fornecer os meios afirmativos de sua alegação); na segunda, “significa o meio de prova considerado em si mesmo” (prova testemunhal, prova documental, prova indiciária, presunção); e na terceira, “significa o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade”²¹. Esta manifestação é suficiente para concluir que o professor das Arcadas defende a concepção tridimensional da prova: como ação, como meio e como resultado.

Concepção tríade também é a de Genari, para quem, a *prova* “é um fato preordenado pela lei, submetido a análise do juiz, mediante o qual obtém a certeza legal de outro fato duvidoso”²². E, também, pelo estudioso de filosofia do direito Jordi Ferrer Beltrán²³.

Hernando Devis Echandia classificou os diversos conceitos de *prova processual* dados pelos processualistas de ontem e de hoje em seis grupos²⁴, que,

²¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*, 5ª ed., vol. I, p. 2.

²² Enciclopédia jurídica. Milão, 1980, parágrafo 3, p. 14.

²³ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*, pp. 40 a 42. O autor espanhol salienta que “Numa primeira análise aproximativa, pode distinguir-se no âmbito das regras jurídicas sobre as provas três subconjuntos, que guardam adequada correspondência com os distintos sentidos do termo “prova”. O primeiro subconjunto é composto pelas regras sobre a atividade probatória: incluem as regras que estabelecem o início e o fim da fase de prova no processo, as formas para a prática da prova, a iniciativa da atividade probatória, etc. (...) O segundo tipo de regras jurídicas sobre a prova é composto pelas normas sobre meios de prova. (...) Maior atenção merece o último tipo de regras sobre a prova: aquelas que versam sobre o resultado probatório. Este último conjunto de regras sobre a prova está basicamente subdividido nas grandes categorias, correspondentes aos dois sistemas mais importantes de valoração das provas: a da livre valoração e da prova legal.” (pp. 42 e 43, tradução livre).

²⁴ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, pp. 20 a 28. No primeiro grupo, estão as posições mais amplas do conceito de prova, nos sentidos lato e judicial, porém com o caráter objetivo, como as de Jeremias Bentham, Carnelutti e Nicola Framarino dei Malatesta. No segundo grupo, estão as posições mais gerais, também sob o prisma objetivo, porém com maior frequência ao senso jurídico, como as de Florian, Carrara, Lessona, Laurent e del Giudice, De Plaza, Alsina e Moacyr Amaral Santos, e, em parte, Carnelutti e Silva Melero. No terceiro grupo, a prova é tratada pelo prisma subjetivo, ao contrário das posições anteriores, pois seus defensores consideram a prova pelo aspecto de seu resultado, isto é, como a “convicção que, com ela, se produz na mente do juiz sobre a realidade ou verdade dos fatos que configuram o litígio, o delito ou a questão no litígio, seja com cada meio em particular ou com o seu conjunto apartado nos autos do processo”. São seus seguidores: Schönke, Planiol, Ripert, Chiovenda, Rocco, Ricci e Laurent, dentre outros. Lessona, Florian e Carnelutti ressaltam que a prova tem duplice significado: objetivo e subjetivo, por isso seus nomes também aparecem no terceiro grupo. Na verdade, essa terceira concepção é também adotadas por todos aqueles que defendem os dois pontos de vista anteriores, porque a prova é imprescindível tanto do ponto de vista objetivo, como do subjetivo. No quarto grupo, Echandia encaixa aqueles doutrinadores que defendem a combinação do conceito objetivo dos meios de prova, tomados em conjunto, com o conceito subjetivo do resultado que, com eles, se obtém na mente do juiz, vale dizer, é uma síntese dos três pontos de vista anteriores. São seus defensores, dentre outros, Mittermayer, Mancini, Scialoja, Kisch, Augenti, Domat, Silva Melero, De la Plaza, Aragoneses. O quinto grupo defende a prova do ponto de vista objetivo, mas a vê como meio ou como fato a ser

posteriormente, foram reagrupados em três correntes: (i) a formal, que considera os meios utilizados para levar os fatos (*rectius*: a verdade dos fatos) ao conhecimento do juiz (testemunhal, documental, pericial, etc.); (ii) a substancial (ou essencial), relativa as razões ou aos motivos que desses meios se deduzem em favor da existência ou da inexistência dos fatos; e (iii) a do resultado subjetivo ou do convencimento que produz na mente do julgador, para convencê-lo estar ou não provado determinado fato²⁵. Esta fusão, resulta, ao final das contas, na defesa da bandeira tridimensional.

O vocábulo *prova* é utilizado nesta dissertação na acepção tridimensional tal qual concluíram Silva Melero, Sentis Melendo, Devis Echandia, Ferrer Beltrán, Rocco, Amaral Santos e tantos outros, por espelhar o ponto de vista de seu autor, ou seja, ora na acepção formal, por vezes, na acepção material e, finalmente, na acepção de resultado.

Com efeito, na concepção do autor do presente trabalho, a *prova processual* é o meio ou o somatório dos meios previstos/permitidos em lei que as partes, terceiros e o próprio juiz em atividade oficiosa levam aos autos do processo para, dele, extrair a certeza das alegações sobre fatos controvertidos, relevantes e pertinentes, ou de fonte normativa não nacional.

2.3 VISÃO TRIDIMENSIONAL DA PROVA NA LEI E NA JURISPRUDÊNCIA

As lacunas da CLT em matéria de *prova judicial* – que não são poucas – são preenchidas com as regras do direito processual comum que forem

provado, como ocorre nos dois primeiros pontos de vista, sem, contudo, levar em conta a coisa ou o fato ou o ato que se quer provar. Se fala da prova “identificando-a erroneamente com a matéria que deve ser provada ou o objeto da prova”, como adverte Florian. “Neste sentido impróprio se dirá que o fato culposo é a prova da responsabilidade do demandado, mas em verdade se trata de sua causa jurídica, e a prova se transforma em os meios utilizados para convencer o juiz de que existiu esse fato culposo”, conclui Echandia. Finalmente, o grupo 6, que considera a prova também como “a atividade de comprovação dos sujeitos processuais ou de terceiros e o procedimento em que se desenvolve a prova”. Segundo Echandia, os defensores desse grupo confundem a prova com a maneira em que ela é produzida e valorada no processo. Ele considera como defensores desse ponto de vista: Florian, Cernelutti, Rocco, Kisch, Rosenberg e Alzate Noreña.

²⁵ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, p. 28. Rocco conceitua a prova sob idêntica concepção tridimensional, com a conclusão muito próxima da que chegou Echandia, é o que pode ser conferido na sua obra *Tratatto di diritto processuale civile*, tomo II, p. 183, *apud* Luiz Eduardo Boaventura Pacífico. *O ônus da prova no direito processual civil*, p. 13.

compatíveis com suas regras e princípios. Em razão disso, a análise da prova processual é feita com o emprego das disposições da CLT complementadas pelas do CPC que forem compatíveis com suas regras e princípios.

A CLT, o CPC e o TST disciplinam a *prova judicial* na sua concepção tridimensional, a saber:

→ como ação, isto é, como dinâmica probatória:

a)- artigos 653, alínea “b”, 765, 787 e 826 da CLT.

b)- artigos 130, 283, 336, 342, 355 a 364, 846, 847, 851 e 1.107 do CPC.

c)- súmulas nºs 8 e 369, III, do TST.

→ como meio, ou seja, como estática do arcabouço probatório:

a)- artigos 195, § 2º, 787, 821, 830 e 852-H, § 2º, da CLT.

b)- artigos 276, 283, 332, 337, 348 a 354 (confissão), 276 e 364 a 399 (documental), 400 a 419 (testemunhal), 276, 420 a 439 e 850 (pericial) e 440 a 443 (inspeção judicial) do CPC.

c)- artigo 212 do Código Civil.

d)- súmulas nºs 51, 366, I, 417, III, e 402 do TST.

→ como resultado, como convencimento do julgador:

a)- artigo 832 da CLT.

b)- artigos 126, 131, 273, “caput”, 284, 320, 330 e 345 do CPC.

c)- súmulas nºs 12, 16, 51, 74, 85, 100, IV, 128, I e III, 164, 254, 263, 299, II, 330, 338, II, 342, 395, 410 e 415 do TST.

CAPÍTULO III

A VERDADE E A PROVA PROCESSUAL

A *prova processual* destina-se a convencer o julgador da verdade das alegações sobre fatos que forem, a um só tempo, pertinentes, relevantes e controvertidos. A pertinência das alegações diz respeito a sua ligação ao objeto do conflito, a relevância guarda simetria com a solução do conflito e, por fim, a controvérsia se estabelece na existência de afirmações contrárias: uma parte aduz uma tese, a outra a antítese, e para acolher uma delas o juiz socorre-se na prova.

Este é o comando do art. 332 do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, ao prescrever que “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

O comando legal transcrito transmite a idéia de que a produção dos meios de prova é capaz de transportar para o mundo do processo a verdade dos fatos litigiosos que ocorrem ou já ocorreram no mundo empírico. O primeiro questionamento que o operador do direito costuma fazer, é: afinal de contas, o que é “verdade” dos fatos? E, em seguida, complementa: É a verdade ontológica, ou trata-se de uma “verdade” construída pela ciência processual?

A verdade real - ontológica, absoluta ou material - pertence a filosofia, onde é estudada (*rectius*: especulada) por, no mínimo, quatro teses: 1ª)- como *correspondência*; 2ª)- como *coerência*; 3ª)- na sua *aplicação pragmática*; e 4ª)- por intermédio do processo de *eliminação* ou de *definibilidade*²⁶, portanto, não é esta a “verdade” a que se refere o art. 332 do CPC.

²⁶ Em 1991, Jair Minoro Abe publicou um artigo intitulado “Verdade pragmática” onde analisou as quatro teorias filosóficas da verdade, que podem assim ser sintetizadas: a)- como teoria da correspondência, o conceito de verdade relaciona proposições, juízos ou sentenças a situações reais. Uma proposição, um juízo ou uma sentença é verdadeira(o) se, e somente se, reflete a realidade. Se o que afirma de fato é. O defensor mais importante desta teoria é Aristóteles; b)- a segunda teoria, como coerência, não considera a verdade uma relação entre linguagem ou pensamento e realidade. Ao contrário, a concebe como propriedade eminentemente lingüística, de caráter sintático. Para seus seguidores, não se pode comparar uma sentença à realidade para

Em 1834 Mittermayer publicou seu “Tratado da prova em matéria criminal”, tido até hoje como um dos monumentos jurídicos mais importantes sobre a teoria da prova, no qual ressaltou que a verdade para o mundo do direito não é a mesma que é especulada pela filosofia, mas é uma verdade construída com a finalidade de estabelecer a certeza, como elemento de convicção do juiz, quanto a veracidade da ocorrência dos fatos relevantes ao julgamento, propiciando-lhe proferir decisão justa. Tem-se, assim, que a verdade processual é concebida como certeza ou probabilidade apta à convicção do juiz, ou seja, como elemento que convence o juiz da certeza ou probabilidade de como os fatos ocorreram ou devem ter ocorridos no mundo sensível. São dele as seguintes palavras:

“... convém agora examinar a fundo a natureza da prova, e por conseqüência entrar em alguns desenvolvimentos do que se chama: verdade, convicção, certeza.

Verdade é a concordância entre um fato real e a idéia dele representada em nosso espirito. (...) Não nos demorem em explicar verdade lógica, à qual ao contrário da verdade material, chegamos pelo raciocínio, e que resulta do fato de estarem em harmonia com as leis conhecidas as noções, que concebemos as coisas; e de passagem classificaremos nesta divisão a crível e possível logicamente. Nem mesmo discutiremos a natureza da verdade transcendental, que é do domínio da filosofia, por ser conhecimento do mundo metafísico; não queremos falar senão de uma verdade empírica, que se aplica às coisas do mundo sensível, e que nos é suficiente para nele dirigir nossas ações.” (foi atualizada a tradução para a língua portuguesa de 1917, feita por Pontes de Miranda)²⁷.

Esse ensinamento nos mostra que a noção de verdade que interessa ao estudo do direito processual, e em especial ao campo probatório, é aquela

saber se é verdadeira ou falsa. Uma sentença só pode ser testada pela experiência. Como a experiência de cada um também reduz a sentença a um determinado tipo, ao final só pode comparar sentenças com sentenças. O cientista, enquanto tal, recebe um conjunto de sentenças que são aceitas como verdadeiras, que devem ser coerentes (não encerram contradições) e aspira à maximalidade: isto é, o pesquisador sempre procura conjuntos coerentes maximais de sentenças. Sempre que uma parte do sistema de crenças não funciona bem, deve procurar modificá-lo, comparando-se sentenças entre si, de modo a se obter um novo sistema que seja coerente e, se possível, maximal. São defensores da segunda teoria: Hegel, Bosanquet, Bradley e H. Joachim, bem como os membros do círculo de Viena; c)- os seguidores da terceira teoria, a pragmática, entendem que a verdade pragmática de uma proposição depende de seus efeitos práticos, supondo-se, naturalmente, que esses efeitos sejam aceitos como verdadeiros, ou falsos, no sentido comum da palavra *verdade*. Seus defensores mais ilustres são Peirce, James e Dewey; e d)- a quarta teoria, da eliminação da verdade ou da definibilidade, foi cunhada por F. P. Ramsey, segundo a qual, o conceito de verdade não apresenta aspectos teóricos de grande relevância, por poder ser eliminado. Por exemplo, afirmar que “a neve é branca” é verdadeira, equivale, simplesmente a afirmar: a neve é branca. Está, assim, definido que a neve não é de outra cor, é branca. Donald Davidson escreveu um artigo doutrinário sob o título “verdade reabilitada”, de importantíssimo valor, no qual critica as quatro teorias filosóficas da verdade. Este artigo pode ser encontrado no seguinte endereço: <http://www.filosofia.pro.br/modules.php?name=News&file=article&sid=60>.

²⁷ J. A Mittermayer. *Tratado da prova em matéria criminal*, pp 110 e ss.

identificada por Malatesta, no final do século XIX, para quem “a verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade”²⁸. Esse autor compara os conceitos de verdade e de certeza e considera a crença como elo que os une. São dele as seguintes palavras:

“a crença na percepção desta conformidade é a certeza. Ela é, portanto, um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem: por vezes, tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. E a mesma verdade que aparece certa a uns, a outros parece duvidosa, e, por vezes, até mesmo falsa a outros”²⁹.

Apropriando-se de tais concepções, e cientes de que o juiz não pode valer-se de seus conhecimentos privados obtidos fora do processo para, com base neles, decidir, e, que, portanto, necessita formar seu convencimento com base nos meios de prova que forem transportados aos autos do processo, os processualistas mais modernos, dentre os quais pode-se destacar o italiano Francesco Carnelutti³⁰, ressaltam que o que interessa ao processo é a busca da verdade no caso singular, para fundamentar um resultado justo e equilibrado do processo. Com isso, foi necessário construir novo conceito: o de verdade formal, para designar a verdade processual, ou seja, a verdade do caso concreto, em antítese à verdade material, que ficou reservada a todas aquelas concepções teóricas da filosofia. Isso não significa que o juiz deva abandonar a procura da verdade material.

A busca da verdade real no processo não é ideal nem meta. Se não for possível retratá-la no mundo processo, o juiz deve procurar a maior aproximação possível entre ela e a verdade processual, respeitando, evidentemente, os limites e as garantias constitucionais e processuais das partes. Em outras palavras: não pode o magistrado ordenar ou permitir a produção de prova obtida por meio ilícito, ainda que somente por tal meio fosse possível descortinar a verdade material ou algo próximo dela³¹. Se assim agir, estará o juiz agredindo princípio constitucional de

²⁸ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, p. 25.

²⁹ *Op. cit.*, p. 25.

³⁰ CARNELUTTI, Francesco CARNELUTTI. *A prova civil*, pp. 48 a 50.

³¹ Exceto em casos raríssimos – em situação limite do caso concreto – é possível usar no processo a prova obtida por meios ilícitos, mediante o emprego do juízo de ponderação, ou seja, com adoção do princípio da proporcionalidade. Esta matéria é tratada no capítulo 17 deste trabalho.

maior densidade. Este dado demonstra, por si só, que o próprio sistema jurídico nacional impõe algumas limitações às atividades dos sujeitos da relação jurídica processual. Limitações estas que podem ser consideradas, também, como limitadoras da procura da verdade material como meta ou como ideal.

A vedação do uso exclusivo de prova testemunhal em decorrência do valor do contrato contida no art. 401 do CPC e no art. 227 do CC; a dispensa de prova das alegações sobre fatos que forem confessadas, ou admitidas no processo como incontrovertidas, a teor dos incisos II e III do art. 334 do CPC; o julgamento antecipado da lide em caso de revelia, como está previsto no art. 330 do CPC; e a restrição do raio de atuação do juiz imposta pelos arts. 128 e 460 do CPC, por exemplo, demonstram que o direito positivo brasileiro não tem como meta a busca da verdade real. Caso contrário, não haveria razão alguma para tais limitações. É oportuno e salutar ressaltar que estas regras, exceto a contida no art. 401 do CPC, são aplicáveis no processo do trabalho porque compatíveis com as regras e princípios deste, à exegese do art. 769 da CLT.

Pode-se dizer que o processo civil e o processo do trabalho contentam-se com a verdade processual, porém se possível que esta aproxima-se da verdade material.

CAPÍTULO IV

NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS SOBRE PROVA

É antiga a controvérsia quanto a natureza jurídica das normas sobre *prova*³², se processual ou material, as quais estão disciplinadas nas codificações de direito material e de direito processual, simultaneamente, na maioria dos sistemas jurídicos dos povos civilizados, inclusive no nacional.

Estão previstas nos arts. 212 a 232 do CC, nos arts. 332 a 443 do CPC e, em várias leis esparsas, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor. No âmbito trabalhista, todas as regras jurídicas de direito material e de direito processual estão disciplinadas numa única compilação: na CLT, atualizada pelas leis posteriores, que destinou à *prova* apenas catorze de seus quase mil artigos (do artigo 818 ao 830 e 852-H). A diminuta disciplina das normas sobre prova existente na CLT – sem sistematização – ocasionou significativas lacunas nessa compilação, as quais são preenchidas com as regras jurídicas do direito processual comum, como fonte subsidiária, naquilo que for compatível com suas regras e com os seus princípios (art. 769 da CLT)³³. Com isso, as normas sobre prova no âmbito trabalhista são as da CLT, complementadas pelas do direito processual comum.

Após longa e proveitosa discussão no estrangeiro e no Brasil sobre a natureza jurídica das normas sobre *prova* foram construídas três teorias: 1ª)- exclusivamente de direito material; 2ª)- exclusivamente de direito processual; e 3ª)- híbrida: de direito material e de direito processual simultaneamente. Além destas correntes teóricas, duas outras teses minoritárias foram defendidas: 4ª)- há regras sobre provas no direito material e outras regras específicas e sem vínculos com aquelas do direito processual, portanto são regras híbridas mas pertencentes ou a um ou a outro campo do direito; e 5ª)- as regras sobre provas são somadas, e seu

³² O vernáculo *prova* é aqui utilizado tão-somente no âmbito civil em sentido lato, isto é, para todo arco probatório não penal: civil, trabalhista, tributário, administrativo, fiscal, previdenciário, financeiro, comercial, ambiental, agrário, espacial, fluvial, etc.

³³ Prescreve o art. 769 da CLT: “Nos casos omissos, o direito comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”

resultado forma novo conjunto de regras, chamado direito probatório, isto é, constitui um microssistema autônomo e independente, desgrudado tanto do direito material como do direito processual.

Os defensores da primeira teoria – exclusivamente de direito material – dizem, em síntese, que há certa inseparabilidade entre o direito subjetivo questionado e sua prova, portanto todas as normas que regem as provas estão ou deveriam estar disciplinadas nas leis substantivas: civis ou penais.

Echandia³⁴ aponta como seu principal defensor o italiano Salvatore Satta, porém este deixa transparecer em sua obra *Direito Processual Civil*, traduzida para o português por Luiz Autuori, que não segue a primeira e sim a terceira corrente teórica, que reconhece a natureza jurídica mista das regras que disciplinam a prova³⁵.

Os defensores da segunda corrente – exclusivamente de direito processual, e portanto oposta à primeira – reconhecem como pertinentes ao direito substancial as matérias referentes aos requisitos indispensáveis de validade dos atos e negócios jurídicos, isto é, às suas formas ou maneiras como se exteriorizam, mas a *prova*, que revela a verdade dos fatos em geral, é exclusivamente processual³⁶. Há quem diga³⁷ que entre os processualistas domina a idéia de que o estudo da prova é matéria típica de direito processual, e que eles não negam que muitas destas normas dizem respeito aos direitos em si, devendo, por isso, ser disciplinadas pelo direito material. Daí reconhecem, alguns deles, a existência de um direito processual formal, ao lado de um direito processual material. Integram a corrente teórica, dentre outros, os seguintes processualistas: Dinamarco, Moniz

³⁴ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, p. 41.

³⁵ *Op.cit.*, pp. 212, 213 e 315. O autor registra que: “*Estaticamente*, as provas não pertencem ao direito processual, mas ao substancial, pois que sob este aspecto as provas são consideradas como meios ou fontes (de prova), que estão em função da certeza dos negócios jurídicos. (...) *Dinamicamente*, ao revés, a prova é observada como reprodução ao juízo do fato a provar, o que sucede justamente no processo, e obriga todos os sujeitos deste mesmo processo: partes e o juiz.” (p. 315, e os destaques constam no original).

³⁶ NERY, Nelson Jr, & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*, p. 314.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. “Da prova dos negócios jurídicos”. Artigo que integra a obra coletiva *O novo código civil*, estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale, sob coordenação de Domingos Franciulli Neto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho, p. 164.

Aragão, Pestana de Aguiar, Souza Rego, Coqueijo Costa, Bentham, Michelli, Couture, Rafael de Pina, Teixeira Filho, etc.³⁸.

Os adeptos da terceira corrente reconhecem que existem algumas normas sobre provas que pertencem ao direito civil, em especial aquelas relativas à formação e aos meios, e outras ao processo: o modo, a admissão e o momento (tempo) de ingresso no processo, bem como a valoração dos mesmos meios de provas. Em suma: algumas regras sobre provas são da essência do direito material e outras são tipicamente processuais. Alguns escritores, como Pontes de Miranda e Satta, referem-se a análise *a priori* e *a posteriori* como um dos critérios de definição da natureza jurídica das provas, e outros tantos dizem que as regras atinentes à *estática* da prova pertencem ao direito material e aquelas referentes à *dinâmica* são processuais. São defensores desta corrente, dentre outros: Lessona, Melendo, Rosenberg, Panuccio, Florian, Alsina, Carlo Furno, Carnelutti, Amaral Santos, Planiol e Ripert, Clóvis Beviláqua, Pontes de Miranda, Salvatore Satta, etc.³⁹.

A quarta teoria tem como seguidores Hernando Devis Echandia e James Guasp. E a quinta teoria é seguida por James Goldschmidt⁴⁰ ao fundir as teses de Jellinek e de A. Markel.

³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, pp. 43 a 45. O destacado professor das Arcadas critica a inclusão de matérias sobre provas no CC de 2002; Egas Dirceu Moniz de Aragão, *O código de processo civil e a prova*, artigo doutrinário publicado na RF 176/44; João Carlos Pestana de Aguiar *apud* Hermenegildo de Souza Rego. *Natureza das normas sobre prova*, p. 143; Carlos Alberto Torreão Coqueijo Costa, prefácio da obra *A prova no processo do trabalho* de autoria de Manoel Antonio Teixeira Filho, p. 18; Jeremias Bentham. *Tratado de las pruebas judiciales*, tomo I, com observações de Pellegrino Rossi e traduzido para o espanhol por Manoel Osorio Florit, p. 14, onde o notável autor inglês mencionou que “*A arte do processo não é essencialmente outra coisa que a arte de administrar as provas*”; Gian Antonio Michelli. *La carga de la prueba*, obra traduzida por Santiago Sentis Melendo, pp. 195 a 197; Eduardo Juan Couture. *Fundamentos del derecho procesal civil*, pp. 258 a 260; Rafael de Pina, *Tratado de las pruebas civiles*. 2ª ed. revisada e atualizada por Rafael de Pina Vara, pp. 11 a 15. Segundo este autor, Liebman e Chiovenda defenderam a natureza jurídica processual das matérias sobre prova num congresso realizado em 1937 na cidade de Haia, na Holanda, e menciona, ainda, os anais de jurisprudência do México de maio de 1939, tomo XXV, p. 603; Emílio Betti. *Diritto processuale italiano*, p. 348; e Manoel Antonio Teixeira Filho. *A prova no processo do trabalho*, pp. 29 a 31.

³⁹ Carlos Lessona. *Prueba en derecho civil*, p. 8; Santiago Sentis Melendo. *La prueba – los grandes temas del derecho probatorio*, p. 561; Leo Rosenberg. *La carga de la prueba*, pp. 18 e 98 a 112; Vincenzo Panuccio. *La confessione stragiudiziale*. pp. 87 a 114; Eugênio Florian. *Delle prove penali*, p. 14; Hugo Alsina. *Tratado de derecho procesal civil*. p. 178; Carlo Furno. *Teoría de la prueba legal*. Tradução de Sergio Gonzalez Collado, p. 32; Francesco Carnelutti. *A prova civil*. Tradução e notas por Amilcare Carletti, pp. 48 a 50; Moacyr Amaral Santos. *Prova judiciária no cível e comercial*. pp. 42 e 43; Clóvis Beviláqua. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 313; Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. *Comentários ao código de processo civil*. pp. 224 e 225; Salvatore Satta. *Direito processual civil*, pp. 212, 213 e 315 (lembrando que Echandia o inclui como o maior defensor da primeira corrente).

⁴⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho judicial material*, tradução de seu trabalho publicado em 1905, como parte da obra em homenagem a Bernardo Hübler, pp. 17 e 21.

As cinco teorias apontadas por Echandia podem, no final das contas, ser resumidas em três: a)- materialista; b)- processualista e c)- mista. São adeptos da primeira, aqueles que concebem que todas as regras de prova pertencem ao direito substancial (material). Os defensores da segunda teoria, em sentido oposto, dizem que todas as normas sobre provas pertencem ao direito processual, independentemente de constar ou não em leis ou códigos processuais. As localizadas em leis substantivas são processuais, é o chamado direito processual substantivo. Outros dizem que tais normas apenas estão inseridas em local inadequado: há erro topográfico, para aqui lembrar as palavras de Enrico Tullio Liebman. Finalmente, os seguidores da última corrente – mista – dizem que as normas sobre provas estão disciplinadas tanto nas leis materiais como nas processuais.

Com a instituição do Código Civil em vigor, pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que revogou o de 1916, foi retomada a discussão sobre a natureza jurídica das normas que disciplinam a *prova*. Sem o fogo do passado, a discussão logo se apagou e imediatamente retornou-se a calma, ficando mantidas as mesmas teorias e seus seguidores. A divergência de opiniões dos operadores do direito quanto a revogação ou não das regras de provas do CPC por aquelas repetidas no CC de 2002, com idênticos conteúdos, também não empolgou os juristas brasileiros e não tardou para cair no esquecimento.

Perfilhamos a última corrente – mista – por entendermos que as regras sobre fontes e formação (constituição) dos meios de prova pertencentes ao direito material, a exemplo de: requisitos de existência e de validade dos atos e dos negócios jurídicos, de capacidade e de incapacidade do agente para livremente manifestar a vontade querida, bem assim são as diretrizes para considerar lícita ou ilícita a obtenção – modo de constituição – da prova etc. O momento e a forma de ingresso da prova nos autos do processo, o critério de valoração das provas produzidas, o ritual da audiência, a delimitação das matérias de fato sobre as quais será produzida a prova em audiência, por exemplo, são matérias que pertencem ao processo.

Ademais, a prova legal a que se refere o artigo 366 do CPC é aquela disciplinada no Código Civil; o princípio do *livre convencimento motivado* está positivado no art. 131 do CPC, porém esta liberdade é mitigada pela prova legal disciplinada no CC; e a regra do art. 401 do CPC, que veda o uso de prova exclusivamente testemunhal para provar contrato cujo valor supere o décuplo do salário mínimo vigente na época de sua celebração é processual, mas é no direito civil que se localizam as regras sobre a existência e a validade dos contratos.

CAPÍTULO V

PRINCÍPIOS INERENTES E DA PROVA

5.1 CONSTITUCIONAIS

5.1.1 Do Contraditório

A franquia constitucional do contraditório não tem, nos dias atuais, a mera finalidade de defesa no sentido negativo – como oposição ou resistência –, como era vista no passado, mas sim, e principalmente, como participação ativa na formação e na produção da prova, bem como de influir ativamente no desenvolvimento e no resultado do processo.

Embora não seja uma peculiaridade da prova, e sim um dos princípios do direito processual brasileiro, o contraditório também está presente no âmbito da teoria da prova em face de seu caráter bilateral, o que ocorre também na audiência.

Assim, produzida a prova, a parte contrária tem direito de sobre ela ser ouvida, a exemplo da documental, art. 398 do CPC, podendo argüir a sua falsidade no prazo de 10 dias. Qualquer das partes pode contraditar a testemunha, etc.

Enfim, todo meio de prova há de ser produzido em contraditório, isto é, se uma parte produz determinado meio de prova o juiz deverá, obrigatoriamente, ouvir a parte contrária. Se a prova é encartada aos autos do processo por atividade oficiosa do juiz ou por terceiro, o juiz condutor do processo tem o dever de assegurar a ambas partes o direito de manifestar ela.

Tanto os meios de prova produzidos antecipadamente (nas hipóteses dos arts. 336, parágrafo único, 410, III, 846 a 848 e 851 do CPC), como aqueles que serviram de convencimento do juiz para antecipar os efeitos da tutela final (conforme o art. 273 do CPC) também se submetem ao princípio do contraditório, porém este pode ser protraído para o momento da resposta do réu, é o que a doutrina chama de

contraditório diferido. Na prova emprestada, o contraditório também fica respeitado na medida em que as partes – ou ao mesmo a parte contra a qual a prova emprestada será utilizada, já manifestou sobre a prova produzida no juízo competente em processo anterior, e no segundo processo – ao qual foi transportada – será, também, assegurado o direito de manifestação, portanto, o contraditório.

5.1.2 Da vedação do uso de provas ilícitas

O direito à prova, como corolário das garantias constitucionais do contraditório, do acesso à justiça e do devido processo legal, conquanto seja constitucionalmente assegurado às partes, como possibilidade de demonstrar a veracidade de suas alegações sobre matérias de fato deduzidas em processo judicial ou administrativo, e, também, de representar particular interesse por materializar-se na concreção do pleno e efetivo exercício do direito de ação e de defesa, não é absoluto. Encontra limites impostos pelo próprio sistema. Um desses limites é a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos, inscrita no inciso LVI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Esta limitação é a demonstração clara de que o Brasil optou pelo Estado democrático de direito, pois tornou intangíveis a dignidade da pessoa humana e a garantia dos direitos fundamentais individuais. Ressaltando, por oportuno, que nenhuma garantia constitucional é absoluta, uma vez que sempre haverá certo limite a ela imposto pelo próprio ordenamento⁴¹.

Entende-se por prova ilícita aquela que é obtida – construída – contra as regras de direito material, ou seja, com violação a intimidade, a privacidade, a liberdade das pessoas, etc. Este princípio constitucional refere-se ao modo de produção - obtenção, elaboração – da prova em sentido material, não à forma e ao tempo de seu ingresso no processo (administrativo ou judicial). Uma prova formalmente lícita pode estar contaminada pelo vício da ilicitude material se obtida

⁴¹ Estudo mais profundo relacionado à prova ilícita, do conceito à flexibilização constitucional mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade para atingir a razoabilidade da decisão, pode ser conferido no Capítulo XVII deste trabalho, considerado um dos eixos centrais da pesquisa.

com violação às garantias individuais da pessoa humana como, por exemplo, as gravações sub-reptícias; a prova colhida mediante coação física, moral ou psicológica do agente que a atestou ou a produziu; a prova obtida mediante emprego de narcóticos; a prova decorrente da invasão de privacidade, como a subtração de correspondências, etc.

5.1.3 Da proporcionalidade

As normas jurídicas dividem-se entre regras e princípios. Ocorre, muitas vezes, haver choques entre as primeiras e colisão entre os últimos, ou até mesmo divergências entre regras e princípios.

O sistema jurídico nacional tem balizas conhecidas para resolver o choque entre regras jurídicas: tudo ou nada. Em caso de choque entre regras, uma delas prevalece; a outra perde sua eficácia, isto é, uma revoga a outra. Os critérios conhecidos de revogação da normas são: temporalidade, profundidade e hierarquia. Partindo-se desta premissa e da pirâmide idealizada por Kelsen, tem-se que: a)- a norma posterior revoga a anterior, naquilo que com ela for incompatível; a especial revoga a geral, naquilo que disciplina; e a de maior grau hierárquico revoga a de menor valor, naquilo que ambas disciplinarem.

Como os princípios têm maior densidade jurídica, toda vez que houver divergências entre regras e princípios, aplicam-se estes e desprezam-se aquelas. É que é mais grave para o sistema violar um princípio do que uma regra jurídica. Aquele é vetor que esta deve seguir, por isso a regra, que tem menor valor jurídico, cede em favor do princípio que possuir maior carga, maior peso ou maior densidade jurídica.

A colisão entre princípios não se resolve do mesmo modo do que no choque entre normas, porque um princípio não revoga outro. Havendo colisão, um dos princípios cede lugar à aplicação do outro naquele caso concreto. Solucionado o caso concreto, os princípios que colidiram continuam como seus efeitos jurídicos

normalmente. Assim o é, porque nenhum princípio é fim em si mesmo; é sempre e sempre será meio para atingir um fim.

A solução encontrada pela doutrina para resolver a colisão entre princípios – posteriormente adotada pela jurisprudência - foi a aplicação de outro princípio: o princípio da proporcionalidade.

Havendo colisão entre princípios, o juiz pondera os valores ou pesos do caso concreto em jogo e, em seguida, dirá qual deles é mais razoável. O que for mais razoável prevalece no caso concreto, isto é, qual deles que, desprezado, acarretará prejuízo menor ao sistema.

5.2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS:

5.2.1 Necessidade da prova

Tendo-se em conta que o julgador é constrangido pela lei processual a solucionar todos os litígios que lhe são reclamados, por ser-lhe vedado proferir o *non liquet*; não podendo valer de seus conhecimentos privados⁴² e, também, de fundamentar a decisão como base “nos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes” (art. 131 do CPC), não há dúvida alguma da necessidade da prova produzida nos autos do processo⁴³, por um ou mais de seus meios, caso a discussão no caso concreto se refira a alegações sobre fato ou fatos.

Além do mais, para algumas alegações sobre fato ou fatos, a própria lei exige a produção de meio de prova típico que não pode ser substituído por outro. É o que ocorre, por exemplo, com a prova plena a que se refere o art. 366 do CPC e, também, com a perícia para caracterização e classificação de insalubridade ou de periculosidade, que é exigida por disposição expressa do § 2º do art. 195 da CLT.

⁴² BENTHAM, Jeremias. é enfático ao negar mérito probatório ao conhecimento privado do juiz, ao dizer, porque “não basta que sua decisão seja justa, é necessário que, ademais, a pareça justa” e que “nada há mais de perigoso que deixar que se confunda os ofícios de testemunha e de juiz”. *Tratado ...* pp. 95 a 97.

⁴³ Segundo FLORIAN, Eugênio. “o que não consta no processo não existe no mundo” (*Da prova penal ...* p. 179).

Mesmo em caso de revelia, com o correspondente efeito, é imperiosa a realização da prova pericial – prova legal - para constatação e classificação de insalubridade ou de periculosidade, desde que argüida pelo trabalhador ou pelo ente sindical profissional que o representa.

É salutar enfatizar, por outro ângulo, que o juiz não comete ilegalidade nem inconstitucionalidade ao motivar a sentença com base nas alegações de uma das partes, em parecer jurídico agregado aos autos do processo, ou em manifestação (parecer) do MP. Ao agir assim, a: “exteriorização das razões de decidir revela, desse modo, o prisma pelo qual o juiz interpretou a lei e os fatos da causa, devendo aquelas, por via de consequência, vir expostas com clareza, lógica e precisão, visando à perfeita compreensão de todos os pontos controvertidos, bem como do resultado da demanda”⁴⁴.

5.2.2 Princípio do dispositivo

O professor João Batista Lopes reservou ao capítulo 14 de sua obra “A prova no direito processual civil”, estudo profundo sobre o papel do juiz na produção da prova, que pode ser assim resumido: os autores mais antigos sempre ressaltaram que o juiz, como sujeito imparcial da relação processual, não devia investigar os fatos nem tomar iniciativa de melhor esclarecê-los, e sua atividade limitava-se ao exame das provas produzidas pelas partes. Essa orientação, harmônica com a ideologia clássica do final do século XIX, considerava a prova como “coisa das partes.

Para ele, em razão da crescente publicização do processo, da defesa de concepções instrumentalistas e dos estudos em torno da efetividade do processo, verificou-se forte reação contra as teorias tradicionais, que resultou no fortalecimento dos poderes do juiz.

⁴⁴ CRUZ, José Rogério e TUCCI, *A motivação da sentença no processo civil*, p. 107.

Mauro Cappelletti desempenhou papel relevante na releitura do princípio do dispositivo ao defender o que ele denominava de “direção material do processo” em substituição à “direção formal do processo”, cuja posição pode assim ser delineada:

“a)- o princípio do dispositivo, em sua moderna configuração, significa apenas que a iniciativa das alegações e dos pedidos incumbe às partes, não ao juiz:

b)- a iniciativa das provas não é privativa das partes, pondo o juiz determinar as diligências necessárias à integral apuração dos fatos;

c)- o juiz, a par das funções próprias de diretor formal do processo, exerce um poder de intervenção, de solicitação, de estímulo no sentido de permitir que as partes esclareçam suas alegações e petições, a fim de ser assegurado um critério de igualdade substancial delas”⁴⁵.

A posição do jurista italiano teve ampla acolhida no Brasil, destacando-se que, no dias atuais, vigora o princípio do dispositivo consagrado nos arts. 2º, 128, 262 e 460 do CPC. Esses dispositivos, porém, devem ser analisados em conjunto com o art. 130 do CPC, que fortaleceu a posição do juiz no processo, como condutor formal e material deste, de modo que a determinação de provas de ofício pelo juiz além de não desviar do princípio do dispositivo ainda não configura a tomada de partido em favor de uma das partes, mas confirma a atuação ativa do juiz na busca do esclarecimento dos fatos, e, conseqüente, da verdade.

Com a nova leitura do art. 130 do CPC, proposta por Cappelletti e acolhida no Brasil, a doutrina passou a compreender que com os poderes instrutórios do juiz, este passou a ser sujeito e destinatário da prova. Advirta-se, porém, que a atividade probatória do juiz não é ampla ao ponto de substituir as partes em suas omissões, ou seja, o juiz não foi transformado em investigador dos fatos, mas em sujeito ativo que deve buscar o esclarecimento dos fatos quando estes não forem suficientemente esclarecidos; e, ainda, naquelas situações em que há perplexidade ou quando há significativa desproporção econômica ou sócio cultural entre as partes (STJ REsp 43.467, 4ª T, Rel. Min. Sálvio Teixeira, j. em 12.12.95).

⁴⁵ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*, p. 73.

5.2.3 Aquisição processual

O processo contemporâneo é informado pelo princípio da aquisição processual, segundo o qual pouco (ou nada) importará ao juiz quem tenha trazido aos autos do processo a prova (meio ou meios de prova). Sendo legítima (não tendo sido obtida por meio ilícito) e legal (vinda aos autos no momento oportuno, isto é, sem que se tenha operado a preclusão, ou ordenada pelo juiz a qualquer tempo), a prova ao ser produzida passa a integrar os autos do processo automaticamente ao mesmo tempo em que perde o vínculo com quem a produziu, por isso não pode ser desentranhada nem questionada sobre sua autoria ou ônus.

Com efeito, a prova produzida nos autos do processo (por um ou mais dos meios previstos ou permitidos pelo sistema jurídico nacional, no momento processual adequado ou pela atividade oficiosa do juiz da causa) pertence ao processo – que a adquire – e “será, pelo seu valor intrínseco de convicção, sopesada pelo juiz, independentemente de se ter originado da atividade deste ou daquele litigante, ou mesmo da atividade oficiosa do juiz”⁴⁶.

Tem-se, assim, que na apreciação da prova o juiz abstrai-se de sua origem (se carreada por uma ou ambas as partes, ou vinda aos autos por atividade de terceiro ou em razão da atividade oficiosa do juiz da causa) e valora seu conteúdo nos moldes gizados pelo art. 131 do CPC. Se a parte produz prova que contraria sua versão e favorece a tese de seu adversário, o juiz proferirá sentença contra quem produziu a prova e com base nesta motivará a sentença.

Em termos práticos, significa dizer que: a)- havendo prova válida, o juiz profere julgamento na forma do art. 131 do CPC, sem levar em conta sua autoria e ônus de produzi-la; b)- as regras de ônus da prova só são aplicadas nos casos em que inexistente prova válida e convincente, ou quando a prova existente for dividida. Se existente prova válida, não interessa ao juiz quem a produziu ou quem deveria produzi-la e sim que a prova foi validamente produzida, repita-se; e c)- em última análise, a parte que produzir prova favorável ao adversário e, portanto, contra si

⁴⁶ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, p. 415.

mesma, terá sua prova valorada pelo juiz que, com base nela, decidirá em prol da parte contrária. A parte que produzir prova contra si mesma suportará os efeitos de sua atividade probatória desastrosa.

Para os professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery⁴⁷ e Arruda Alvim⁴⁸ o princípio em comento também é conhecido como princípio da comunhão nos resultados, pois, ao ser produzida, a prova visa um só resultado (convencer o juiz), sendo irrelevantes sua autoria e falar em quem detinha seu ônus.

5.2.4 Oralidade

Em regra, os meios de provas são produzidos em audiência, onde impera o uso da palavra falada (arts. 843 a 850 e 852-E a 852-H da CLT). Excetuam-se os meios de prova que, pela sua natureza ou por exigência legal, devem ser produzidos em outras ocasiões.

A prova documental indispensável à instrução da petição inicial bem como a prova pericial, por exemplo, não são realizadas em audiência. A inspeção judicial nas hipóteses em que a pessoa ou a coisa a ser inspecionada não puder ser conduzida à audiência pela sua natureza própria ou para não acarretar prejuízos também será realizada fora da audiência.

Os demais meios de prova em regra são colhidos na audiência, perante o juiz da causa. A prova testemunhal, por exemplo, é produzida em audiência, exceto se a condição pessoal da testemunha encaixar numa das hipóteses previstas nos incisos I a IV do art. 410 do CPC, regras estas aplicáveis ao processo do trabalho (art. 769 da CLT). Os depoimentos pessoais/interrogatórios são colhidos em audiência pelo juiz da causa, sempre com o emprego da palavra falada (art. 848 da CLT).

⁴⁷ NERY, Nelson Jr & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, p. 721.

⁴⁸ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, p. 416.

Aliás, no processo do trabalho o uso da palavra falada é muito intenso, e não se restringe ao procedimento probatório, uma vez que a maioria dos atos processuais inerentes ao processo de conhecimento é realizada em audiência. O juiz usa os meios adequados de persuasão para a solução conciliatória do litígio com o emprego da palavra falada; as partes rejeitam ou discutem a proposta conciliatória por meio da palavra falada. Sendo uma a audiência, o reclamante impugna os documentos e manifesta sobre a resposta do reclamado por meio da palavra falada, etc.

5.2.5 Igualdade de oportunidades (Art. 125, I, do CPC)

O tratamento isonômico que o juiz deve ministrar às partes no transcurso do processo é uma decorrência do princípio constitucional da igualdade de tratamento a que se refere o *caput* do art. 5º da Lei Maior.

No campo das provas é imperiosa a sua aplicação, pois o juiz deve garantir a paridade de armas às partes, de modo a não lhes dar tratamento diferente. Toda vez que permitir que uma parte produza determinado meio de prova também garantir igual direito à parte contrária, isto é, esta tem garantido o direito de produzir idêntico meio de prova ou outro meio de prova necessário para contrapor aquele que foi produzido.

5.2.6 Imediação

Segundo esse princípio, é o juiz quem colhe, direta e imediatamente a prova (é a curta distância entre o juiz e a prova, na sua colheita), podendo as partes formular perguntas aos depoentes e testemunhas (CPC, art. 446, II).

CAPÍTULO VI

FINALIDADE DA PROVA

O sistema processual nacional orienta-se, dentre outros, pelo princípio da indeclinabilidade da jurisdição, que veda o julgador – juiz ou tribunal – pronunciar o *non liquet*⁴⁹, mesmo que exista lacuna ou obscuridade na lei (art. 126 do CPC, primeira parte, c/c o art. 4º da LICC). Ao lado desse dever de julgar, incumbe ao juiz ou tribunal decidir com base na lei⁵⁰, e, na sua ausência, recorrer, pela ordem, a analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito (art. 126 do CPC, segunda parte). Além destes, o sistema processual lhe impõe outro dever: de fundamentar (motivar) todas as decisões que proferir, sob pena de nulidade (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal; art. 458, inciso II, do CPC e art. 832, *caput*, da CLT).

⁴⁹ “não está claro”. A vedação da pronúncia do *non liquet* decorre da seguinte passagem: “AULO GÉLIO (125-175) era jovem quando, pela primeira vez, os pretores o colocaram no número dos juizes, encarregando-o dos julgamentos chamados privados. Consciente da nova responsabilidade, estudou (como ele mesmo nos conta) os deveres do juiz, quer em livros escritos em latim, quer em livros escritos em grego. “Jovem ainda, deixando as fábulas da poesia e os movimentos da eloquência para subir ao tribunal, eu queria aprender os deveres de meu cargo na escola dos mestres mudos”. No que concerne às cerimônias legais, a *Lei Júlia* e os Comentários de Sabino Masúrio e outros juriconsultos o esclareceram devidamente. Entretanto, esses livros de nada lhe serviram quanto aos conflitos de razões contrárias com que se defrontou. Assim, por exemplo, encontrou-se em inextricável apuro quando se defrontou com o seguinte caso: um homem honrado, cuja boa-fé era pública e notória; cuja vida era inatacável; e sobre cuja sinceridade não havia dúvida, reclamava ante seu tribunal uma determinada quantia em dinheiro, proveniente de um empréstimo que fizera ao réu, homem comprovadamente falso. Nem é preciso dizer que o réu negava a existência do débito ... E não só: rodeado de numerosos partidários, não cessava de exclamar que era necessário, conforme a lei, que o autor provasse a existência da dívida, com documentos ou testemunhas. E acrescentava que, não havendo sido produzida prova alguma, devia ser absolvido; que a boa ou má conduta das partes carecia de valor, já que se tratava de dinheiro e as partes se encontravam diante de um juiz e não diante de censores de costumes. Não sabendo como julgar a causa, Aulo Gélio foi buscar conselho, inicialmente com seus antigos forenses. Ora, tais amigos lhe deram a mesma resposta que lhe dariam os advogados e juristas de hoje: se o autor não prova a existência da dívida, o réu deve ser absolvido. Todavia, Aulo Gélio não se conformou com a resposta. Considerando aqueles dois homens, honrado um e pérfido o outro, não conseguia se decidir a julgar improcedente a ação. Dirigiu-se, então, a um filósofo, Favorino, que lhe disse: “não se podendo esclarecer o litígio nem por documentos, nem por testemunhas, deve o juiz procurar de que parte há maior probidade; e só se há igualdade no bem e no mal é que se deve dar fé a quem nega a dívida. Ora, no teu caso, não há testemunhas nem documentos, mas tu afirmas que o demandante é um homem honrado, ao passo que o réu é pérfido. Vai, pois, e dá razão ao demandante.” Aulo Gélio considerou esse conselho digno de um filósofo, mas não o seguiu. Pareceu-lhe demasiadamente atrevida a conduta sugerida, e não condizente nem com sua idade, nem com a debilidade de seus conhecimentos. Não tinha ânimo para contrariar os costumes estabelecidos. Parecia-lhe grave condenar sem provas; de outro lado, não podia decidir-se a absolver o réu. E assim, diz Aulo Gélio, “jurei que o assunto não estava claro, ficando, em consequência, livre daquele julgamento”: *iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum.*” (GÉLIO, Aulo. *Noches Áticas*, livro XIV, cap. II).”

⁵⁰ Não se aplica a obrigatoriedade da observância do critério de legalidade estrita: a)- nos casos em que a lei permite o julgamento por equidade (art. 127 do CPC); b)- nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, é facultado ao juiz adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna (art. 1.109 do CPC); e c)- nos dissídios trabalhistas submetidos ao procedimento sumaríssimo, nos quais o juiz “adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum” (art. 852-I, § 1º, da CLT).

Para cumprir tais deveres, o julgador precisa convencer-se de que uma das versões dadas à matéria de fato pelas partes é veraz, no todo ou em parte, o que só é atingível, quando a discussão do caso concreto circunscrever-se a matéria de fato, mediante a valoração da prova produzida nos autos do processo, por um ou vários de seus meios previstos/permitidos, pois a liberdade que a lei lhe confere restringe-se aos critérios de valoração (após a apreciação) da prova ou do conjunto dos meios de prova existente nos autos do processo (art. 131 do CPC).

Caso a prova existente nos autos do processo não seja suficiente à formação de seu livre convencimento motivado, o juiz deverá ordenar a sua produção, por quaisquer dos meios que reputar necessários para completar seu convencimento, inclusive aqueles meios que foram anteriormente indeferidos a pedido de uma ou ambas as partes. Como condutor material e processual do processo⁵¹, o juiz deve atuar ativamente na instrução em colaboração e cooperação com as partes, e não esperar estas exaurirem suas atuações para só depois tomar iniciativa da atividade probatória, pois é de seu interesse que o processo tenha razoável duração⁵² e que, respeitadas as garantias constitucionais e processuais das partes, ao final vença a parte que tem razão.

Em outras palavras: a prova produzida nos autos do processo tem como finalidade/função convencer o julgador – juiz ou tribunal – quanto a verdade das afirmações sobre o fato ou fatos [ou da existência deste(s)].

Como corolário lógico de sua finalidade, a prova produzida nos autos do processo desempenha o importante papel de sustentáculo da livre e racional escolha motivada de uma das versões sobre fatos que faz o juiz para considerá-la verdadeira. E, também, para eventual reexame em caso de interposição de recurso.

⁵¹ Os arts. 765 da CLT e 130 do CPC facultam ao juiz ordenar, a qualquer tempo, a produção dos meios de prova que se fizerem necessários ao esclarecimento das alegações sobre matéria de fato feitas pelas partes, pois não se aplica ao poder instrutório do juiz as regras de preclusão previstas no ordenamento processual pátrio.

⁵² A razoável duração do processo passou a ser uma franquia constitucional outorgada a todos – no âmbito administrativo e judicial – como se depreende do inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88, inserido pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004.

CAPÍTULO VII

DIREITO À PROVA

O direito à prova, mais especificamente o direito à prova legitimamente obtida ou produzida, é um dos desdobramentos da conjugação das garantias constitucionais da ampla defesa, do acesso à justiça e do contraditório, garantias estas decorrentes do megaprincípio do devido processo.

Como consequência do devido processo legal, o direito à prova desempenha um papel fundamental como desdobramento da garantia constitucional da ampla defesa⁵³, e dele emerge o fundamento prático do contraditório.

A doutrina contemporânea o considera como faculdade reconhecida às partes de fazer encartar aos autos do processo todos os elementos de convicção de que dispõe, com o fito de demonstrar ao julgador a veracidade das alegações de fatos que expenderam em suas alegações⁵⁴. Para que isso se traduza em realidade, recomenda Barbosa Moreira que sejam concedidas às partes “iguais oportunidades de pleitear a produção de provas”, descartando-se qualquer “disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento dessas provas pelo órgão judicial”, e ensejando-se aos interessados “as mesmas possibilidades de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre seus resultados”⁵⁵.

O professor Cândido Rangel Dinamarco realça que a importância da prova na experiência do processo:

“erigiu o *direito à prova* em um dos mais respeitados postulados inerentes à garantia política do devido processo legal, a ponto de se constituir em um dos fundamentais pilares do sistema processual contemporâneo. Sem sua efetividade não seria efetiva a própria constitucional do *direito ao processo*.”⁵⁶

⁵³ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed., p. 162.

⁵⁴ TUCCI, Rogério Lauria e José Rogério Cruz e Tucci. *Constituição de 1988 e processo*, p. 68.

⁵⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A garantia do contraditório na atividade de instrução*. Repro 35/232-3, *apud* Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci. *Constituição de 1988 e processo*, p. 68.

⁵⁶ *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed., vol. III, p. 47.

Os professores Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho também ressaltam a importância do direito à prova no quadro do contraditório, dizendo que “a garantia do contraditório não tem apenas como objetivo a defesa entendida em sentido negativo – como oposição ou resistência -, mas sim [e] principalmente a defesa vista em sua dimensão positiva, como influência, ou seja, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo”⁵⁷. Eles colocam o direito à prova como o momento central do processo visando a possibilidade de demonstração da verdade, exercendo particular relevância no conteúdo do provimento jurisdicional.

Deflui-se, desses ensinamentos, que o direito constitucional à prova assegurado aos litigantes em processo judicial e administrativo possui três dimensões : a)- de produzir todos os meios de prova; b)- de participar ativamente em todas as etapas da prova; e c)- de manifestar-se sobre a prova produzida.

Contudo, esse direito, assim como todas as garantias constitucionais, não é ilimitado e irrestrito, pois outros valores também são tutelados pela Constituição Federal. O professor Cândido R. Dinamarco, quanto a este particular, pondera:

“A Constituição e a lei estabelecem algumas balizas que também concorrem a traçar-lhe o perfil dogmático, a principiar pelo veto às provas obtidas por meio ilícito; em nível infraconstitucional, o próprio sistema dos *meios de prova*, regido por formas preestabelecidas, momentos, fases e principalmente *preclusões*, constitui legítima delimitação ao direito à prova e ao seu exercício. Falar em direito à prova, portanto, é falar em *direito à prova legítima, a ser exercido segundo os procedimentos regidos pela lei*.⁵⁸”

O professor João Batista professa de igual entendimento ao afirmar que “o direito à prova não é ilimitado e irrestrito”⁵⁹.

A limitação ao direito à prova é vista em dois planos: a)- subjetivo e b)- objetivo. Aquele refere-se às pessoas que atuam no processo. Portanto, só podem encartar provas no processo do trabalho: as partes do litígio, os terceiros

⁵⁷ *As nulidades no processo penal*. 8, p. 143.

⁵⁸ *Instituições* p. 49.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 169.

interessados, o juiz em atividade oficiosa e o representante do MPT nas ações em que sua atuação é obrigatória. Já a limitação objetiva concerne à chamada prova vedada e, também, às limitações impostas pela lei à utilização de um, alguns ou todos os meios de provas previstos/permitidos pelo sistema. Compreende-se neste: a)- as provas obtidas por meios ilícitos, no plano material; b)- as provas, mesmo sendo lícitas do ponto de vista do direito material, mas que forem apresentadas no processo fora da etapa própria quando já operada a preclusão (são as chamadas provas ilegítimas, porque contrárias as normas de direito processual); c)- as limitações impostas pela lei, como, por exemplo aquelas previstas nos arts. 400 e 401 do CPC e 227 do CC, no tocante ao meio de prova testemunhal (lembrando que na Justiça do Trabalho não há a limitação prevista nos arts. 401 do CPC e 227 do CC); d)- o uso de prova pericial quando a matéria de fato requerer conhecimento técnico especializado para esclarecê-la; e)- a obrigatoriedade da prova pericial, com exclusão dos demais meios, na hipótese do § 2º do art. 195 da CLT, etc...

Tem-se, assim e em conclusão, que o direito à prova é uma garantia constitucional conferida aos litigantes, com as limitações objetivas e subjetivas que o próprio sistema prevê.

CAPÍTULO VIII

OBJETO DA PROVA

8.1 MATÉRIAS DE FATO CONTROVERTIDAS, RELEVANTES E PERTINENTES

O processualista uruguaio Eduardo Juan Couture, um dos expoentes da ciência processual, começa estudar o objeto da prova com uma pergunta: “o que se prova?”⁶⁰, como também faz Santiago Sentis Melendo⁶¹.

O ponto de partida para reconhecer qual é o objeto da prova processual na conformação do sistema jurídico nacional e, portanto, responder a indagação formulada pelos processualistas sul-americanos acima citados, passa pela compreensão do conteúdo do art. 332 do CPC, que expressa: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

Esta disposição legal, conquanto pertença ao processo civil, é aplicada ao processo do trabalho por força do disposto no art. 769 da CLT, pois esta é omissa quanto ao objeto da prova e as regras constantes no art. 332 do CPC são compatíveis com os princípios e regras do direito processual do trabalho.

Como ressalta com maestria o processualista Ovídio Baptista da Silva, é princípio elementar do direito probatório que somente as matérias de fato devem ser objeto de prova, “desde que a regra de direito presume-se conhecida do juiz”⁶². E o próprio art. 332 do CPC ao estabelecer que a atividade probatória das partes dirige-se a estabelecer a veracidade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa, pressupõe que apenas as matérias de fatos que forem relevantes para a decisão e

⁶⁰ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 219.

⁶¹ MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba*, p. 12.

⁶² *Curso de direito processual civil*. 4ª ed., vol. I, p. 341.

pertinentes ao objeto da demanda se submetem a prova, ficando os fatos irrelevantes e os impertinentes a salvo do arco probatório, pois qualquer atividade nesse sentido seria sem sentido. Contudo, há de ser realçado que, no tocante ao direito, há uma exceção a que alude o art. 337 do CPC (vide item 8.2 infra).

Procedidas estas observações, ressalte-se que tanto o processo civil como o processo do trabalho não tipificam os meios de provas com os quais se busca a verdade dos fatos, sendo apenas enunciativos aqueles nominados nas leis processuais e substanciais. Porém, ambos os sistemas processuais fazem a seguinte exigência: o meio de prova, ainda que atípico, tem de ser *moralmente legítimo*. A moralidade exigida do meio de prova – típico ou atípico – está direcionada ao seu conteúdo ético, que não contraria a moralidade social, que não agridem as regras nem os princípios de direito material, como por exemplo, as provas obtidas por meios ilícitos⁶³; a violação do segredo dos atos íntimos, a violação do princípio de que ninguém pode ser obrigado a prestar declaração contra si mesmo, do princípio constitucional da inviolabilidade de correspondência, etc.; e a legitimidade volta-se à observância das regras processuais quanto ao modo e tempo de ingresso da prova nos autos do processo, de modo que o meio de prova ainda que moral não é legítimo se levado aos autos do processo pela parte fora do momento processual adequado, quando já consumada a preclusão.

Voltando à pergunta formulada pelos processualistas uruguaio e argentino, pode-se dizer que num primeiro momento parece fácil respondê-la, pois bastaria dizer: prova-se a verdade dos fatos como, aliás, está expresso na parte final do art. 332 do CPC, de aplicação subsidiária ao direito processual do trabalho, por força do disposto no art. 769 da CLT. Conquanto fundamentada, a resposta dada não satisfaz, pois ao dizer que a verdade dos fatos é o objeto da prova não ficou esclarecido se o que deve provar são os fatos ou suas afirmações, isto é, as versões que as partes deram à matéria de fato.

⁶³ Toda discussão sobre a prova ilícita é encontrada no capítulo XVII deste trabalho, onde encontra a possibilidade de sua admissão mediante o emprego do princípio da proporcionalidade, consubstanciado na ponderação de valores do caso concreto.

Os incisos I e II do art. 333 do CPC, que estabelecem regras genéricas do ônus da prova, são bons exemplos de que a dúvida está longe de ser esclarecida. O inciso I, conjugado ao *caput* desse dispositivo legal, onera o autor com a prova do “fato ...” (sem destaque no original), colocando o fato (em si) como objeto da prova. Já o inciso II, também conjugado ao *caput*, expressa que ao réu incumbe o ônus da prova da “existência de fato” (também sem destaque no original). Aqui o ônus da prova não é o fato em si (enquanto evento que ocorre ou já ocorreu no mundo empírico), mas as versões dadas sobre as matérias de fato concernentes ao objeto do dissídio.

Similar concepção bifronte quanto ao objeto da prova é encontrada no art. 1.107 do CPC, que prescreve: “Os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas.” A primeira parte desse dispositivo legal revela que o objeto da prova são “as alegações” que as partes dão (ou deram) aos fatos; já na sua segunda parte, o mesmo dispositivo de lei faculta ao juiz para investigar livremente “os fatos” em si e não as suas afirmações.

Por conta destas menções dúbias surgiram duas correntes teóricas a respeito do objeto da prova: a)- uma diz que o objeto da prova são os fatos em si, porque somente eles convencem o juiz; e b)- a outra entende que os fatos são os acontecimentos que ocorrem ou já ocorreram no mundo empírico, portanto não há como prová-los, posto que eles existem ou já existiram por si próprios, independentemente de quaisquer fatores externos, mas as versões que as partes lhes dão (ou deram) estão sujeitas à prova, pois só por intermédio delas será possível reproduzir em juízo como os fatos já ocorreram ou que ainda ocorrem.

Moacyr Amaral Santos, Carlos Lessona, Humberto Theodoro Júnior, Manoel Antonio Teixeira Filho, Micheli, Echandia, José Frederico Marques, Nelson Nery Junior, etc., são adeptos da primeira corrente. Santiago Sentis Melendo, Valentin Silva Melero, Luiz Guilherme Marinoni, Ovídio Baptista, João de Castro Mendes, Léo Rosenberg, Sérgio Cruz Arenhart, João Batista Lopes, Eduardo Juan Couture, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, dentre outros, são seguidores das segunda corrente.

Cândido Rangel Dinamarco defende sua posição sob o argumento de que:

“O objeto da prova é o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para o julgamento da causa, não sendo estes notórios nem presumidos. Fazem parte dele as alegações relativas aos fatos pertinentes à causa e não os fatos em si mesmos. O vocábulo prova vem do adjetivo latino probus, que significa bom, correto, verdadeiro; conseqüentemente, provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes. Diz-se também, em situações particularizadas, que determinada alegação é objeto de prova (mantidos os destaques do original)”⁶⁴.

Trilhamos a segunda corrente, por entendermos que os fatos (considerados como tais os acontecimentos, ou os eventos do mundo empírico) existem ou já existiram por si mesmos, portanto não há como prová-los, mas suas alegações (suas versões) sim, porque somente elas são capazes de (estão aptas a) convencer o juiz da “verdade” dos fatos, tal como consta do art. 332 do CPC, aplicável ao processo do trabalho.

Contudo, nem todas as proposições de fato devem ser provadas, mas apenas aquelas que, a um só tempo, forem controvertidas, possíveis, relevantes ao julgamento e pertinentes ao objeto da demanda. Com efeito, as versões sobre as matérias de fato incontrovertidas, irrelevantes, impossíveis e impertinentes estão a salvo da prova, até porque não influirão no resultado do litígio.

8.1.2 Negativa do fato e fato negativo

A regra de Paulo, consagrada no Digesto XII, do período pré-clássico, dispunha, grosso modo, que a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega, foi instituída na época em que era permitido o *non liquet* e em que vigorava o princípio da livre apreciação das provas pelo juiz. Essa regra foi empregada por séculos a fio,

⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, p. 58.

mesmo depois da vedação do *non liquet* e da adoção do critério da persuasão racional da prova.

Aliás, e a bem da verdade, essa máxima é repetidas nos dias atuais - em menor escala, reconheça-se - sem, contudo, atingir unanimidade na sua aceitação ou recusa.

Estamos convictos de que, pelo menos a partir de 1º de janeiro de 1974, ao entrar em vigor o CPC de 1973, os sistemas processuais civil e do trabalho brasileiros não mais permitem a contestação por negativa geral, como admitiam os sistemas processuais anteriores, e, também, não permitem o *non liquet*, como era permitido na época da edição da regra de Paulo, acima mencionada. Há, no presente estágio, exigência legal imposta ao réu, no processo civil, e ao reclamado, no processo do trabalho, de concentrar todas as matérias de defesa na contestação (em cumprimento do princípio da eventualidade de que cuida o art. 300 do CPC) e, ainda, do ônus da impugnação específica de todos os fatos deduzidos na petição inicial, reputando-se verídicos aqueles não impugnados (art. 302 do CPC).

Estas inovações levaram a doutrina e a jurisprudência a se posicionarem de outra maneira. Em comentários ao art. 302 do CPC de 73, Calmon de Passos disse:

“A primeira consequência a retirar-se do dispositivo é a da impossibilidade da contestação por negação geral. Não só a tradicional contestação por negação geral, mas também a contestação que se limita a dizer não serem verdadeiros os fatos aduzidos pelo autor. Firmar isso e não impugnar são coisas que se equivalerão. Quer a exigência primitiva de manifestação específica, quer a constante do texto, de manifestação precisa, brigam de modo irreconciliável com a pura e simples negação dos fatos. Cumpre ao réu dizer não somente que os fatos são inverídicos, mas também como ocorreram ou que outros fatos são verdadeiros. (...) Há, por conseguinte, em face do novo código, um ônus de impugnação atribuído ao réu, no tocante aos fatos alegados pelo autor, em sua inicial, como igual ônus cabe ao autor quanto aos fatos extintivos e impeditivos posto pelo réu em sua contestação, quando sobre eles tiver que se manifestar”⁶⁵.

⁶⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*. 8ª ed., vol. III, pp. 280 e 281.

Esta virada processual abalou as estruturas da máxima de Paulo: “a negativa não se prova”, mas a sua discussão – moderada, é certo – não terminou. Há, também, discussão sobre a prova do fato negativo.

A negativa dos fatos é, em síntese, a simples resistência do reclamado às alegações sobre fatos deduzidas pelo reclamante na petição inicial, sem, contudo, deduzir outras alegações de fatos capazes de impedir, modificar ou extinguir o direito deste.

Por se tratar de simples negativa dos fatos, esta resistência – também chamada de defesa de mérito direta – não se submete a prova. Assim, e, em especial, na aplicação da regra do ônus subjetivo da prova – inscrita nos arts. 818 da CLT e 333 do CPC –, é do reclamante a prova de sua afirmação (positiva) deduzida na petição inicial.

Impende realçar, por oportuno, que o reclamado tem direito à contraprova, caso o reclamante opte por produzir prova, por um vários de seus meios, para, com ela, desvencilhar-se de seu ônus probatório.

Exemplo: o reclamado contesta o pedido de horas extras, sob o argumento de que o reclamante não extrapolou a jornada legal, como alegou na petição inicial (houve, portanto, negativa do fato). O objeto da prova, no exemplo dado, é a prestação de serviços extraordinários, que, por se tratar de fato básico e constitutivo de direito, é ônus do reclamante prová-lo (art. 818 da CLT c/c o inciso I do art. 333 do CPC).

Diferentemente ocorre com o fato negativo, quando dele puder extrair uma afirmação. Com efeito, toda vez que o fato negativo puder ser lido como fato positivo está ele sujeito a prova.

Exemplo: o reclamante pede a declaração de nulidade de pena disciplinar que lhe foi aplicada, sob o fundamento de que não cometeu o ato faltoso imputado. Ao deduzir o fato negativo – de que não cometeu a falta que resultou na sua punição – o reclamante está, na verdade, afirmando que atuou com lisura no

cumprimento de suas obrigações legais e contratuais. Nesta hipótese, o fato negativo relatado é lido e compreendido como positivo, portanto está sujeito à prova.

Outro exemplo corrente no comércio: um empresário pede, em juízo, o cancelamento de protesto de duplicata cumulado com a declaração de inexistência de dívida com a fornecedora, sob o fundamento de que não comprou mercadorias destas. Os fatos negativos – (i) inexistência de dívida e (ii) não aquisição de mercadorias - podem ser (e são) lidos como fatos positivos, portanto estão sujeitos à prova. Para prová-los, basta que a fornecedora comprove em juízo a venda e a entrega das mercadorias que resultaram na emissão do título de crédito que levou ao apontamento do protesto por falta de pagamento ou de pagamento e aceite.

Em suma: a negativa do fato pelo reclamado, como discordância com o fato afirmado pelo reclamante na petição inicial, não está sujeita à prova, mas é assegurado àquele o direito à contraprova; já o fato negativo deduzido pelo autor para fundamentar pretensão está sujeito a prova, por se tratar de fato que afirma o antônimo do que está sendo negado.

8.2 PROVA DO DIREITO

8.2.1 Municipal, Estadual, Estrangeiro ou Costumeiro

Em regra o objeto da prova é a versão que a parte dá aos fatos controvertidos, relevantes e pertinentes, mas por exceção o sistema permite a produção de prova do direito. É que a lei processual presume que todo juiz brasileiro tem conhecimento do direito nacional (*iura novit curia*) – que compreende princípios e regras – a teor do disposto no art. 337 do CPC⁶⁶. Em razão desta presunção legal, a parte não precisa provar o teor e vigência do direito nacional alegado como sustentáculo de sua pretensão ou resistência, o que levou a ser construída ao longo

⁶⁶ Do juiz brasileiro exige-se o conhecimento do direito nacional (*iura novit curia*), consoante o art. 337 do CPC, e todos os conhecimentos das leis nacionais consoante o art. 3º da LICC, segundo o qual “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. O direito nacional, cujo conhecimento é exigido do juiz brasileiro, compreende princípios e regras, e de todos exige-se apenas o conhecimento das últimas.

do tempo a máxima: “dai-me os fatos, que dar-te-ei o direito”, tradução livre das expressões latinas “*da mihi factum, dabo tibi ius*”.

A *contrario sensu* não se presume que o juiz brasileiro conheça o direito municipal, o direito estadual, o direito estrangeiro ou o direito costumeiro. Coerente com esta postura, o próprio art. 337 do CPC estabelece que, quando a parte alegar, em processo judicial, um ou mais desses direitos para sustentar sua pretensão ou defesa, “provar-lhe-á o teor e vigência, se assim o determinar o juiz”. Este comando normativo exprime a idéia de que, se o juiz já conhece o teor e a vigência do direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário alegado pela parte, poderá dispensá-la da prova. Mas se não o conhece, concederá à parte que o alegou um prazo razoável para provar-lhe conteúdo e vigência do direito invocado.

Suponha-se que chegue às mãos do juiz do trabalho um dissídio individual no qual o reclamante fundamentou seu pedido em direito estrangeiro, e aquele não conhece teor nem a vigência do direito invocado. O juiz do trabalho deverá conceder ao reclamante um prazo razoável para este provar-lhe teor e vigência da norma alegada. Cumprida a determinação, o juiz profere julgamento com base no direito estrangeiro que lhe foi comprovado. Se chegar às mãos do mesmo juiz do trabalho outros dissídios individuais contendo pedidos formulados no mesmo direito estrangeiro invocado naquele dissídio e em idêntico espaço temporal, o juiz do trabalho, porque agora já conhece o teor e vigência do direito estrangeiro invocado, prescinde da prova do teor e vigência deste, de modo que poderá dispensar os reclamantes autores desses outros dissídios individuais.

Idêntico raciocínio ocorre em relação aos outros direitos previstos no art. 337 do CPC, de aplicação subsidiária no processo do trabalho.

8.2.2 Normas previstas em convenção e acordo coletivo de trabalho, regulamento de empresa e sentença normativa

A Constituição Federal em vigor, diferentemente das cartas anteriores, estabelece no *caput* de seu sétimo artigo que “são direitos dos trabalhadores

urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social” e, em seguida, faz um rol (enunciativo) dos direitos trabalhistas mínimos, dentre o quais o de “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (inciso XXVI).

Alguns dos “outros” direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores urbanos e rurais – a que se refere o preceito constitucional em realce, extensivo integralmente aos trabalhadores avulsos e parcialmente aos domésticos - são aqueles previstos nas fontes heterônomas e autônomas do direito do trabalho, ambas produtoras do direito social objetivo, em decorrência de suas cargas normativas.

Assim, e tendo em conta que convenção e o acordo coletivo de trabalho têm natureza jurídica contratual quanto à forma, mas no tocante aos seus conteúdos, à essência mesmo, ambos são fontes formais do direito do trabalho resultantes da autonomia privada coletiva⁶⁷, de onde “brotam” os direitos trabalhistas complementares do patamar mínimo (do piso) previsto na Constituição Federal e nas fontes normativas estatais infraconstitucionais. Como fontes formais que são, tais institutos jurídicos integram o direito do trabalho (no período de vigência de cada qual), por isso, em matéria de prova, merecem o mesmo tratamento que é dado ao direito municipal, estadual, estrangeiro ou costumeiro pelo art. 337 do CPC.

Em outras palavras: se formulado o pedido, ou realizada a defesa com fundamento em direito previsto em convenção ou acordo coletivo de trabalho (em uma ou mais de suas cláusulas), sem, contudo, juntar cópia do instrumento coletivo invocado, o juiz do trabalho (ou o juiz de direito investido na jurisdição trabalhista, onde não houver atuação da Justiça do Trabalho) deverá conceder à parte que invocou tal direito um prazo razoável para comprovar nos autos do processo o teor e a vigência do instrumento coletivo (*rectius*: da fonte do direito do trabalho) invocado, isto é, para juntar cópia do instrumento coletivo correspondente, caso não conheça seu conteúdo e vigência. Somente em caso de não comprovação do teor e/ou da vigência do direito invocado no prazo fixado pelo juiz, é que este está autorizado a rejeitar o pedido/defesa formulado com base em tal fonte do direito.

⁶⁷ A doutrina nacional, em geral, reconhece que o caráter normativo, tanto da convenção coletiva como do acordo coletivo do trabalho, tem natureza jurídica contratual quanto a forma e normativa no tocante ao conteúdo.

É evidente que se o juiz já conhece o teor e vigência do instrumento coletivo, que contém o direito que ampara o pedido/defesa não há necessidade de ordenar a juntada de sua cópia nos autos do processo.

Sempre que esta defesa vem à tona, alguém pergunta: se houver recurso e os membros (ou um dos membros) da turma ou câmara do tribunal não conhece o teor e/ou a vigência do direito invocado, como fazer? A resposta é muito mais simples que se supõe: o relator – por si mesmo ou a pedido de quem declara não conhecer o teor e vigência do direito invocado – ordena a intimação da parte interessada e concede-lhe prazo razoável para a comprovar o teor e a vigência do direito invocado, como, aliás, prevê o § 4º do art. 515 do CPC.

Idêntico raciocínio, e pelos mesmos fundamentos, merece o regulamento de empresas, com a observação de que quem deve juntá-lo aos autos do processo é a empresa, por ser quem o detém. Sendo esta recalcitrante, suportará as consequências jurídicas derivadas de seu comportamento: sendo sua a alegação, esta será rejeitada; se a alegação é da parte contrária, torna-se presumida.

Idêntico tratamento jurídico, embora por fundamento diverso, merece a sentença normativa emanada da Justiça do Trabalho no exercício do Poder Normativo, vez que - embora tenha a forma de sentença – é dotada do espírito de lei, em decorrência de sua característica de generalidade e de impessoalidade.

8.3 PROVA DE QUESTÃO PROCESSUAL

Há, ainda, questão processual que, embora não guarde pertinência direta com o objeto da demanda, está sujeita a prova, porque pode influenciar indiretamente e mais tarde no julgamento. Referimo-nos, a título de exemplo, a prova da contradita quando a testemunha nega os fatos que lhe são imputados como capazes de torná-la incapaz, impedida ou suspeita.

Estabelece o § 1º do art. 414 do CPC:

“É lícito à parte contraditar a testemunha, argüindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição. Se a testemunha negar os fatos que lhe são imputados, a parte poderá provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até três, apresentadas no ato e inquiridas em separado. Sendo provados ou confessados os fatos, o juiz dispensará a testemunha, ou lhe tomará o depoimento, observando o disposto no art. 405, § 4º.”

Reconhecemos que é de direito material a natureza jurídica do objeto (isto é: da temática) da contradita, nos moldes gizados no dispositivo legal transcrito, mas como sua discussão só se dá no desenvolvimento do processo, como ato endoprocessual, mais precisamente após a qualificação e antes da inquirição de testemunha – atos processuais que se realizam no curso da audiência – não há dúvida de que se trata de questão processual. Daí a razão de dizermos que há questão processual que, ao menos imediatamente, não influi no resultado do processo, mas mesmo assim é objeto de prova.

Em suma, são três os objetos da prova: a)- alegações de fato que forem controvertidas, relevantes e pertinentes; b)- direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, quando o juiz não conhecer o seu teor e/ou vigência; e c)- a versão dos fatos imputados à testemunha como sustentação jurídica da contradita formulada pela parte, quando os fatos em si forem negados por aquela.

Por fim, a doutrina classifica o objeto da prova em: a)- sentido abstrato; e b)- sentido concreto⁶⁸. Entende-se por objeto da prova em sentido abstrato quando se trata de realidade que não depende de caso concreto. Diz-se, então, que o objeto da prova são as alegações de fato controvertidas, relevantes e pertinentes. O objeto da prova em sentido concreto é visto por um prisma mais restrito que o anterior. Sua realidade é o caso concreto, portanto o *thema probandum*.

⁶⁸ MELERO, Valentín Silva. *La prueba procesal*, p. 49.

CAPÍTULO IX

FATOS QUE NÃO DEPENDEM DE PROVA

9.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Conforme o caso concreto ou o objeto do dissídio trabalhista, o sistema jurídico nacional prevê, permite, veda ou limita o uso de um, alguns ou todos os meios de provas típicos e atípicos, sem que isso configure agressão a princípios constitucionais e legais ou a regras jurídicas. Nos dissídios em que a discussão é restrita a interpretação ou a aplicação do direito nacional o próprio sistema veda o uso de todos os meios de prova, como se depreende da disposição explícita do art. 337 do CPC. Implica dizer que só é permitido o manejo da prova – por um, alguns ou todos seus meios previstos/permitidos – nos dissídios em que se discute matérias sobre fato ou fatos e, por exceção, direito não nacional invocado como fundamento da pretensão ou da defesa, se o juiz dele não conhecer o teor ou a vigência.

Assim, só é permitido o manejo da prova judicial nos dissídios trabalhistas – a exemplo do que sucede com os litígios cíveis – em que há discussão sobre matérias de fato, porém não em todos eles. Apenas naqueles casos em que as matérias de fatos são, a um só tempo, controvertidas, relevantes e pertinentes. A ausência de um ou mais desses “atributos” impede o uso de todos os meios de prova. Mesmo havendo matéria de fato controvertida, relevante e pertinente, algumas exceções são impostas pela própria lei.

No âmbito civil, não se admite o uso exclusivo da prova testemunhal de contrato cujo valor supere o décuplo do salário mínimo vigente à época de sua celebração, como vaticinam os arts. 227 do CC e 401 do CPC, obstáculo que não existe nas relações trabalhista. Também é vedado o uso exclusivo da prova testemunhal para comprovação da atividade rurícola para fins de obtenção de benefício previdenciário (Súmula 149 do STJ).

Quando o objeto do litígio, por sua própria natureza ou pelo grau de sua complexidade exigir conhecimento técnico especializado, o sistema só permite o uso do meio de prova pericial (parágrafo único do art. 420 do CPC), ficando vedado o uso dos demais meios de prova sobre a matéria específica. O § 2º do art. 195 da CLT impõe o uso da prova pericial para a caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, o que significa dizer que não pode ser utilizado outro meio de prova para esse fim.

O art. 366 do CPC é exemplo de mais uma filtragem legal em matéria prova, ao estabelecer que: “Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”, regra essa correlacionada com os arts. 108, 109 e 215 do CC, dispondo o último que “A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena” (sem destaques nos originais). O contrato de emprego do atleta profissional é, por exigência dos arts. 28, 29, 33 e 34,I, da Lei 9.615, de 24 de março de 1998, celebrado por escrito e em seguida registrado na entidade de administração profissional da respectiva modalidade desportiva, o que, em certa medida, limita a produção de outros meios de prova para o reconhecimento do vínculo de emprego nesta extensão.

Além desses filtros legais, o art. 334 do CPC enumera os fatos que não dependem de prova.

9.2 FATO NOTÓRIO

Fato notório, que está a salvo da prova, é aquele que é do conhecimento da maioria das pessoas de cultura média da localidade onde tramita o processo na época da instrução e do julgamento. Similar ao nosso - com diferença quanto ao tempo - é o conceito de Nelson Palaia, para quem é notório o fato cujo conhecimento faz parte da cultura normal própria de pessoas de um determinado grupo social, no tempo em que é proferida a decisão, e sobre o qual é dispensável a

controvérsia sobre sua ocorrência⁶⁹. Em sentido próximo é a posição de Nelson Nery Junior, para quem o fato notório “é o de conhecimento pleno pelo grupo social onde ele ocorreu ou desperta interesse, no tempo e no lugar onde o processo tramita e para cujo deslinde sua existência tem relevância”⁷⁰.

A notoriedade do fato é algo diferente de fato notório. Aquela é a qualidade que faz com que o fato torna-se conhecido. É a difusão entre os membros da sociedade onde ocorreu ou é relevante o fato (enquanto evento).

O notável processualista Arruda Alvim conjuga esses dois fatores – fato notório e notoriedade do fato – para a dispensa da prova. Além disso, para ele a notoriedade do fato deve abarcar a totalidade dos membros do Poder Judiciário por onde possa tramitar a causa e, também, a média dos homens cultos⁷¹.

A diversidade de entendimento doutrinário do fato notório que dispensa prova não é “privilégio” nacional. Devis Echandia⁷² comparou os conceitos formulados pelos principais processualistas europeus e americanos e, após ressaltar as divergências de estilo de cada um, os classificou em duas teses: a)- a primeira, minoritária, entende notório é o fato que exige o conhecimento por *todos* do círculo social respectivo (Lessona, Rocco, Giorgi, Aragoneses e Rocha); e b)- a segunda, majoritária, que aceita como suficiente uma divulgação ou generalização relativa, no círculo, sempre que o juiz tenha conhecimento dele, desde que antes do processo, ou que o conheceu mediante verificação pessoal ou por intermédio das provas aportadas aos autos com este propósito, durante o processo e que não dá margem à dúvida sobre a verdade do fato, ainda quando uma das partes o discuta (Rosenberg, Schönke, Kisch, Florian, Carnelutti, Micheli, Guasp, De la Plaza, Silva Melero, Fenech, Alsina, Couture, Calamandrei, Goldschmidt, Scardaccione, Castro Mendes, Lopes da Costa e Pontes de Miranda).

⁶⁹ In *O fato notório, a notoriedade do fato e as máximas de experiência*. Artigo capturado do site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8500>, em 14/11/2006.

⁷⁰ *Código de processo civil comentado*, 9. ed., 2006, p. 534.

⁷¹ *Manual de direito processual civil*, v. 2, 10ª ed., p. 431.

⁷² *Teoria general de la prueba judicial*, v. 2, 5ª ed., p. 228.

A alguns dos seguidores da corrente minoritária entendem que para ser notório o fato há de ser permanente (Rocha, Della Roca e Reiffenstuel); e para outros, que congregam a corrente majoritária, não tem nenhuma importância o espaço temporal de duração do fato: tanto o permanente como o ocasional, transitório ou instantâneo pode ser notório.

Seguimos a corrente majoritária, pois entendemos que o que importa não é a duração temporal do fato, mas que sua divulgação seja suficiente a torná-lo conhecido da maioria das pessoas de cultura média de uma determinada localidade. O lamentável ataque às torres gêmeas em 11 de setembro de 2001 foi um ato instantâneo, mas nem por isso se apagará tão cedo da memória de milhões de pessoas, portanto é fato notório dos membros de diversas comunidades de variadas localidades, aliás de diversas nações.

É fundamental deixar patente que o fato notório pode limitar-se (e normalmente é limitado) a um espaço físico (geográfico) e temporal (ter duração por certo tempo). O mundo, plano de ontem, é redondo hoje, e quiçá novo formato no futuro.

O fato notório não se submete à prova, mas a notoriedade do fato pode, sim, ser objeto de prova, quando esse “atributo” for contestado ou impugnado por uma das partes. Caso em que a prova fica restrita à notoriedade do fato e não sobre o fato em si. Assim o é, porque, como salienta Pontes de Miranda:

“... a prova tem o fito de convencer o juiz e, havendo a notoriedade do fato, há a convicção do juiz anterior à prova, que seria supérflua, e sendo o fato conhecido da maioria das pessoas de grau médio, seria desperdício de tempo ordenar ou deferir sua produção”⁷³.

9.2.1 Fato Notório X Conhecimento Privado do Juiz

Em linha de princípio, o juiz é o (único) sujeito da relação processual que não conhece os fatos da causa, por conta disso há a atividade probatória (das

⁷³ *Comentários ao código de processo*, vol. IV, p. 230.

partes, de terceiro ou oficiosa) suficiente a convencê-lo da veracidade de uma das alegações (no todo ou em parte) dadas aos fatos, pois lhe é vedado proferir julgamento com base no conhecimento pessoal. Recomenda-se ao juiz que tenha conhecimento pessoal dos fatos da causa, que afaste da condução do processo – dando-se por suspeito – para evitar o exercício de dupla atividade num mesmo caso: de testemunha e de julgador.

Tal linha de princípio comporta uma exceção: o fato notório. O juiz pode, aliás deve, levar em conta seu conhecimento pessoal para considerar um fato como notório. Isso não quer dizer que só é notório o fato que também é do conhecimento do juiz, pois este pode ser recém-chegado na comunidade onde um fato é do conhecimento da esmagadora maioria de seus membros e não ser do juiz encarregado de proferir julgamento. Nessa hipótese o fato é notório, mas o juiz pode ordenar ou deferir a produção de prova da notoriedade, da propagação ou difusão da notícia, para que ele também se inteire do mesmo fato ou de como ele ocorreu.

No fato notório há concepção de todos (ou da maioria) dos membros da comunidade sobre um (único) fato. No conhecimento privado do juiz, há concepção particular deste sobre um (único) fato. No FN (todos ↔ 1), e CPJ (1 ↔ 1).

9.2.2 Fato Notório X Regras de Experiência

As regras de experiência que o juiz pode aplicar no julgamento, previstas/permitidas em lei, a exemplo da disposição contida no art. 335 do CPC e para bem aplicar o § 1º do art. 852-I da CLT, nada tem a ver com o fato notório.

Naquelas, o juiz aplica o que ele pôde captar como resultado da repetição de vários atos idênticos ou similares ocorridos anteriormente. Há portanto a concepção de 1 (um) sobre a forma de repetição de todos ou muitos (os atos). Já no fato notório, como já foi dito, é a concepção de todos ou da maioria das pessoas (incluído o juiz, que, como dito, pode ordenar a prova da notoriedade, mas não do

fato, se este for do conhecimento de todos ou da maioria, mas não dele) sobre 1 (um) só fato. No FN (todos ↔ 1), e na RE (1 ↔ todos).

9.3. FATOS CONFESSADOS

Os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária que não se submetem à prova são aqueles exteriorizados pelo confitente em ação positiva, portanto em manifestação de vontade querida, que estiver devidamente registrada nos autos do processo, cuja declaração contraria a sua versão e aproveita (é favorável) ao adversário. É o que na doutrina denomina-se confissão real. Os fatos presumidos pela inatividade ou pelo silêncio do confitente - inerentes a confissão presumida - não estão albergados pela regra inscrita no inciso II do art. 334 do CPC, portanto não entram no rol dos fatos isentos de prova.

Embora conste no art. 348 do CPC que “há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário”, fato é que o vocábulo “admite”, contido no dispositivo de lei transcrito, dever ser interpretado como a liberta e consciente “manifestação de vontade”, do real querer, e não mera “aceitação” da ocorrência de um ou diversos fatos. Na confissão real, para que sejam dispensadas “outras provas” (posto que a confissão já é meio de prova⁷⁴) há sempre a necessidade da presença do “querer” do confitente em dizer algo que lhe prejudica e, ao mesmo tempo, favorece seu adversário. Esse atributo, exigido para configuração da confissão real, pode ser materializado no processo por vontade livre do confitente tanto longe do processo como neste, sem que ninguém lhe pergunte algo, ou mediante provocação do juiz em atuação oficiosa, ao interrogá-lo, ou na tomada de seu depoimento a pedido da parte adversária. A forma pela qual a confissão é introduzida no mundo do processo em regra não tem relevância (é claro que tem relevância o momento processual de sua chegada aos autos do processo, se o for após a prolação da sentença não influirá no julgamento,

⁷⁴ Em sentido contrário é a posição do professor João Batista Lopes, para quem “...a confissão não é meio de prova, justamente porque torna desnecessária a produção de prova”. *A prova no direito processual civil*. 2ª ed., p. 99.

que já ocorreu, mas pode ser que influa no recurso, dependendo da circunstância do caso concreto, se ainda for possível manejá-lo, ou poderá ser usado para instrução de outra relação jurídica, a exemplo de ação rescisória, também a depender da análise de cada caso concreto).

Com efeito, a confissão real requer: a)- a vontade de declarar algo, em atividade espontânea (em juízo ou extrajudicial) ou provocada (na esfera judicial); b)- o conteúdo declarado, que há de ser prejudicial à tese do confitente e, ao mesmo tempo, favorável à versão da parte contrária; c)- que o bem ou direito a ser tutelado no caso concreto seja disponível⁷⁵; e d)- capacidade civil do confitente. Vê-se, assim, que a concordância tácita, decorrente da inação da parte, portanto de seu silêncio, não configura confissão real, como também não a configura, ainda que haja manifestação de vontade querida neste sentido, quando se tratar de bem ou direito indisponível. Sendo o bem ou direito reclamado na demanda indisponível a única relevância que traz a manifestação de vontade, no contexto das provas, é “o mero peso psicológico de se conferir com o conjunto probatório”, palavras que soam dos lábios do renomado professor e processualista Arruda Alvim⁷⁶.

O que, em verdade, o inciso II do art. 334 do CPC quer dizer é que os fatos confessados não exigem *outras provas*, pois a confissão é tipificada no sistema como idôneo meio de prova. Reforce-se, aliás é considerada a “rainha das provas”, na linha de pensamento dos positivistas.

É interessante a observação de Antônio Carlos de Araújo Cintra no tocante ao local em que a confissão é tratada no CPC. Para ele há equívoco “topográfico”, por assim dizer. São dele, as seguintes palavras:

“a referência a este tipo de fato destoa no conjunto do art. 334 porque, na verdade, se a confissão é fonte de prova, o inciso em exame teria dito literalmente que não depende de prova o fato provado. Evitando-se a tautologia, é de se entender que a confissão

⁷⁵ Na linha do art. 351 do CPC, não vale como confissão o reconhecimento/admissão de fatos relacionados a direitos indisponíveis, ainda que não contestados. Segue-se a mesma linha desenvolvida no art. 320 do CPC, segundo o qual a revelia não reputa veracidade aos fatos alegados pelo autor, se o litígio versar sobre direitos indisponíveis.

⁷⁶ *Manual de direito processual civil*, p. 432.

válida é prova suficiente do fato confessado, impondo-se, como tal, ao convencimento do juiz⁷⁷.

O sábio Arruda Alvim, elegantemente faz outra observação, igualmente interessante: “é certo que interfere, aqui, um problema de ordem cronológica, consistente em que, curialmente, a confissão terá de atender a outro tipo de prova (v., nesse sentido, art. 400, I), para que se opere a dispensabilidade de outra prova⁷⁸. A sutileza captada e transmitida por Arruda Alvim nos conduz a concluir que, ao constatar no caso concreto a existência de confissão real (portanto de idôneo meio de prova tipificado no sistema), o juiz está autorizado a encerrar o procedimento probatório, pois a partir daí nenhuma razão lógica ou jurídica justificaria a sua dilação, tendo em vista que a função prova – de convencer o juiz da veracidade de uma das alegações dadas ao fato ou aos fatos – foi integralmente atendida, exauriu-se. Prosseguir-se na atividade probatória, em tal circunstância, além de nada contribuir à solução do caso concreto, ocasiona ou pode ocasionar procrastinação indevida na entrega da prestação jurisdicional que, diga-se de passagem, há de ser justa, eficaz e em prazo razoável, para não malferir as franquias constitucionais outorgadas aos litigantes em processo judicial e administrativo.

No uso de seu poder de direção - processual e material do processo - o juiz do trabalho ou de direito investido na administração da Justiça do Trabalho está autorizado pelos arts. 765 da CLT e 130 do CPC a indeferir a produção de todos os outros meios de prova que o confitente pretende utilizar, a exemplo dos meios de prova testemunhal e atípica, sem que isso configure cerceamento ao princípio da ampla defesa.

E, para concluir, mais uma lembrança: a confissão real não fulmina o princípio da livre e fundamentada apreciação das provas pelo juiz, que lhe é garantido pelo art. 131 do CPC, como, aliás, já decidiu o STF⁷⁹.

⁷⁷ *Comentários ao código de processo civil*, p. 27.

⁷⁸ *Opus cit.* p. 432.

⁷⁹ STF, Ag. 62.631-MG.

9.3.1 Indivisibilidade da Confissão

Em regra a confissão é indivisível, por isso a parte que a invocar como meio de prova não pode fracioná-la para aproveitar apenas os pontos confessados que lhe são favoráveis, mas deverá aceitá-la no seu todo, no seu conjunto. Todavia é possível cindi-la quando “o confitente lhe aduzir fatos novos, suscetíveis de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção”, como dispõe a parte final do art. 354 do CPC, de aplicação subsidiária no direito processual do trabalho.

9.3.2 Fatos que as partes não estão obrigadas a declarar

O direito à prova, parte integrante da garantia constitucional da plenitude de defesa, se concretiza com a faculdade conferida aos litigantes em processo judicial ou administrativo de produzir todos os meios de prova previstos/permitidos no sistema que forem necessários à demonstração de suas versões sobre fatos controvertidos, relevantes e pertinentes (capítulo VII, supra).

No plano infraconstitucional esta garantia é encontrada, dentre outras, na imposição de que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”, como dispõe o art. 339 do CPC, ou na linguagem do art. 645 da CLT: “O serviço da Justiça do Trabalho é relevante e obrigatório, ninguém dele podendo eximir-se, salvo motivo justificado”.

Como contraponto ao direito à prova, a Constituição Federal protege todas as pessoas contra violações de seus direitos fundamentais individuais e coletivos, tão caros à coletividade. E no plano legal, o direito à prova encontra limites, dentre outros, os enumerados nos arts. 229 do CC e 347 do CPC, segundo os quais:

Ninguém é obrigado a depor em juízo sobre fatos:

a)- criminosos ou torpes que lhe forem imputados;

b)- a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo ou sigilo;

c)- a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível ou amigo íntimo; e

d)- que o exponha, ou às pessoas referidas na letra anterior, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato.

9.3.3 Anulação da confissão

A confissão é irrevogável, porém pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação. A menção a que “pode ser revogada” expressa na parte final do *caput* do art. 352 do CPC era muito criticada pela doutrina, pois o Poder Judiciário não “revogava” a confissão, mas poderia retirar sua validade, declarando-a nula por vícios do consentimento ou por vícios sociais. O CC corrigiu essa terminologia ao dispor no seu art. 214 que “A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação”.

É bem por isso que os professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery lecionam:

“Tratando-se, como se trata, de ato que expressa a vontade livre de alguém, a confissão é declaração submetida aos rigores do sistema de validade das declarações de vontade. Falta ou vício da vontade, consistente em ausência de vontade de ação ou falta de consciência de estar reproduzindo uma confissão, podem gerar a declaração de inexistência ou nulidade do ato, ou de sua desconstituição, caracterizando-se motivo para sua anulabilidade (erro, coação)”⁸⁰

Os instrumentos processuais previstos no sistema para invalidação da confissão são os prescritos nos incisos I e II do art. 352 do CPC: a)- ação anulatória; e b)- ação rescisória.

Ponderam os mesmos professores que o reconhecimento judicial da nulidade do negócio jurídico, portanto da confissão, pode ocorrer de dois modos:

⁸⁰ Código civil comentado. 4ª ed., p. 319.

“a)- incidentalmente no processo; e b)- por meio de ação. O reconhecimento incidental da nulidade no processo dá-se por decisão *ex officio* do juiz ou por iniciativa da parte (contestação, petição simples, objeção de executividade, etc. O interessado pode, ainda, ajuizar ação para que seja reconhecida a nulidade do negócio ou do ato jurídico. Essa ação de nulidade é declaratória (CPC 4º) e, portanto, encerra pretensão perpétua, sendo que seu exercício não está sujeito a prazo de decadência nem de prescrição”⁸¹.

9.3.4 Pessoas atingidas pela confissão

A confissão judicial faz prova apenas contra o confitente, por isso não acarreta prejuízo aos litisconsortes. A ausência de contestação provoca a revelia que traz como consequência a presunção de veracidade dos fatos contidos na petição inicial. Todavia, se há relação litisconsorcial no caso concreto, a defesa apresentada por um aproveita aos demais litisconsortes: é o que se extrai da conjugação das disposições constantes no inciso I do art. 320 do CPC e do art. 350 desse mesmo código.

Ressalte-se, por oportuno, que “nas ações que versarem sobre bens imóveis ou direitos alheios, a confissão de um cônjuge não vale sem a do outro” (parágrafo único do art. 350 do CPC).

9.4. FATOS ADMITIDOS COMO INCONTROVERTIDOS NO PROCESSO

A confissão real requer, como acabou de ser visto, manifestação de vontade do confitente (art. 348 do CPC) conjugada com a disponibilidade do bem ou direito que se pretende seja tutelado (art. 351 do CPC). Na admissão dos fatos como incontrovertidos no processo, que o inciso III do art. 334 do CPC coloca a salvo de prova, não há a primeira exigência imposta à confissão real, pois decorre ou pode decorrer da inação da parte em não impugnar/contestar ou mesmo do silêncio, porém prevalece a segunda exigência ali imposta, da disponibilidade do bem ou direito que pretende ser tutelado pelo Estado. Na confissão real há a certeza sobre o fato *probandum* ao passo que na admissão há apenas presunção relativa de

⁸¹ Nery e Nery. *op. cit.*, p. 279.

veracidade *juris tantum*, portanto mero juízo de probabilidade: eis aí a segunda diferença entre esses institutos jurídicos.

Ademais, a regra inscrita no inciso III do art. 344 do CPC não pode ser confundida com a revelia de que trata o art. 319 do CPC. Esta decorre da ausência de contestação, entendida como uma das (três) formas de respostas asseguradas ao réu pelo art. 297 do CPC, muito embora o réu possa ser considerado confesso quanto a matéria de fato mesmo que ofereça contestação. É o que pode ocorrer quando ele – réu - não cumpre a exigência do art. 300 do CPC, de concentrar todas as defesas na contestação, ou o ônus da impugnação específica que se lhe impõe o art. 302 do CPC.

Também não pode ser confundida com o fato notório, vez que este é de conhecimento da maioria ou da generalidade das pessoas de uma determinada sociedade, em certa época, ao passo que o fato “admitido” como não controvertido é aquele: a)- aceito em atuação ativa ou passiva da parte; b)- que se deduz pelo pronunciamento da parte contrária, analisado como um todo; e c)- quando decorrer de sua própria natureza.

Em geral os doutrinadores ligam o fato admitido, portanto não controvertido, à regra do *caput* do art. 302 do CPC, ressalvadas as exceções de seus itens I e III⁸², porém a presença/ausência de controvérsia não se limita a este vínculo, vai muito além dele.

Além disso, é possível instaurar controvérsia em relação a alguns fatos ainda que o réu – reclamado, nas ações trabalhistas típicas – não os tenha impugnados no corpo da contestação/defesa, portanto sem exaurir o ônus da

⁸² AGUIAR, João Carlos Pestana de., por exemplo, entende que “A dispensa de prova do fato incontroverso se consolida com a regra consignada no *caput* do art. 302, ressalvadas as exceções dos itens I e III. Lá se erige a presunção *juris et de jure* do fato não impugnado, o que aqui se repete.” In *Comentários ao código de processo civil*, p. 67. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhadt asseguram: “Em nosso direito, de acordo com a norma do art. 302 do CPC, o réu deve manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, presumindo-se verdadeiros os fatos não impugnados (...) Para que o fato não contestado possa ser presumido verdadeiro, é necessária a análise da contestação em seu *aspecto global*, verificando se do *conjunto das alegações* do réu é possível concluir que o fato – à primeira vista não impugnado – foi efetivamente aceito como verdadeiro. É apenas a partir da valoração da contestação, em seu *aspecto global*, que se pode dizer que um fato não foi contestado, e que, portanto, deve ser considerado incontroverso.” *Manual do processo de conhecimento*. 2ª ed., 2ª tiragem, pp. 316 e 317.

impugnação específica a que se refere o art. 302 do CPC. Exemplificativamente, o reclamado contesta ação trabalhista e, por esquecimento ou equívoco (não importa), deixa de contestar/impugnar alguns dos vários pedidos contidos na petição, mas instrui a contestação com prova documental de que os pedidos não contestados foram quitados nos exatos valores postulados pelo reclamante, e este instado a manifestar sobre os documentos, com eles concordam ou não os impugnam. Nesse caso hipotético, os documentos introduzidos ao processo por atividade do reclamado, e que não foram impugnados pelo reclamante, têm o condão de estabelecer, no mínimo, a controvérsia acerca dos fatos sobre os quais a resposta do reclamado (defesa/contestação) silenciou. Há, neste caso, uma espécie de aderência dos documentos à defesa/contestação, funcionando aqueles como arremedo ou complemento desta.

São várias as situações concretas nas quais se impõe a mitigação do ônus da impugnação específica de que trata o art. 302 do CPC. Como também a só contestação não impede que haja confissão do reclamado quanto a matéria de fato. Basta lembrar a regra do art. 345 do CPC que estabelece que, quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado (pelo juiz) ou empregar evasivas, o juiz apreciando as demais circunstâncias do caso concreto declarará, na sentença, se houve recusa em depor. Convencendo-se o juiz de que houve recusa em depor, esse fato será considerado no julgamento.

9.5. FATOS PRESUMIDOS EXISTENTES OU VERDADEIROS PELA LEI

Quando um fato – melhor dizendo, uma alegação sobre fato – pela sua própria característica goza de presunção legal está isenta de prova. Não quer dizer que fato desta natureza não pode ser objeto de prova. O que a lei processual estabelece é a desnecessidade de ser provado por quem o alegou⁸³, mas este pode produzir prova, se assim permitir o condutor do processo. A parte adversária é que está impedida de prova visando afastar a presunção legal.

Nada obstante, os professores Nelson Nery e Rosa Nery entendem que se a presunção é absoluta, *juris et de jure*, o direito não admite prova em sentido contrário” (opus cit. p. 727).

⁸³ ECHANDIA. Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 5ª ed., tomo I, p. 204; Carlos Lessona. *Teoría general de la prueba em derecho civil*. ... p-210; Eugênio Florian. *Delle prove penali*nº 54.

CAPÍTULO X

MEIOS DE PROVA

10.1 Considerações Gerais

O sistema jurídico nacional guia-se pela atipicidade dos meios de prova, pois o art. 332 do CPC estabelece que “todos os meios previstos em lei e os moralmente legítimos” são aptos para provar as afirmações de fato deduzidas em juízo. Além das matérias de fatos – cujos meios previstos no sistema ou por estes permitidos desde que moralmente legítimos – ainda é possível a prova do direito estadual, municipal, estrangeiro e consuetudinário se assim o determinar o juiz condutor do processo (art. 337 do CPC). Significa dizer que, se o juiz não conhecer o direito não nacional invocado pela parte, aquele ordenará a este que prove o teor e a vigência do direito invocado.

Temos defendido que os direitos sociais concedidos aos trabalhadores em instrumentos de convenção coletiva e de acordo coletivo de trabalho são equiparados ao direito a que se refere o art. 337 do CPC para fins de prova. Se um trabalhador ou um substituto processual seu ingressar com dissídio trabalhista reivindicando direitos que são previstos em tais instrumentos coletivos, mas não juntar aos autos do processo estes mesmos instrumentos, o juiz deverá ordenar suas juntadas *a posteriori* caso não conheça o teor e vigência do direito invocado. Se o juiz já conhece o teor do instrumento coletivo com base no qual fundou-se a pretensão, não é necessário ordenar a juntada, pois está apto a proferir julgamento de mérito.

Em outras palavras, estamos a dizer que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho não são meios de prova, não são provas documentais, e sim fontes do direito. Como fontes do direito – porque resultados da vontade querida das partes para dilatar os direitos sociais básicos (mínimos) – não se submetem às

regras de ônus da prova, mas ao contrário, devem ter o tratamento que o direito não nacional tem no sistema: aquele previsto no art. 337 do CPC.

É de se ressaltar, ainda, que o Código Civil de 2002 ao inserir meios de prova típicos para os atos e negócios jurídicos não alterou as regras anteriores, porque a sua tipificação é apenas exemplificativa e não exaustiva. Continua, ainda, a opção pelo sistema da atipicidade.

Embora o sistema nacional seja o da atipicidade isso não quer dizer que não haja meios típicos. Estão tipificados os seguintes meios: confissão real, extraída de interrogatório espontâneo ou provocado, quando a parte declara – em lídima manifestação volitiva – alegações quanto a matéria de fato que, a um só tempo, lhe prejudica e favorece o adversário; o meio de prova documental; o meio de prova testemunhal; o meio de prova pericial; e a inspeção judicial. Estão previstos, também, dois critérios de raciocínios que podem conduzir o juiz à certeza ou à verossimilhança das alegações: as presunções e os indícios.

Como o objetivo deste estudo não é a análise minuciosa de cada um dos meios de prova, será feita uma brevíssima manifestação sobre eles, apenas para não dizer que nenhuma referência se fez.

10.2 MEIOS DE PROVAS TIPIFICADOS NO SISTEMA

10.2.1 Confissão

A confissão consiste na declaração de um fato que contraria a tese do confitente e, simultaneamente, favorece a versão dada aos fatos pela parte adversaria, como se depreende do disposto no art. 348 do CPC, de aplicação subsidiária.

Outros comentários elementares pode ser conferidos no subitem 9.3, supra.

10.2.2 Prova documental

10.2.2.1 Noção e conceito de prova documental

Toda vez que se refere ao meio de prova documental imagina-se a prova literal, elaborada e produzida por intermédio da escrita. Em realidade, prova documental é bem mais do que isso, pois abrange outras formas de representação, além das formas gráficas ou simplesmente literais.

Atento a esta particularidade, Moacyr Amaral Santos, inspirado na concepção de Carnelutti e de outros juristas italianos, diz que se entende por prova documental “a coisa que serve para representar outra, ou seja, a coisa feita e destinada a fixar de modo permanente, ou durável, reproduzindo-os, fatos ou manifestações do pensamento”⁸⁴.

Com efeito, tem-se que no âmbito do direito probatório considera-se como meio de prova documental, no seu sentido lato, os escritos, as plantas, as cartas topográficas, desenhos, fotografias, fonográficas, enfim tudo que pode representar manifestação de pensamento e dos fatos, como tecidos, couros, roupas, imagens e sons gravados, ou outro objeto.

10.2.2.2 Classificação dos documentos

Os documentos classificam-se em:

⁸⁴ *Prova judiciária no cível e comercial*. 2ª ed., tomo IV, p. 34.

A)- quanto a sua origem, eles podem ser públicos ou privados, conforme sejam produzidos por quem é investido em função pública e o faça ou elabora no cumprimento dessa função, e particulares todos os que não são públicos. O instrumento público é espécie do gênero documento público, sendo que aquele é o indispensável à validade dos de determinados atos ou negócios jurídicos, e é classificado como prova preconstituída. Já o documento simplesmente público, que não se constitui prova preconstituída do ato documentado, pode ser ocasionalmente utilizado para a prova do ato ou do negócio jurídico;

B)- quanto ao material ou à maneira com que são feitos, os documentos dividem-se em: escritos, gráficos, plásticos, estampas, criptografados (documentos eletrônicos), etc...

C)- quanto ao conteúdo, os documentos são: c.1.)- *constitutivos* → considerados como tais, quando elaborados por um ato de vontade a fim de produzir determinada consequência jurídica, de que são exemplos típicos as escrituras públicas; c.2.)- *declarativos* → quando contemplam uma declaração de ciência em verdade, através da qual seu autor simplesmente narra determinado fato, podendo ter sentido confessorio ou meramente testemunhal, conforme seja ele desfavorável ou não a seu autor; e c.3.)- *não-declarativos* → como os desenhos, fotografias ou pinturas⁸⁵.

Os documentos eletrônicos têm o mesmo tratamento dos documentos tangíveis.

10.2.2.3 Valor probatório dos documentos

O documento público faz prova não só da sua formação, como também do conteúdo que o escrivão, o tabelião ou o funcionário público declarar que ocorreu na sua presença (art. 364 do CPC).

⁸⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4ª ed., vol. I, p. 382.

As declarações constantes em documento particular escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verídicas tão-somente em relação ao signatário (art. 368 do CPC). Todavia, se no documento contiver apenas a declaração de ciência relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado o ônus de provar o fato em si (parágrafo único do art. 368 do CPC).

A cópia, desde que autenticada, tem o mesmo valor probatório do original (art. 830 da CLT).

10.2.2.4 Autenticidade e validade dos documentos

Pela dicção do art. 369 do CPC, reputa-se autêntico o documento quando o tabelião reconhecer firma do signatário declarando que foi aposta em sua presença.

Não assim o reconhecimento por mera semelhança.

Cessa a fé do documento público ou particular sendo-lhe declarada judicialmente a falsidade. A falsidade consiste: a)- em formar documento não verdadeiro; e b)- em alterar documento verdadeiro (art. 387 do CPC).

Cessa a fé do documento particular, quando: a)- lhe for contestada a assinatura e enquanto não se lhe comprovar a veracidade; e b)- assinado em branco, for abusivamente preenchido (art. 388 do CPC).

10.2.2.5 Ônus da Prova Documental

O ônus da prova genérico previsto no art. 818 da CLT e no art. 333 do CPC não se aplica ao meio de prova documental, que tem regras próprias.

O ônus da prova documental incumbe:

- a)- se tratar de falsidade de documento, à parte que a argüir; e
- b)- se tratar de contestação de assinatura, à parte que produziu o documento.

Por construção jurisprudencial, o TST editou a Súmula 338, que dispõe:

- 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 freqüências gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.
- II- A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário.
- 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.

10.2.3 Prova Testemunhal

10.2.3.1 Considerações Introdutórias

Testemunha é a pessoa física, com idade mínima de 18 anos, em gozo de suas faculdades mentais e que não seja sujeito da relação jurídica de direito material ou processual que comparece em juízo para prestar esclarecimento do que souber e lhe for perguntado. A declaração feita em juízo chama-se de testemunho.

A CLT estabelece o número máximo de testemunhas que podem ser conduzidas por cada parte: a)- no inquérito judicial para apuração de falta grave, no máximo 6 testemunhas (art. 821 da CLT); b)- no dissídio individual trabalhista submetido ao procedimento ordinário, no máximo 3 testemunhas (art. 821 da CLT) e c)- no dissídio individual submetido ao procedimento sumaríssimo, no máximo 2 testemunhas (art. 852-H, § 2º, da CLT).

A existência de relação litisconsorcial ativa, passiva ou mista não altera esse limite, mas o juiz pode inquirir testemunhas referidas, bem como número superior ao limite se o caso concreto requerer, pois, como condutor processual e material do processo, tem ampla liberdade na sua condução e na atividade probatória (art. 765 da CLT c/c art. 130 do CPC).

10.2.3.2 Procedimento Probatório

Antes de prestar compromisso legal, a testemunha será qualificada e indicará o tempo de serviço que prestou ao empregador (art. 828 da CLT).

Se a testemunha for impedida ou suspeita, segundo as regras do art. 829 da CLT c/c com as disposições do art. 405 do CPC, o juiz poderá dispensá-la. Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá a testemunha impedida ou suspeita (mas não a incapaz) mas seu depoimento será prestado independente de compromisso e lhe será atribuído o valor que merecer (§ 4º do art. 405 do CPC).

A forma de inquirição das testemunhas é a descrita no inciso III do art. 452 do CPC: serão inquiridas isoladamente, primeiro as do autor e depois as do réu.

Os depoimentos das testemunhas serão resumidos, por ocasião da audiência, e suas súmulas serão assinadas pelas partes, pelo juiz e pelas testemunhas.

O depoimento da testemunha que não souber falar a língua nacional será feito por meio de intérprete nomeado pelo juiz (art. 819 da CLT).

10.2.4 Prova Pericial

10.2.4.1 Considerações Iniciais

Na visão de José Frederico Marques, a perícia é uma prova destinada a levar ao magistrado elementos instrutórios sobre normas técnicas e sobre “prova de fato que dependa de conhecimento especial”⁸⁶.

O perito analisa o *fato probandum* e depois emite sua opinião técnica e responde os quesitos formulados pelas partes e pelo juiz. Com essa atividade auxilia o juiz a formar sua convicção no tocante aquelas matérias sobre fatos que, para esclarecê-las, foi necessária a atuação do perito.

Assim como a testemunha, o perito não pode ser um dos sujeitos da relação processual nem ter atuado no caso concreto. O perito deve preencher a exigências legais, como habilitação técnica (art. 145 do CPC), apresentar o laudo no prazo que for assinalado (art. 146 do CPC) e não pode escusar-se do encargo, salvo por impedimento ou suspeição (art. 423 do CPC), mas pode ser destituído do encargo se carecer de conhecimento técnico ou científico ou não entregar o laudo no prazo fixado (art. 424 do CPC).

10.2.4.2 Formas e Espécies de Perícia

A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, a ser realizado quando a alegação sobre fato depender de conhecimento técnico especializado para elucidá-la (art. 420 do CPC).

Exame → é a inspeção realizada por perito para cientificar-se da existência de algum fato ou circunstância que interesse à solução do litígio. Recai,

⁸⁶ MARQUES, José Frederico. *Instituições...*, vol. III, p. 201.

segundo o caso, em coisas móveis e semoventes, em documentos, livros comerciais, papéis e também sobre pessoas (ex. o exame médico).

Vistoria → é o exame pericial realizado sobre bens imóveis.

Avaliação → é o exame pericial realizado com a finalidade de aferir o valor em dinheiro de alguma coisa ou obrigação.

10.2.5 Inspeção Judicial

Na inspeção judicial, o exame ou a verificação de um fato controvertido, relevante e pertinente é realizado pelo próprio juiz em atividade oficiosa ou a pedido de uma ou ambas as partes, sempre com a finalidade de esclarecimento e, portanto, para formar a convicção a ser motivada em sentença.

O juiz realiza verificação ocular do objeto da contenda, que pode ser o local ou a coisa versada nos autos, sozinho ou com auxílio de terceiros, porém sempre há de ser assegurado o direito constitucional dos litigantes de acompanhar o ato judicial.

Na realização da inspeção, o juiz irá ao local onde se encontra a pessoa ou coisa a ser inspecionada, quando: a)- julgar necessário para melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar; b)- a coisa não puder ser apresentada em juízo, sem consideráveis despesas ou graves dificuldades; e c)- determinar a reconstituição dos fatos (art. 442 do CPC).

10.2.6 Presunções e Indícios

José Frederico Marques⁸⁷ salienta que muita confusão existe a respeito das presunções e dos indícios que o CPC de 39 incluiu entre as provas. Ele

⁸⁷ Op. cit., p. 429.

invoca a lição de Florian, para quem as presunções e os indícios decorrem da antiga distinção que se fazia entre provas diretas (naturais, não artificiais, externas) e provas indiretas (artificiais, internas e indiciárias).

Presunções e indícios, na verdade não são meios de prova, mas critérios de raciocínios indutivos. Partindo-se de pontos conhecidos é possível inferir – tirar ilação – de que determinado fato não conhecido ocorreu ou deve ter ocorrido de determinada forma.

O que distingue a presunção do indício é apenas a quantidade de elementos conhecidos, vez que no indício há mero sinal, mera pegada. Já na presunção o conhecimento de alguns fatos é mais profundo, dos quais se partem em busca de ilação a ser tirada em relação aos fatos não conhecidos.

CAPÍTULO XI

CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS

Em 1823, Jeremias Bentham ordenou e dividiu as provas em oito grupos: 1.)- quanto a fonte da prova: 1.1.)- pessoal e 1.2.)- real; 2.)- quanto a percepção do objeto da prova: 2.1.)- prova direta e 2.2.)- prova indireta ou circunstancial; 3.)- segundo o estado de vontade da testemunha: 3.1.)- testemunho pessoal voluntário (prestado pela testemunha que comparece em juízo a pedido da parte ou em cumprimento de intimação) e 3.2.)- testemunho pessoal involuntário (prestado pela testemunha que conduzida coercitivamente); 4.)- quanto ao tempo de constituição da prova - anterior ou no curso do processo - e ao seu destino: processo ou não. São de duas maneiras: 4.1.)- por depoimento e 4.2.)- por documento; 5.)- decorrentes dos escritos: 5.1.)- provas casuais e 5.2.)- provas preconstituídas; 6.)- relacionadas ao caso concreto: 6.1.)- prova ligada ao processo e 6.2.)- prova emprestada; 7.)- quanto ao testemunho: 7.1.)- original (testemunho prestado por quem presenciou ou conhece o fato diretamente) e 7.2.)- não original (testemunho prestado por quem não tem conhecimento pessoal e direto do fato, mas que dele soube por intermédio de outra pessoa); 8.)- quanto a veracidade do testemunho: 8.1.)- testemunho perfeito (prestado por testemunha que diz a verdade, que é sincera em dizer somente aquilo que sabe) e 8.2.)- testemunho imperfeito (prestado por testemunha mentirosa).

Imediatamente à conclusão de sua classificação, o próprio Bentham reconheceu que poderia ter dividido as provas em duas classes: diretas e indiretas⁸⁸.

Antônio Dellepiane⁸⁹ concorda com a ponderação do jusfilósofo inglês e acrescenta a seguinte fundamentação: nas *provas diretas* não existe elemento entre os meios de prova e o fato a ser provado; já nas *provas indiretas* intercalam fatos diferentes entre os meios de prova e o fato sobre o qual se depõe ou se

⁸⁸ *Op. cit.* p. 34.

⁸⁹ *Nova teoria da prova*, p. 59.

demonstra. A inspeção judicial, a perícia, a confissão, os testemunhos e os documentos (prova literal) são meios de prova que integram a primeira classe (das provas diretas); os indícios (prova indiciária) pertencem a segunda classe (das provas indiretas), arremata o catedrático da Universidade de Buenos Aires.

Mittermayer, contemporâneo de Bentham, divide as provas em duas classes: perfeitas e imperfeitas, que, no resultado das somas – se relevadas pequenas divergências - não alteram em substância a classificação e a conclusão do escritor inglês, secundada pelo processualista argentino.

Nicola Framarino dei Malatesta⁹⁰, na última década do século XIX, muito provavelmente influenciado pela obra de Bentham, classificou as provas levando-se em consideração três fatores: a)- conteúdo; b)- sujeitos das quais emanam; e c)- a forma da qual se revestem. O processualista italiano desdobra sua classificação da seguinte maneira: 1.)- quanto ao *objeto* ou *conteúdo*, as provas dividem-se em: 1.1.)- *diretas* [são as que se destinam ao esclarecimento direto da alegação sobre fato, sem a necessidade de outro dado (ou elemento) intermediário. Exemplo: a inspeção judicial] e 1.2.)- *indiretas* (quando se referem a argumento diverso daquele que se quer provar, mas dele pode deduzir-se o fato principal. Exemplo: presunções, indícios, o testemunho por ouvir dizer, etc.); 2.)- quanto aos *sujeitos* de que emanam, as provas são: 2.1.)- *personais* [aquelas produzidas pelo homem (como gênero). Exemplo: testemunho, depoimento pessoal, perícia, etc.] e 2.2.)- *reais* (são aquelas reveladas pelos bens corpóreos em si ou pelos vestígios deixados. Exemplos: 1.)- faca suja usada na prática de crime; 2.)- as impressões digitais deixadas pelo ladrão, etc.); 3.)- quanto a *forma*, as provas são: 3.1.)- *testemunhais* (aquelas constituídas pelas afirmações pessoais e orais por aqueles que são partes no processo.) As provas testemunhais, por sua vez, classificam-se em: a)- *testemunhal comum* (oriunda do homem comum que teve conhecimento sobre as alegações de fato) e b)- *testemunhal pericial* (emanada de testemunha *post factum* e cujo objeto exige conhecimento especializado ou técnico sobre o assunto pertinente ao objeto da prova), 3.2.)- *documentais* (são as provas representativas

⁹⁰ *A lógica em matéria criminal*, pp. 112 e 113.

pelos escritos, gráficos ou gravações) e 3.3.)- *materiais* (são aquelas em que as próprias coisas atestam determinado acontecimento).

Esta classificação, com pouco ou nenhum reparo, foi adotada por uma gama de processualistas, como Moacyr Amaral Santos, Arruda Alvim, Magalhães Noronha e João Penido Burnier Júnior. Outros, embora optem por classificação diversa, seguem linha de raciocínio muito parecida. É o caso de Victor de Santo, para quem as provas dividem-se em: 1.)- diretas e indiretas; 2.)- reais e pessoais; 3.)- escritas e orais; 4.)- nominadas e inominadas; 5.)- lícitas e ilícitas; e 6.)- pessoais, documentais e materiais⁹¹.

Francesco Carnelutti⁹² organizou as provas usando critério particular e as classificou em *diretas* e *indiretas* segundo a relação existente entre o órgão julgador e o evento que se pretende certificar a ocorrência ou não ocorrência. Provas *diretas* são aquelas em que o órgão julgador conhece o acontecimento (o evento) sem a necessidade de intermediário, a exemplo da inspeção judicial. E provas *indiretas* são aquelas que exigem a presença de elemento intermediário para conhecer o evento, a exemplo de testemunhos, documentos. As últimas – provas indiretas – dividem-se em *históricas* e *críticas*. As históricas são as representativas do evento, e as críticas são aquelas que, para conhecer o evento, exige do julgador raciocínio dedutivo: pelos indícios ou pelas presunções. Ambas – provas históricas e provas críticas – se subdividem em *testemunhal* e *documental*. Em relação ao objeto, considerado em si próprio, o jurista italiano classifica as provas em *pessoal* e *real*.

Hernando Devis Echandia, após estudar e sistematizar os vários critérios empregados pelos processualistas – de ontem e de hoje – para classificar as provas, organizou duas classificações caudalosas: principal ou verdadeira e acessória⁹³.

⁹¹ In SANTO, Victor, *La prueba judicial: teoria y practica*, pp. 31 a 36 *apud* Fabiana del Padre Tomé. *Teoria morfológica, sintática e semântica da prova e sua pragmática no processo administrativo tributário federal*, p. 113.

⁹² *A prova civil*, pp. 81 a 83.

⁹³ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, pp. 519 a 549.

A primeira classificação – chamada pelo fantástico processualista colombiano de principal ou verdadeira – contempla as provas, segundo: a)- seu objeto; b)- sua forma; c)- sua estrutura ou natureza; d)- sua função; e)- sua finalidade; f)- seu resultado; g)- seu grau ou categoria; h)- os sujeitos proponentes; i)- a oportunidade ou o momento em que se produzem; j)- suas contradições (sumárias ou controvertidas); k)- suas utilidades (conducentes ou inconducentes, pertinentes ou impertinentes, relevantes ou irrelevantes, úteis ou inúteis, possíveis ou impossíveis); l)- suas relações com outras provas (provas simples e compostas ou complexas, concorrentes e contrapostas) e m)- sua licitude ou ilicitude (provas lícitas e provas ilícitas). Na outra classificação – secundária ou acessória – as provas dividem-se em: a)- livres e legais; b)- solenes e não solenes (consensuais) e c)- inquisitivas e dispositivas.

Perfilhamos a classificação de Victor de Santo porque abrange as variáveis exigidas de uma classificação completa, lembrando que, ao ser produzida, a prova perde sua autoria – em homenagem ao princípio da aquisição processual – razão pela qual não é necessária a classificação das provas quanto aos sujeitos de que emanam.

CAPÍTULO XII

ETAPAS DA ATIVIDADE PROBATÓRIA

12.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os meios de prova previstos/permitidos no sistema só têm sentido e eficácia para o julgamento se estiverem entranhados nos autos do processo⁹⁴, e como eles não conseguem ingressar no mundo do processo sozinhos, por si sós, é preciso que alguém tome essa iniciativa ou ordene a outra pessoa a fazê-lo⁹⁵.

Ao conjunto de atividades desempenhadas pelas pessoas que atuam no processo – tantos os sujeitos da relação processual como terceiros – desde a proposição até a produção da prova, dá-se o nome de procedimento probatório. Tem-se, assim, que este, o procedimento probatório, abrange as *formas* em que se desenvolve a atividade probatória, não só no que toca ao *modus faciendi* da prova, como também em relação aos sujeitos dessa mesma atividade⁹⁶.

O procedimento probatório é o conjunto coordenado de todas as atividades realizadas no processo para a prática das provas⁹⁷, isto é, abrange as *formas* em que se desenvolve a atividade probatória, não só no que tange ao *modus faciendi* da prova, como ainda em relação aos sujeitos dessa atividade.

⁹⁴ São correntes duas afirmações dos operadores do direito: 1ª)- o que não está nos autos não está no mundo do processo; e a 2ª)- fato não provado é fato inexistente.

⁹⁵ FLORIÁN, Eugenio. *De las pruebas penales*. 3.ed, 3ª reimpressão, vol. I, p. 261.

⁹⁶ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. vol. III, atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval, p. 346.

⁹⁷ GUASP, James. *Derecho procesal civil*, p. 76, apud MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. vol. III, atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval, p. 346.

12.2 DIFERENÇA ENTRE PROCEDIMENTO PROBATÓRIO E INSTRUÇÃO PROCESSUAL

O procedimento probatório ou instrução probatória é reservado às atividades desenvolvidas para introduzir os meios de prova típicos e atípicos no mundo do processo. Este procedimento compreende três etapas ou momentos da prova: 1ª)- da proposição formulada pelas partes; 2ª)- do deferimento pelo juiz, ou por ordem deste; e 3ª)- da produção dos meios de provas. A instrução processual, por sua vez, é mais ampla. Ela abrange todas as etapas do procedimento probatório *mais* o momento/etapa dos debates finais onde, também, impera o contraditório. Na etapa destinada aos debates finais - conhecida como momento estritamente argumentativo – há comunicação dialógica das partes, na qual impera a retórica com a finalidade de convencer o juiz – ou tribunal –, mas é vedada a produção de prova nesse momento.

12.3 ETAPAS DO PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

O procedimento probatório é o complexo de atos processuais destinado ao convencimento do julgador – juiz ou tribunal – sobre a veracidade de uma das duas versões que as partes de um dissídio deram à matéria de fato. Este procedimento está dividido em três etapas: a)- do requerimento genérico formulado por ambas as partes para produzir um, alguns ou todos os meios de provas previstos/permitidos; b)- do deferimento ou permissão dada pelo juiz; e c)- da produção de cada meio de prova, ou da execução da atividade probatória.

Estas três etapas, em linha de princípio, são sucessivas e coordenadas entre si, de modo que a inércia da parte pode provocar a preclusão e, como consequência, a vedação do acesso à etapa final. Todavia, em diversas situações há sobreposição de etapas por disposição do próprio sistema jurídico nacional. É o que segue.

A)- na primeira etapa, seguindo as regras do direito processual comum, o autor requererá a produção dos meios de prova, genericamente considerados, na

petição inicial⁹⁸ (art. 282, VI, do CPC). E o réu, na sua resposta (arts. 297 e 300 do CPC). Porém, a própria lei processual impõe a instrução da petição inicial com os documentos indispensáveis à propositura da ação (art. 283 do CPC), e a resposta do réu com os documentos destinados a provar-lhe as alegações (art. 396 do CPC).

O requerimento de produção dos meios de provas, genericamente considerados, não é elemento essencial da petição inicial de dissídio individual trabalhista nem da reclamação verbal, como se inferem dos arts. 840 e 852-B da CLT. Também não há tal exigência em relação à defesa do reclamado (arts. 847 e 848 da CLT).

Tal qual se dá com a regra do processo comum, o art. 787 da CLT estabelece que “A reclamação escrita deverá ser formulada em duas vias e desde logo acompanhada dos documentos em que se fundar”. E o reclamado deverá apresentar a prova documental juntamente com a defesa, por ocasião da audiência, consoante os arts. 845 e 852-H da CLT.

Tanto na esfera trabalhista como na esfera cível há sobreposição da última etapa no concernente ao meio de prova documental, que é produzido já com a petição inicial e com a defesa. Assim, o meio de prova documental só pode ser juntado após esse momento processual se ocorrer uma das duas hipóteses do art. 397 do CPC⁹⁹.

B)- na segunda etapa há o deferimento da prova pelo juiz condutor do processo - que pelas regras do processo civil ocorre no saneador (§ 2º do art. 331 do CPC).

⁹⁸ A petição inicial de dissídio individual trabalhista – denominada de “reclamação” pelo *caput* do art. 840 da CLT – não exige, como requisito essencial, o disposto no inciso VI do art. 282 do CPC. A “reclamação” pode ser escrita ou verbal. Na sua forma escrita, a “reclamação” deverá conter: “a designação do titular da Vara, ou do Juiz de Direito, a quem for dirigida, a qualificação do reclamante e do reclamado, uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante.” (§ 1º do art. 840 da CLT). Na forma oral, a “reclamação” “será deduzida a termo, em duas vias datadas e assinadas pelo escrivão ou chefe de Secretaria, observando, no que couber, o disposto no parágrafo anterior.” (§ 2º do art. 840 da CLT).

⁹⁹ Só é lícita a juntada de novos documentos em qualquer fase do processo, quando destinados a provar alegações sobre fatos ocorridos após os articulados, ou para contrapor aos que foram produzidos nos autos (art. 397 do CPC).

Nos dissídios individuais trabalhistas – típicos e atípicos os outros meios de prova, exceto o pericial, são produzidos na audiência, como se depreendem dos arts. 845 e 852-H da CLT, tendo em vista que não há momento específico, no processo do trabalho, destinado ao despacho saneador. O saneamento do processo, na Justiça do Trabalho, se dá em todos os instantes e não numa etapa específica demarcada.

C)- a terceira etapa é destinada à produção da prova, pelos meios previstos/permitidos no sistema, o que ocorre, em regra, na audiência (art. 332, § 2º, parte final, e art. 452, *caput*, ambos do CPC; arts. 848 e 852-H da CLT), exceto os meios de provas que ali não podem ser produzidos¹⁰⁰.

Encerrada a instrução probatória, sobrevêm o momento dos debates orais (que podem ser substituídos por escritos, em alguns casos), destinado à comunicação dialógica visando convencer o juiz. Esta etapa, como já foi dito, integra a instrução processual.

A valoração da prova, que alguns doutrinadores mencionam como a quarta etapa da atividade probatória¹⁰¹, não se insere no *iter* probatório, pois é destinada exclusivamente ao juiz para sentenciar, conforme seu livre convencimento motivado (art. 832 da CLT, arts. 131 e 458, II, do CPC e art. 93, IX, da CF/88).

As etapas do procedimento probatório têm estruturas próprias e são realizadas numa ordem sucessiva que, atualmente, não é tão rigorosa como fora entendido em passado recente¹⁰², pois são várias as situações em que a esta ordem é mitigada ou até mesmo sobreposta, repita-se.

¹⁰⁰ No desenvolvimento deste trabalho serão demonstrados quais, quando e porquê alguns dos meios de prova não são colhidos em audiência.

¹⁰¹ O processualista colombiano Hernando Devis Echandia, por exemplo, insere a valoração da prova como a quarta etapa do procedimento probatório, diz ele: “Desde un punto de vista procedimental, esas fases se cumplen a través de las cuatro etapas os períodos que generalmente contemplan en la primera instancia los diversos procesos ordinarios y especiales y algunos incidentes. (...) 4º)- la de valoración o apreciación, que corresponde a la de juzgamiento, esto es, a la sentenciae instancia y a la providência interlocutoria que resuelva los incidentes. En la segunda instancia pueden presentarse las mismas etapas del procedimiento probatorio, cuando la ley lo permite, bien a solicitud de las partes u oficiosamente, siendo entonces aconsejable que se limite a las que por alguna justificativa no pudieron practicarse en la primera.” (Teoria general de la prueba judicial. 5ª, tomo I, pp. 276 e 277).

¹⁰² O prestigiado professor Arruda Alvim, por exemplo, entende que a ordem sucessiva das etapas da prova é rigorosa.

Cite-se, a título de exemplo, a antecipação de tutela *inaudita altera pars*, isto é, mediante concessão de liminar antes de citar o réu. O primeiro ato que o juiz pratica no processo é o de valoração da prova produzida pelo autor com a petição inicial, queimando todas as etapas da atividade probatória em relação ao réu. É certo que tal decisão (de mérito) é provisória e reversível, ficando diferido o contraditório, mas também não é menos certo que o próprio sistema mitiga as etapas da prova para este tipo de provimento jurisdicional.

Existem outras situações – e não são poucas – em que a prova é produzida em etapa anterior à que lhe seria própria - por previsão do próprio sistema processual -, é o que se dá com as testemunhas que são inquiridas antecipadamente (inciso I do art. 407 do CPC), regra aplicável ao processo do trabalho por ser compatível com os princípios deste e ante omissão da CLT a esse respeito (art. 769 da CLT).

No mandado de segurança, por exemplo, a prova é exclusivamente preconstituída (art. 6º da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951), e não se admite, ao menos no âmbito trabalhista, a aplicação da regra inscrita no art. 284 do CPC (Súmula 415 do TST). Aqui a prova é produzida exclusivamente com a petição inicial, sobrepondo-se as primeira e segunda etapas.

CAPÍTULO XIII

LUGAR E FORMA DE PRODUÇÃO DA PROVA:

13.1 EM AUDIÊNCIA

Pela dicção do art. 845 da CLT, reclamante e reclamado comparecerão a audiência acompanhados de suas testemunhas, apresentando nessa ocasião as demais provas. Esse comando legal deixa transparecer que no processo do trabalho há primazia da audiência como local destinado à colheita das provas, exceto o meio de prova pericial. O art. 452 do CPC disciplina uma ordem cronológica de produção das provas em audiência *“a fim de evitar tumultuamento do processo e mesmo questiúnculas e atritos de somenos quanto à precedência desta sobre aquela prova, com real perda de tempo”*.¹⁰³

Nada obstante, essa ordem não é absoluta, ou seja, é relativa, e, portanto, pode ser alterada ou afastada quando, a critério do juiz, as circunstâncias de cada caso assim requerer para perfeito ou *“bom andamento da audiência e à adequada colheita da prova”*¹⁰⁴. A relatividade dessa ordem evidencia-se com o permissivo legal de ser produzida a prova antecipada (CPC, arts. 846 e ss) e com a colheita de prova *“fora da terra”*, isto é, por meio de cartas (de ordem, rogatória e precatória).

O notável jurista mineiro Humberto Theodoro Júnior compartilha com esse mesmo entendimento, mas ressalva que a inversão da ordem cronológica só deve ser realizada *“em determinadas hipóteses”*, acrescentando que *“nada impedirá essa providência, principalmente quando as partes derem o seu acordo”*¹⁰⁵, deixando transparecer que o juiz instrutor deverá buscar a concordância das partes

¹⁰³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 410.

¹⁰⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 258.

¹⁰⁵ THEODORO, Humberto Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 446.

para a inversão da ordem de colheita das provas naquelas “determinadas hipóteses”. De qualquer forma, esse jurista concorda com a possibilidade de inversão da ordem cronológica de colheita das provas.

Convém assinalar que, ao iniciar a audiência, deverá o juiz, ouvidas as partes, fixar os pontos controvertidos sobre os quais incidirá a prova a ser colhida. Essa providência tem o condão de evitar perda de tempo com provas inúteis ou irrelevantes ao esclarecimento da lide.

Porém, antes de iniciar a audiência deverá o juiz instrutor constatar se as partes, suas testemunhas e respectivos advogados encontram-se presentes. Quando a ausência de uma ou ambas as partes e/ou de seus advogados for(em) justificada(s) ou das testemunhas, o juiz instrutor deve ordenar o adiamento da audiência para não acarretar prejuízo (jurídico e, em algumas situações, também financeiro às partes) É o que determina o inciso II do art. 453 do CPC.

O adiamento da audiência, por qualquer dessas hipóteses, só tem razão de ser quando a presença daquela pessoa ausente for considerada indispensável.

O dispositivo de lei em apreço refere-se à ausência justificada das testemunhas para o adiamento da audiência, deixando antever que o não-comparecimento justificado refere-se a todas as testemunhas. É que a ausência de qualquer das testemunhas, por motivo justificado ou não, que tiver sido previamente intimada a comparecer na audiência também provoca o adiamento desta, a não ser que a parte que a arrolou desista de sua inquirição e o juiz, após consultar a parte adversária, entenda que não se deva insistir na sua inquirição. Caso contrário, haverá o adiamento da audiência e a testemunha ausente será conduzida coercitivamente à audiência novamente designada e arcará com despesas processuais, é o que emana do disposto no art. 412 do CPC. Desta maneira o inciso II do art. 453 do CPC há de ser interpretado em conjunto com o art. 412 do CPC.

13.2 FORA DA AUDIÊNCIA

13.2.1. Documentos

Os documentos indispensáveis à instrução da petição inicial devem acompanhar esta, sendo, portanto, produzidos antes da audiência. Os documentos necessários à instrução da defesa também devem acompanhar esta. Só podem ser produzidos fora deste momento processual os documentos a que se referem o art. 398 do CPC, de aplicação subsidiária, isto é, os que forem necessário à prova dos fatos que ocorreram em data posterior a tais momentos processuais, ou para contrapor aos que forem apresentados nesta condição.

13.2.2. Testemunhas

As testemunhas mencionadas nos arts. 410 e 411, em regra são inquiridas em outro local, fora da audiência. Algumas em decorrência de seus cargos, outras por condições específicas e, finalmente, porque residente em localidade diferente daquela onde está a sede do juízo.

13.2.3. Perícia e Inspeção Judicial

A perícia é realizada, em regra, fora da audiência, em etapa anterior à sessão reservada à instrução probatória, pois, se necessário, o perito é intimado para prestar esclarecimentos em audiência. Só se realiza em audiência a chamada perícia informal de que cuida o § 2º do art. 421 do CPC.

A inspeção judicial quase sempre é realizada fora da sede do juízo e, por consequência, fora da audiência. É possível a sua realização em audiência quando a pessoa ou bem a ser inspecionado possa ser levado até a presença do juiz sem causar prejuízo às partes ou ao objeto da perícia.

13.2.4 Prova Emprestada (Atípica)

O uso da prova emprestada requer, como pressuposto vital, a obediência do princípio do contraditório, por isso é que a doutrina considera *res inter alios* a prova emprestada de processo realizado entre terceiros.

Como em inquérito policial e civil de ordinário não há contraditório, pode-se dizer que, em princípio, não é possível tomar de empréstimo prova produzida nesses instrumentos preparatórios para possível ação penal criminal ou ação civil pública. Nada obstante, alguns juristas entendem que, a despeito de o inquérito (policial ou civil) ser mero procedimento preparatório, pode ser emprestada prova ali produzida se em tal procedimento foi assegurado o contraditório à parte, contra quem será produzida a prova emprestada.

Essa posição não é aceitável pela maioria dos juristas porque em inquérito policial ou civil não é assegurado o contraditório amplo dada a sua natureza inquisitória.

Para Cândido Rangel Dinamarco¹⁰⁶, por exemplo é também indispensável que a prova haja sido constituída “em um processo jurisdicional, não importando se civil, penal ou trabalhista, etc.”

¹⁰⁶ *Instituições de direito processual civil*, p. 98.

CAPÍTULO XIV

ATIVISMO JUDICIAL NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL

É impossível falar na atividade oficiosa do juiz sem tocar num ponto sensível que Barbosa Moreira¹⁰⁷ identificou como “divisão de trabalho” no processo entre juiz e partes. Duas são as tendências dos doutrinadores a esse respeito: uma, entende que a instrução do processo deve ficar apenas nas mãos das partes, às quais recaem os ônus da prova; a outra, entende que o juiz deve ter a iniciativa da prova para, com ela, formar seu livre convencimento motivado e, também, para alcançar a verdade, que as partes podem não conseguir ante as limitações que se lhes são impostas.

A doutrina tradicional entende que o juiz, como condutor do processo que é, deve ficar distante da atividade probatória, a qual deve ser desenvolvida exclusivamente pelas partes, por duas razões básicas: a primeira, porque o sistema processual brasileiro optou pelo princípio do dispositivo que, em certa medida, impede a atuação ativa do juiz nessa fase do processo; e a outra, que ao envolver-se com a produção de prova o juiz deixa de ser sujeito imparcial.

Nem de longe tais argumentos prosperam. O princípio do dispositivo – sem entrar na discussão de que não é bem entendido pela doutrina nacional, como afirma Barbosa Moreira – tem significado totalmente diverso do que entende a doutrina nacional, data vênia. É bem verdade que o direito processual tem por escopo proteger o direito material, razão pela qual aquele deve adaptar-se a este e não o contrário. Não há ligação estreita entre a relação material e a processual. A disponibilidade no campo do direito material se traduz na faculdade concedida pela lei a todas as pessoas de dispor de seus bens como se lhes aprouverem (desde que não desrespeite as limitações impostas pela lei substancial como direito de seus sucessores), faculdade que, inclusive, inclui a de pedir ou não a proteção da tutela

¹⁰⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. in *Temas de direito processual (quarta série)*, pp. 47 a 51.

estatal. Ao optar pela busca da tutela estatal, a parte está automaticamente acoplando as exigências e limitações impostas pelo direito processual, que é relação de direito público, cuja direção formal é exercida pelo Estado.

Importa dizer, com apoio no magistério de José Roberto dos Santos Bedaque, que a concessão de poderes instrutórios ao juiz significa subtrair das partes o poder de direção formal do processo, que não pode mais ser considerado coisa das partes. São suas palavras:

“A natureza privada da relação jurídica confere à parte o poder de dela dispor. O que se lhe retira é a disponibilidade sobre o continente, sobre o proceder. Instaurado o processo, o modo, o ritmo e o impulso deste estão fora de sua esfera de atuação. Poderão elas, nesse aspecto, ser colaboradas pelo juiz. Assim, o modo de buscar a verdade, a escolha dos meios de prova, não deve permanecer em poder das partes, pois, embora privado o objeto do processo, a função jurisdicional é pública e como tal deve ser regulamentada.”¹⁰⁸

O notável professor Barbosa Moreira, em outro escrito, pontua com a costumeira lucidez o seguinte:

“...mas parece que tudo isso gira em todo de um enorme equívoco, porque quando se diz que se deve deixar às partes trazer ou não as provas que quiserem, e se não as trazem é porque estão dispendo de um direito seu, esquece-se que, ainda que as partes possam dispor de *seus* direitos, nenhum poder de disposição têm elas sobre o poder do *juiz* de averiguar o fato. Esse poder, se não quisermos incorrer em ‘petição de princípio’, isto é, dar por demonstrado o que seria necessário demonstrar, não é poder exclusivo da parte. Aliás, nenhuma lei no mundo, hoje, consagra o absoluto monopólio, o absoluto privilégio das partes na atividade de carrear para os autos o material probatório.”¹⁰⁹

Vê-se, assim, que pelo fundamento de que o princípio do dispositivo impede a atuação ativa do juiz não prospera.

O segundo argumento, de que o ativismo judicial contraria o dever de imparcialidade e agride a regra da distribuição do ônus da prova que é inerente a atividade jurisdicional também não prospera, vez que a imparcialidade do juiz que se

¹⁰⁸ *Poderes instrutórios do juiz*. pp. 89 e 900.

¹⁰⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juiz e a prova*. Repro 35/180.

lhe é exigida pelo art. 125, inciso II, do CPC não fica comprometida. Afinal, ao ordenar a realização de um ou vários meios de prova o juiz não tem como prever qual será o resultado do meios de prova e a quem irá favorecer.

O que importa ao juiz é a solução do processo num prazo razoável e que a justiça seja feita, de modo que ao final saia vencedor aquele que tem razão, palavras sempre cunhadas pelo insigne Barbosa Moreira. Esse fundamento é suficiente para afastar a tese de imparcialidade do juiz. Não há juiz mais imparcial do que aquele que se preocupa em proferir julgamento justo. O argumento de que a atividade oficiosa do juiz agride a regra de distribuição do ônus da prova também não tem respaldo jurídico, por duas razões simples: a primeira, é que a prova destina-se ao juiz e não à parte, e uma vez produzida ela incorpora o processo, como decorrência natural do princípio da aquisição processual, e perde sua autoria. A segunda razão, o ônus da prova só tem relevância, hoje, como regra de julgamento, ou seja, quando não há prova nos autos. Existindo a prova, não tem relevância alguma a sua autoria.

É evidente que o ativismo judicial há de ser equilibrado para que o juiz não torne um investigador dos fatos. Além disso, o próprio sistema impõe ao magistrado uma série de restrições, a iniciar-se pelo pedido e pela causa de pedir, de modo que o juiz não pode atuar fora dos limites objetivos e subjetivos da lide. Também lhe é vedado ordenar a produção de outro meio de prova quando a lei fixa o meio de prova apto ao esclarecimento das alegações de fato. Exemplificativamente, o juiz não pode vulnerar a exigência contida no art. 366 do CPC nem ordenar a produção de outro meio de prova que não o pericial na hipótese do § 2º do art. 195 da CLT.

É dever do juiz garantia contraditório efeito e balanceado a ambas as partes, toda vez que atuar na instrução probatória. A sua atuação probatória do juiz não sofre limitação nem se subordina aos efeitos da preclusão, de modo que pode ele ordenar a produção dos meios de prova que foram indeferidos anteriormente.

Para concluir, o sistema processual brasileiro reconhece expressamente a atuação oficiosa do juiz nos seguintes casos: a)- reunião de ações

por conexão ou continência (art. 105 do CPC); b)- decidir a própria incompetência absoluta e, como consequência, ordenar o encaminhamento dos autos do processo ao juiz competente (art. 112, § 2º, do CPC); c)- prorrogar os prazos, no máximo por sessenta dias, nas comarcas de difícil transporte (art. 182 do CPC); d)- ordenar a produção de provas e indeferir as impertinentes ou supérfluas (art. 130 do CPC); e)- ordenar o comparecimento das partes para depor (arts. 342 e 343 do CPC); f)- exibição de documentos ou coisa (arts. 355 do CPC); g)- requisitar certidões (art. 399 do CPC); h)- inquirir testemunhas referidas (art. 418 do CPC); i)- ordenar a acareação de dois ou mais depoentes (art. 418 do CPC); j)- realizar inspeção de pessoas ou coisas (art. 440), etc.

CAPÍTULO XV

ÔNUS DA PROVA

15.1 Notas Introdutórias

O ônus da prova – ou carga da prova – sempre foi visto e estudado em duas perspectivas: a subjetiva e a objetiva. A primeira dirigida aos litigantes, concernente ao risco que cada um deve suportar da prova frustrada; e a segunda, dirigida ao julgador, a quem deve dar uma regra de julgamento.

Na límpida lição de Alfredo Buzaid, o ônus da prova no seu aspecto subjetivo “opera geralmente na ordem privada; o segundo, porém, é um princípio de direito público, intimamente vinculado a função jurisdicional.”¹¹⁰ Em outras palavras, o ônus da prova no seu aspecto subjetivo constitui uma sanção à inércia ou à atividade infrutuosa da parte. Enquanto que o ônus da prova no seu aspecto objetivo constitui-se num imperativo da ordem jurídica, que não permite que o juiz se abstenha de julgar sob o pretexto de que os fatos não ficaram totalmente demonstrados ou inteiramente cumpridos.

Essa classificação tem sido, em certa medida, considerada como diretriz que conduz o julgador para fixar os pontos controvertidos e relevantes sobre os quais haverá dilação probatória e, na ausência de provas, decidir contra a parte que detinha o ônus da prova mas dele não se desincumbiu a contento.

Antes de adentrarmos aos comentários sobre a necessidade de nova leitura do ônus da prova, parece-nos relevantes distinguir o instituto do ônus da prova da obrigação. É comum a doutrina creditar o mérito da distinção a Carnelutti que, após analisar as relações jurídicas, classificou-as em passivas, neutras e ativas. A partir dessa classificação foi possível encontrar pontos que levam a

¹¹⁰ *Estudos de direito*, p. 66.

extremar os dois institutos em realce, os quais estão ligados por um ponto de contato: pressão psicológica (na concepção de Gian Antonini Micheli).

Em primeiro lugar está a figura jurídica do ônus da prova que habita a esfera da liberdade individual, de modo que o sujeito interessado tem o dever de comportar-se desta e não daquela maneira para alcançar o efeito jurídico desejado, porém é livre para fazê-lo ou não. Tem-se, assim, que o ônus é a faculdade assegurada pela lei, cujo exercício é condição necessária para obter o resultado almejado. Em sentido contrário, está a obrigação que não dá margem à liberdade de agir do sujeito.

Enquanto no ônus prevalece a nota da liberdade, na obrigação, ao revés, há sempre a imposição de um comportamento determinado pela ordem jurídica, quer queira, quer não queira o sujeito obrigado.

Também é possível extremar o ônus da obrigação pelo prisma da titularidade. Enquanto o cumprimento do ônus interessa ao próprio sujeito onerado, a satisfação da obrigação interessa à outra parte, que é portadora do direito subjetivo correspondente¹¹¹.

A terceira distinção apontada pela doutrina refere-se a consequência do desatendimento de cada instituto. O não cumprimento do ônus gera a sanção econômica porque não foi atingida a tutela do próprio interesse. Dessa mesma violação no campo obrigacional decorre uma sanção jurídica em sentido lato, uma vez que o exercício da ação é estimulado mediante a atribuição de consequências punitivas.

Em quarto lugar, Carnelutti salienta que o cumprimento do ônus é ato necessário, enquanto o da obrigação é ato devido, imposto pelo direito objetivo para a proteção de um direito alheio.

¹¹¹ Tal distinção também é bem frisada no magistério de Eduardo J. Coutre, que salienta que a diferença substancial reside em que, enquanto na obrigação o vínculo está imposto por um interesse alheio – do credor -, no ônus o vínculo está imposto por um interesse próprio – do onerado -. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 212-213.

Essas linhas divisórias foram consideradas pela doutrina tradicional como avanço portentoso na evolução conceitual de ônus, mas “tal mérito” não foi escudo suficiente às diversas críticas. Echandia observa, com razão, que no plano da titularidade, o cumprimento da obrigação também pode interessar ao próprio devedor, que com isso obtém plena liberação. Sobre a distinção entre *ato necessário* (ônus) e *ato devido* (obrigação), obtempera que “se no ato necessário existe uma necessidade jurídica de executar o ato, tem-se uma verdadeira obrigação e deixa de existir qualquer diferença com o ato devido”¹¹², o que levou Micheli a sustentar uma necessidade meramente prática, e não jurídica, no ato necessário.

Com relação a natureza da sanção (jurídica na obrigação e econômica no ônus), igualmente foi palco de ferrenhas críticas. Furno observou que casos há em que o descumprimento de ônus enseja sanção jurídica, e Echandia que em muitos casos a obrigação descumprida tem conseqüências econômicas, exemplificando com multas e indenizações¹¹³.

De todas as distinções propostas por Carnelutti em sua teoria, o que mais gerou críticas foi a classificação do ônus como *situação jurídica passiva*. Para Micheli, tal alocação significava subordinação.

Echandia também não se furta a criticar o tópico, posto que entende contraditória a classificação do ônus como situação jurídica passiva, e, ao mesmo passo, como manifestação de liberdade.

Tal classificação (*situação jurídica passiva*), a partir daí, passou a não satisfazer mais os processualistas. Tomou porte a idéia do ônus com *situação jurídica ativa*, enfatizando desta forma o poder e a liberdade conferidos à parte na busca de dado fim.

Por derradeiro, resta distinguir *ônus* de *dever*. Goldschmidt, esteado nos imperativos processuais, concluiu que os *deveres* são imposições decorrentes do

¹¹² *Teoria general* p 404.

¹¹³ PACÍFICO, Luiz Fernando Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. Dissertação de mestrado PUCSP, 1998, p 28.

interesse de um terceiro ou da comunidade, enquanto *ônus* o são do próprio interesse. O dever, portanto, pressupõe a existência de um sujeito ativo a quem interessa o seu cumprimento pelo sujeito passivo, e o seu descumprimento gera uma sanção com natureza de coação moral ou de intimidação, caracterizando ilicitude, tal qual o descumprimento da obrigação¹¹⁴.

A distinção reside, portanto, na titularidade do interesse em relação a quem ocorrerá o prejuízo ou a consequência negativa: se o interesse é alheio, há obrigação ou dever; se próprio, há *ônus*¹¹⁵.

15.2 NECESSIDADE DE MUDANÇA DESSE MODELO LIBERAL PARA A PERSPECTIVA SOCIAL DO PROCESSO

As regras de distribuição da prova nas concepções acima mencionadas, por mais avançadas que suponham os processualistas, na verdade decorrem do Estado Liberal – que prestigia a propriedade, o indivíduo e, sobretudo, a igualdade no plano formal. Ao fixar que cada parte é “árbitro” de sua atividade probatória e, portanto, “responsável” por provar aquilo que alegou, e que o juiz é constrangido a julgar mesmo na ausência de prova, espelha, sem dúvida alguma, ideologias do liberalismo decorrente da Revolução Francesa. Afastar o juiz da participação ativa e em cooperação com as partes, colocando-o o mais distante possível do arco probatório é, sem dúvida, conceber a igualdade tão-só no plano formal, pois não são raras as vezes em que uma das partes está em situação de inferioridade no campo da prova, e nem por isso deixa de ser assegurada apenas a igualdade formal entre elas, mesmo que o vencedor seja a parte mais sagaz, mas astuta e não a quem o direito material ampara ou deveria amparar.

Até mesmo a concepção considerada mais moderna, que admite a atividade probatória do juiz após o esgotamento das forças das partes, tem um certo viés liberal e conservador.

¹¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no direito penal brasileiro*. Tese apresentada na USP 2002, p.167 e 168.

¹¹⁵ Elegem a titularidade como elemento distintivo: Goldschmidt, Carnelutti, Coutre, Sentis Melendo, Echandia, Barbosa Moreira e Dinamarco, entre outros.

Se é certo que o processo é visto nos dias atuais como instrumento de pacificação social com justiça, e que a pacificação social justa e efetiva só se dá com a coisa julgada material, torna-se indispensável a superação dos dogmas do liberalismo, em especial no processo do trabalho, que se destina a tutela de direitos sociais. O primeiro passo a ser dado para superação da ideologia do século XVIII é fazer uma nova leitura das disposições contidas nos art. 818 da CLT e 333 do CPC, em conformidade com o texto constitucional em vigor. A Constituição Federal de 1988 assegura a todos o princípio da igualdade, como se infere do *caput* de art. 5º. A isonomia que prega a Carta Magna não é apenas a formal, mas e principalmente a isonomia no plano material, de modo que o juiz tem o dever de ministrar tratamento igual aos exatamente iguais e desigual aos desiguais, na exata proporção de suas desigualmente, para reequilibrar os pratos da balança, figura simbólica da Justiça.

Assim, dois passos são necessários para caminharmos na direção do horizonte constitucional: banir de vez a postura tímida, apática e comedida do juiz, aproximá-lo o máximo possível das partes e das provas, conferindo-lhe participação ativa no *iter* probatório em estreita colaboração e participação com as partes, fazendo dele (juiz) um verdadeiro e altaneiro sujeito da relação processual que tem interesse e compromisso não com o resultado do processo, mas com a justiça da decisão. O juiz é, em dúvida alguma, o sujeito mais interessado no processo no tocante à justiça da decisão e a razoável duração do processo. Só se consegue uma decisão justa se o juiz tiver papel ativo na produção da prova e em estreita e efetiva colaboração com as partes, não podendo ter sua atuação relegada a segundo plano para atuar no campo probatório somente após o esgotamento das vias abertas as partes. É do interesse do juiz que o resultado seja justo e, ao final, saía vencedora a parte que tenha razão e não aquela que for mais astuta.

Até mesmo a comparação do processo com o jogo, onde o blefe é permitido mas a trapaça não, também está superada.

O outro passo, tão importante como o anterior, está na garantia da igualdade material entre as partes. Estando estas num mesmo patamar de conhecimento, de possibilidade de comprovar o alegado e de acesso à informação, ficam mantidas as regras dos artigos 818 da CLT e 333 do CPC.

Contudo, se o juiz constatar que, no caso concreto, uma das partes não detém conhecimentos técnicos ou que é hipossuficiente, considerando-se hipossuficiente o trabalhador que ganhe até 2 (dois) salários mínimos, deve o magistrado informar as partes que naquele caso concreto irá inverter o ônus da prova, e, com isso, fica transferido o ônus da prova à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou mais facilidade em sua demonstração. Essa regra – da carga dinâmica ou flutuante - não só propicia a justiça da decisão como, também, é compatível com o texto constitucional em vigor e com as leis ordinárias.

Para fins de obtenção da assistência judiciária ou da justiça gratuita a norma infraconstitucional considera pobre toda pessoa que ganha até 2 (dois) salários mínimos por mês, de forma que o patamar aqui sugerido tem amparo legal, daí a razão de nossa escolha como limite para a imposição da carga flexível e dinâmica da prova. Além disso, e talvez muitos operadores do direito não tenha percebido que a Lei 9.957, de 13.1.2000, que implantou o procedimento sumaríssimo no âmbito da Justiça do Trabalho, e inseriu os arts. 852-A a 851-I na CLT, trouxe uma grande novidade que vem ao (e não de) encontro de nossa tese. Em primeiro lugar destacamos o art. 852-D da CLT que prevê o uso de experiência técnica do juiz, que já é um bom sinal à carga dinâmica da prova, *verbis*:

“O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerando o ônus probatório de cada litigante ..., bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.”

E depois, vem o § 1º art. 852-I da CLT que confere ao juiz a faculdade de adotar o critério de justiça *de cada caso* nas decisões, lê-se no dispositivo de lei que:

“O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigência do bem comum.”

Nas ações submetidas ao procedimento sumaríssimo a própria lei estabelece julgamento diferente de cada caso concreto e, ainda, julgamento com

justiça que atenda aos fins sociais da lei. É a demonstração clara de que o processo há de ser visto no seu aspecto social.

CAPÍTULO XVI

VALORAÇÃO DOS MEIOS DE PROVA

16.1 IMPORTÂNCIA DA VALORAÇÃO DA PROVA

O direito processual do trabalho adota, no presente estágio de sua evolução, a regra do livre convencimento motivado do julgador, como se infere do art. 131 do CPC, complementado pela ampla liberdade de ordenar/permitir a produção dos meios de prova que reputar necessários à formação de sua convicção, como também de inferir aqueles que forem desnecessários, impertinentes ou irrelevantes, à exegese dos artigos 765 da CLT e 130 do CPC.

Neste sentido, o órgão julgador – juiz ou tribunal – tem ampla liberdade para valorar cada meio de prova que foi produzido nos autos do processo para, com base no conjunto, formar sua convicção e, em seguida, fazer sua opção pela versão (no todo ou em parte) de uma das partes do litígio, mas está obrigado a justificar, na sentença ou acórdão, os motivos pelos quais assim decidiu.

16.2 CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO DOS MEIOS DE PROVA

A opção política brasileira, da adoção do critério do livre convencimento motivado do julgador, é infinitamente melhor que os dois critérios que em épocas passadas foram utilizados em diversos países: no primeiro deles predominava o critério objetivo da taxatividade ou tarifação de todos os meios de prova, no qual o juiz não externava sua convicção pessoal, mas apenas garantia o cumprimento dos rituais (da regra do jogo) e, ao final, publicava o resultado, sagrando-se vencedor aquele que conseguisse maior pontuação, que nem sempre era quem tinha razão; o segundo critério adotado por outras civilizações foi o da livre convicção do julgador, que se situava no extremo oposto, onde a prova produzida não tinha valor ou este

era irrelevante, pois o que prevalecia era o entendimento particular do julgador. Aqui o único critério adotado era o do subjetivismo, que não deu certo por conta da prepotência de muitos julgadores.

No critério atual, há outro componente a ser observado pelo julgador, que raramente é adotado no âmbito da Justiça do Trabalho. É aquele previsto no art. 335 do CPC, segundo o qual: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece”.

Essas são as regras aplicáveis aos dissídios trabalhistas que não se submetem ao procedimento sumaríssimo, porque em relação a estes a lei autoriza o juiz do trabalho – e o juiz de direito investido nas atribuições da Justiça do Trabalho – a adotar “em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum.” (§ 1º do art. 852-I da CLT).

2ª PARTE

PROVAS ILÍCITAS

E

PROVAS ATÍPICAS

NO PROCESSO DO TRABALHO

CAPÍTULO XVII

PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO DO TRABALHO

17.1 INTRODUÇÃO

O direito processual moderno confere ao órgão julgador – juiz ou tribunal – amplos poderes na condução processual e material do processo, em especial no campo das provas, em todas as suas fases, sendo-lhe facultado indeferir aquelas que reputar impertinentes ou irrelevantes e ordenar – de ofício – a produção dos meios de entender indispensáveis à formação de sua convicção, desde concernentes aos relevantes, pertinentes e controvertidos caso concreto. O julgador não é mais mero espectador de pedra – como fora no passado - das atividades probatórias das partes¹¹⁶.

Mesmo exercendo papel ativo na impulsão oficial, e em especial na instrução probatória, o juiz – ou tribunal – não tem poder discricionário – nem ilimitado - de permitir ou determinar o ingresso de quaisquer meios de prova nos autos do processo e/ou a qualquer tempo. O sistema processual em vigor fixa-lhe certos limites, que funcionam como verdadeiros freios, tanto em relação ao momento processual apto ao ingresso de provas nos autos do processo, quanto à observância e vigilância da liceidade desses mesmos meios de prova.

No plano mais elevado está a Constituição da República Federativa do Brasil em vigor, que disciplina, em diversos de seus dispositivos, caudaloso rol de direitos e garantias fundamentais, que se sujeitam a limitações porque não são mais concebidos como direitos individuais absolutos, mas como direitos do homem (e da

¹¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, Malheiros, 5ª ed. ver. e atualizada, vol. II.

mulher) enquanto e como membros de uma sociedade, de uma comunidade¹¹⁷. No rol desses direitos está inserido o direito à prova, compreendido como a faculdade outorgada aos litigantes em processo judicial e administrativo de levar aos autos do processo todos os meios de provas previstos/permitidos que forem relevantes à ação ou defesa¹¹⁸. Não obstante ser um dos desdobramentos dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, o direito à prova não é irrestrito como se poderia imaginar à primeira vista. Há limitação tanto no que concerne à relevância (para satisfação dos princípios da economia e celeridade processuais), como de idoneidade (legitimidade, licitude, pertinência e possibilidade). O conteúdo ético inerente aos meios de prova também é exigência constitucional para não haver agressão nem invasão à intimidade, à privacidade¹¹⁹, da pessoa humana, numa espécie de rede de proteção contra ameaça ou usurpação de seus direitos individuais constitucionais.

As limitações constitucionais impostas ao direito probatório objetivam o resguardo da intimidade da pessoa humana (artigo 5º, inciso X); a inviolabilidade de seu domicílio (artigo 5º, inciso XI); a inviolabilidade do sigilo de suas correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e formas que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (artigo 5º, inciso XII); e, por último, a proibição de uso, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º, inciso LVI).

O direito internacional, no que concerne a disciplina dos direitos humanos, limita ou restringe o uso de alguns meios como prova em processo (judicial e administrativo), a exemplo do conteúdo da convenção americana sobre

¹¹⁷ A professora Flávia Piovesan pontua em sua obra *direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 41, que na concepção atual, os direitos humanos compõe uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e da liberdade se conjugam e se completam.

¹¹⁸ TARUGO, Michele. *Il diritto alla prova nel processo civile*, p. 90, *apud* Rogério Lauria Tucci. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, pp. 228 e 229.

¹¹⁹ O problema da intimidade, conforme bem lembrado por Ada Pellegrini Grinover, em *liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*, p. 121, faz parte do tema de fundo do processo penal, “porque nele se defrontam a exigência de tutela da pessoa humana e a exigência de tutela da comunidade, e, ainda, porque é no processo penal que o Estado de direito se preocupa em colocar limites aos poderes de investigação, pública e privada, como proteção ao indivíduo”. Complementa a autora, na obra *Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 60: “E se, de um lado, o direito à intimidade é parte integrante dos direitos de personalidade, envolvendo a liberdade do homem, é igualmente certo que todas as liberdades têm feito e finalidades éticos, não podendo ser utilizadas para proteger abusos ou acobertar violações”.

direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que integra o sistema constitucional brasileiro, e impõe o respeito à vida privada e familiar, ao domicílio e a correspondência, ao dispor que “ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”, assegurando a todas as pessoas o direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ofensas (artigos 9º e 11).

Estas premissas nos conduzem à conclusão de que é relevante e oportuno o estudo sobre o princípio constitucional da proibição do uso, em processo, de prova obtida por meio ilícito.

E, no plano infraconstitucional, está em vigor o artigo 332 do CPC¹²⁰, que reconhece como hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa todos aqueles meios que estiverem previstos em lei, bem assim os moralmente legítimos, ainda que não especificados naquele *codex*, deixando claro que os meios probatórios imorais ou amorais não são permitidos como prova no âmbito do processo civil. Como, também, são ilegítimos se não forem obedecidas as etapas/momentos processuais adequados, pois, neste caso, há preclusão.

17.2. NOÇÕES E CONCEITOS DE PROVAS VEDADAS: ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS

Em estudo de grande valor jurídico, possivelmente um dos mais completos até hoje realizados no Brasil, Ricardo Raboneze concluiu que os autores nacionais e estrangeiros divergem, e muito, sobre a conceituação de *provas ilícitas*. Segundo ele, os escritores utilizam as locuções “prova proibida”, “prova ilegal”, “prova ilegalmente obtida”, “prova ilícita”, “prova ilicitamente obtida”, “prova

¹²⁰ O art. 332 do CPC está assim redigido: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda ação ou a defesa”. No mesmo sentido dispõe o Código de Processo Penal Militar, no artigo 295, serem inadmissíveis meios de prova que atentem contra a moral e a segurança individual ou coletiva. O Código de Processo Penal é silente, nesse sentido, aplicando-se, portanto, de forma subsidiária, as regras processuais civis (art. 3º, Cód. Proc. Penal).

ilegitimamente admitida” e, também, “proibições probatórias” para identificar o veto contido no comando constitucional em estudo¹²¹.

Nesse mesmo sentido é a posição de Hernando Devis Echandia, jurista colombiano de primeira grandeza, que aponta cinco situações em que, para ele, há ocorrência de *provas ilícitas*: em primeiro lugar, ele destaca a ilicitude pelo procedimento utilizado para obter a prova, a exemplo do que acontece na confissão obtida mediante tortura, para, em seguida, concluir que é ilícita toda prova obtida mediante coação física ou moral; em segundo lugar, ele visualiza a ilicitude na própria prova, isto é, no meio de prova em si, ainda que o procedimento utilizado para obter a prova seja corrente e normal, a exemplo de inspeção judicial sobre violência carnal ou de reconstituição dos fatos em caso de crime de estupro; em terceiro lugar, ele identifica a proibição imposta pela lei para utilizar determinado meio de prova em certos casos, a exemplo do que se dá com o testemunho que implique em violação de segredo profissional; em quarto lugar, ele aponta a proibição legal para investigar determinado fato, como, por exemplo, investigação de paternidade do filho de mulher casada; e, por fim, em quinto e último lugar, da utilização de meios não incluídos entre aqueles legalmente autorizados por lei¹²².

Em outro escrito, o mesmo jurista colombiano pondera que devem ser entendidas por *provas ilícitas*

“aquelas que estão expressas ou tacitamente proibidas pela lei, quanto ao meio ou procedimento para obtê-las ou que atentam contra a moral e os bons costumes do respectivo meio social, ou contra a dignidade ou a liberdade da pessoa humana, ou que violem direitos fundamentais que a constituição e as leis garantem”¹²³.

Na visão dos íclitos professores Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, por *prova ilícita* há de se entender, em sentido estrito, aquela “colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das

¹²¹ O estudo completo realizado pelo nosso autor pode ser conferido na obra *Provas obtidas por meios ilícitos*

¹²² Trata-se de interpretação livre do valioso artigo do jurista colombiano publicado na *Repro* 32/83-93, relativa ao último trimestre de 1983, sob o título *Pruebas ilícitas*.

¹²³ *Teoría general de la prueba judicial*. 3ª edição, tomo I.

liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade”¹²⁴.

Pietro Nuvolone, cujo ensinamento é seguido por grande número de doutrinadores brasileiros, classifica a prova vedada ou ilegal como gênero, do qual as provas ilícitas e ilegítimas são espécies, no caso subespécies. Para ele, a prova é sempre vedada, quer no sentido absoluto, quer em sentido relativo, quando contrariar uma norma legal específica ou um princípio de direito positivo¹²⁵. Prosseguindo em sua lição, o mestre italiano esclarece que a prova é vedada, em sentido absoluto, quando o direito proíbe, em qualquer caso, a sua produção (assim, proíbe-se a admissão, em juízo, de cartas particulares interceptadas ou obtidas por meios criminosos). A prova é vedada em sentido relativo quando o ordenamento jurídico, embora admitindo o meio de prova, condiciona sua legitimidade à observância de determinadas formas: é o caso, por exemplo, do interrogatório do réu. Ele conclui dizendo que se a norma violada for de direito material, a violação afronta diretamente os direitos individuais; em se tratando a norma atingida de direito processual, diz respeito diretamente às finalidades do processo.

Enquanto isso, o destacado doutrinador Enrique Vescovi inclui no âmbito das provas ilícitas e ilegítimas tanto aquelas obtidas de modo ilícito, mas legítimas em si mesmas, quanto aquelas ilícitas em razão de declaração legal.

Mauro Cappelletti, professor italiano que esteve no Brasil em diversas oportunidades e é muito prestigiado e seguido pelos juristas brasileiros, aborda o tema sob duas perspectivas: a)- em primeiro lugar, quanto as provas que são admitidas em juízo, mas que tenham sido criadas ou chegadas à parte que tenciona a sua produção por meio de ato ilegítimo; e b)- em segundo lugar, na inadmissibilidade de produção da prova por ser expressamente vedada em lei. Ele coloca as duas hipóteses no que denominou de “provas trazidas em juízo mediante um ato ilegítimo”.

as Nulidades no processo penal

¹²⁴. RT, 8ª ed. revista e atualizada, pp. 147 e 148

¹²⁵ NUVOLONE, Pietro. *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, Riv. Dir. Proc., 1966, p. 448 e s., invocado por Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades públicas...cit.*, p. 126/127. V., ainda, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*, 6. ed., p. 131.

O procurador do Estado de São Paulo, Luiz Francisco Torquato Avolio, seguindo em parte a lição de Pietro Nuvolone, entende que;

“... desta forma, é possível distinguir, perfeitamente, as provas ilícitas das provas ilegítimas. A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual (...), como, por exemplo, a proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional (art. 207 do CPP); ou a recusa de depor por parte de parentes e afins (art. 206). (...) Diversamente, por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas e princípios de direito material, sobretudo de direito constitucional, porque, como vimos, a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas também de direito penal, civil, administrativo, onde já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e accertamento da verdade, tais como os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência, e outros. Para a violação dessas normas, é o próprio direito material que estabelece sanções próprias. Assim, em se tratando de violação de sigilo, ou ainda de uma prova obtida sob tortura, haverá sanções penais para o infrator. O direito processual mantinha-se, até pouco tempo atrás, alheio a essa realidade.”¹²⁶

A professora Ada Pellegrini Grinover, complementando o magistério de Avolio, leciona:

“A questão da denominada ‘prova ilícita’ ubica-se, juridicamente, na investigação a respeito da relação entre o ilícito e o inadmissível no procedimento probatório e, sob o ponto de vista da política legislativa, na encruzilhada entre a busca da verdade em defesa da sociedade e o respeito a direitos fundamentais que podem ver-se afetados por esta investigação.

A prova ilícita (ou obtida por meios ilícitos) enquadra-se na categoria da prova vedada.

Mas a vedação pode ser estabelecida quer pela lei processual, quer pela norma material (por exemplo, constitucional ou penal); pode, ainda, ser expressa ou pode implicitamente ser deduzida dos princípios gerais.

No campo das proibições da prova, a tônica é dada pela natureza processual ou substancial da vedação: a proibição tem natureza exclusivamente processual quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; tem, pelo contrário, natureza substancial quando, embora servindo

¹²⁶ *Provas ilícitas (interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 2ª ed., p. 39.*

imediatamente também a interesses processuais, é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo.

A distinção é relevante: a violação do impedimento configura em ambos os casos, uma ilegalidade; mas, enquanto no primeiro caso haverá um “ato ilegítimo”, no segundo caso haverá um “ato ilícito” (Nuvolone).

(...)

Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, da CF); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (art. 5º, XIII, da CF); as colhidas com infringência da intimidade (art. 5º, X, da CF) etc.”¹²⁷

Djanira Maria Dadamés de Sá diz que “por prova ilícita deve entender-se aquela derivada de um ato que esteja em consonância com o direito ou decorrente da forma legítima pela qual é produzida”¹²⁸.

No magistério do ministro José Celso de Mello Filho, do STF, há ilicitude material da prova quando diz-se respeito ao seu momento; e formal, quando se refere ao momento de sua introdução no processo¹²⁹.

Concluimos, com base nesses ensinamentos, que *prova vedada* aquela obtida com violação de normas legais e/ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material, subdividindo-se em:

a)- *prova ilícita* → é aquela que contraria normas de direito material, quer quanto ao meio quer quanto ao modo de obtenção da prova; e

¹²⁷ *As nulidades no processo penal*, 8ª ed., pp. 156 a 158.

¹²⁸ *Teoria geral do processo civil*, 2ª ed., p. 27.

¹²⁹ O pensamento de Celso de Mello, ministro do STF, pode ser conferido na seguinte ementa: "A cláusula constitucional do *due process of law* — que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público — tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas ou ilegítimas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com base em elementos instrutórios obtidos ou produzidos com desrespeito aos limites impostos pelo ordenamento jurídico ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado. A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova — de qualquer prova — cuja ilicitude tenha sido reconhecida" (STF, HC n. 69.912-0/RS, rel. Min. Celso de Mello).

b)- *prova ilegítima* → é aquela que afronta norma de direito processual, tanto na produção quanto na introdução da prova no processo.

Este estudo enfocará apenas a prova ilícita, por isso nenhum outro comentário será feito em relação a prova ilegítima, atinente a regras de direito processual (como preclusão).

17.3 AS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A proibição do uso de provas ilícitas em processo, inscrita no inciso LVI do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil¹³⁰, demonstra, à toda evidência, que nós, brasileiros, optamos pela democracia, podendo assim dizer que o Brasil é um Estado Democrático de Direito porque fixa limitação do poder estatal para garantir os direitos fundamentais do homem (e da mulher). Assim o é, porque propicia aos cidadãos aqui residentes uma convivência social pacífica, harmônica e compatível com a dignidade da pessoa humana, havendo a ingerência estatal na esfera individual ou social dos membros da comunidade tão-somente para garantir-lhes os direitos fundamentais individuais que lhe são assegurados pela Lei Fundamental, ainda assim, nos estreitos limites da lei.

Nesse sentido, a prova produzida com infração às disposições constitucionais (prova ilícita) ou às disposições legais (provas ilegítima) é considerada – em regra - inválida porque viola os interesses maiores da convivência harmoniosa das pessoas entre si, portanto, da coletividade.

Ocorre que nem sempre foi esse o tratamento constitucional brasileiro dado à matéria. O talentoso escritor Ricardo Cintra Torres de Carvalho, em minucioso estudo comparativo das Constituições Federais brasileiras no que concerne ao veto das provas ilícitas, entendeu que a Constituição Imperial de 1824, embora não tenha focado as provas ilícitas de forma explícita, garantiu, no seu art. 179, a inviolabilidade dos direitos civis e políticos ‘que têm por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade’, como um dos postulados dos direitos e

¹³⁰ Lê-se no inciso LVI do artigo 5º da CF/88 o seguinte comando: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

garantias individuais. E, também, a inviolabilidade do domicílio (inciso VII), no qual só era permitido o ingresso a noite com o consentimento do ocupante ou para defendê-lo de incêndio ou inundação, e de dia nos casos em que a lei o determinasse; vedou a prisão, exceto em flagrante delito (com imediata apresentação à autoridade judicial) ou por ordem da autoridade legítima (incisos VIII e X).

Em relação a Constituição Republicana de 1891, Torres de Carvalho detectou iguais proteções aos cidadãos da Constituição anterior, com os acréscimos da garantia da ampla defesa (§ 16), da inviolabilidade do sigilo da correspondência (§ 18) e do uso do *habeas corpus* em caso de violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder atual ou iminente (§ 22).

A Constituição Federal de 1934 repetiu as garantias de 1891.

A CF de 1937 assegurou, no seu art. 122, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, ‘salvas as exceções previstas em lei’ (inciso nº 6); a proibição da prisão, salvo em flagrante delito ou por ordem da autoridade competente, e a instrução criminal contraditória (inciso nº 11); disse, ainda, no art. 123, que ‘a especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos resultantes da forma de governo e dos princípios consagrados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição, ressalta Ricardo Cintra Torres de Carvalho.

Na visão de Ricardo Cintra Torres de Carvalho, a Constituição Federal de 1946, no art. 141 (*caput*), assegurou, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade; e manteve o sigilo da correspondência (sem limitações, § 6º); a inviolabilidade do domicílio (§ 15); a necessidade do estado de

flagrância ou ordem escrita da autoridade competente para a prisão (§ 20); a possibilidade de liberdade sob fiança (§ 21); a obrigatoriedade de comunicação da prisão ao juiz competente e o instituto do *habeas corpus* (§§ 22 e 23); a garantia de plena defesa ao acusado e da instrução criminal contraditória (§ 25).

A Constituição Federal de 1967 assegurou igualmente a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade; a inviolabilidade de correspondência, do sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas e do domicílio; permitiu a prisão em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente, etc.

A Constituição da República Federativa em vigor foi a primeira a reconhecer a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade (mencionada pela primeira vez), à segurança e à propriedade; proibiu a tortura e o tratamento desumano ou degradante (inciso III); resguardou a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (inciso X), do domicílio (inciso XI, exigindo, para nele entrar, sem o consentimento do morador e durante o dia, autorização judicial), do sigilo da correspondência, de dados e das comunicações telefônicas (exceto quanto as últimas, por ordem judicial para fins de investigação criminal ou para instrução de processo penal); estipulou a punição, pela lei, de discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI); amparou o respeito à integridade física e moral dos presos (inciso XLIX), a privação da liberdade ou bens somente após o devido processo legal (inciso LIV); assegurou o contraditório e a ampla defesa (inciso LV) e a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI); permitiu a prisão somente em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente (LXI), mas determinou a comunicação à família do preso, a pessoa por ele indicada e ao juiz competente (inciso LXII) e a obrigatoriedade de ser o preso informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, assegurada a assistência da família e de advogado

(inciso LXIII); proibiu a manutenção da prisão quando possível for a liberdade provisória (inciso LXVI)¹³¹.

17.4 O USO DA PROVA ILÍCITA NA VISÃO DOUTRINÁRIA

É comum haver divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao tema em foco.

Uma corrente advoga a tese de que a prova ilícita só pode ser retirada dos autos do processo quando o ordenamento processual expressamente determinar. Com efeito, a prova ilícita é passível de sanção apenas no plano processual, por ser plenamente admitida, e será examinada normalmente, sem questionamento, ensejando tão-só a punição de seu autor no plano do direito material violado. Para os que assim se posicionam, o problema jurídico da admissibilidade da prova não diz respeito à maneira pela qual ela foi obtida. O que importa é se sua introdução no processo foi (ou é) consentida, em abstrato, sendo irrelevante a consideração do uso dos meios utilizados para colhê-la, em concreto¹³². Fernando de Almeida Pedroso, que perfilha tal posição, sustenta que:

“se o fim precípua do processo é a descoberta da verdade real, crível é que, se a prova ilegalmente obtida ostentar essa verdade, seja ela aceita, havendo de ser instaurada, entretanto, contra aqueles que a obtiveram de forma ilícita, a devida persecução penal, diante da infração de disposições penais e pela violação dos direitos do réu”¹³³.

Para a segunda corrente, a prova ilícita há de ser descartada sempre, isto é, ser rejeitada em todas os casos, ressaltando que há previsão no sistema processual para considerá-la inadmissível. No Brasil, segundo Ada Pellegrini

¹³¹ a inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal – um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. Revista brasileira de ciências criminais, ano 3, nº 12, pp. 163 e 164.

¹³² Àqueles que assim pensam: quem agiu contra o direito deve ser punido, mas a prova é validamente introduzida no processo, toda vez que a lei processual não o impeça. Se no direito processual não houver uma norma que imponha a exclusão de provas obtidas através de um ato ilícito, não há como rechaçá-las, uma vez que a qualificação de admissibilidade e relevância da produção probatória é formulada com base em critérios autônomos do processo, para além de qualquer referência aos paradigmas do direito substancial, inclusive do direito constitucional. As provas colhidas, por exemplo, por meio de uma apreensão arbitrária, devem ser admitidas, punindo-se, apenas, penal ou disciplinarmente, o autor do ilícito.

¹³³ *prova penal*, p. 163, e *processo penal: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*, 1986.

Grinover, surgiu a denominada “atipicidade constitucional”, isto é, a desconformidade do modelo do tipo imposto pela Constituição. E, porque as normas constitucionais relevantes para o processo têm dimensão de garantia, que interessam à ordem pública e à boa condução do processo, a contrariedade dessas normas acarreta sempre a ineficácia do ato processual, seja por nulidade absoluta, seja pela própria inexistência, porque a Lei Maior tem como inadmissível a prova obtida por meios ilícitos.

Surgiu, nos últimos tempos, uma terceira corrente que não enxerga no texto constitucional a vedação ou a permissão completas, sustentando que os extremos nem sempre são as melhores opções. Para esta corrente, à qual nos filiamos, há de se obterem os extremos mediante juízo de ponderação dos valores em jogo, para, no final de cada caso concreto, extrair qual é a melhor e mais consentânea posição. É a chamada doutrina da proporcionalidade, também conhecida como justiça contra os excessos. Essa corrente, construída com base na doutrina e na jurisprudência alemãs, ganha adeptos a cada dia que passa por estabelecer equilíbrio entre as posições.

17.5 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

A prova ilícita por derivação diz respeito àquela que é obtida de forma lícita, mas que se chegou por intermédio de informação extraída de (ou contida em) prova ilicitamente colhida. Exemplo clássico é o da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido. Ou o caso da interceptação telefônica clandestina, por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato, que acaba por incriminar o suspeito.

Suponha-se que, sem mandado judicial, a autoridade policial intercepte e grave conversas telefônicas em que haja prova de autoria de crime por parte dos protagonistas do diálogo e citação de nomes de terceiros que tenham conhecimento da sua autoria. A gravação, não há dúvida, constituiria prova ilícita e seria inadmitida no processo. Mas as pessoas mencionadas poderiam, sob o amparo da lei, ser

chamadas a depor? Ao que nos parece, não, pois o bem jurídico tutelado – a intimidade – seria igualmente atingido. Ademais, o Código de Processo Penal, no art. 573, § 1º, ao tratar da extensão da nulidade dos atos processuais, comina de nulidade os atos processuais dependentes do ato nulo.

Aqueles que preconizam a inadmissibilidade processual da prova ilícita estendem-na à prova ilícita por derivação, pois a elas se transfere a mácula da obtenção. É a conhecida teoria dos frutos da árvore envenenada, criada pela Suprema Corte Americana, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

A teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, também conhecida como frutos da árvore envenenada, tem encontrado limitações na doutrina nacional e estrangeira e pela própria Corte Suprema norte-americana, as quais têm sido excepcionadas da vedação probatória quando a conexão com a prova ilícita é tênue, de maneira a não se colocar como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam, de qualquer modo, ser descobertas por outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em “independent source” e, no segundo, na “inevitable discovery”¹³⁴. Vale dizer, se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para a descoberta da prova derivada, ou se esta derivar de fonte própria, não fica contaminada e pode ser produzida em juízo.

É necessário reconhecer, porém, que a Constituição da República, conquanto tenha vedado a admissão da prova ilícita, não se posicionou na discussão sobre a admissão das provas ilícitas por derivação, relegando o problema à doutrina e à jurisprudência.

Nessa linha de raciocínio, se a prova ilícita contamina a(s) prova(s) obtida(s) a partir dela e ambas devem ser afastadas não só quando servem para provar um crime, mas também quando direta ou indiretamente possam levar à descoberta de outra infração, descabe a utilização do apurado no tocante também às condutas não provocadas pelo simulador, se trazidas à baila, descobertas em

¹³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. et al., *as nulidades...*, pp. 135 e 136.

decorrência do flagrante preparado, pois colhidas de forma que transgrediu princípio posto pelo Direito, num paralelismo com a desconsideração dos elementos obtidos nas buscas domiciliares, apreensões ao arripio da lei e interceptações de comunicações telefônicas clandestinas, a partir da qual se descobrem outros crimes não aventados.

Mesmo porque, quando se proíbe um fato, implicitamente ficam vedados todos os meios conducentes a realizar o ato condenado ou a iludir a disposição impeditiva. Com efeito, negar que se possa considerar a conduta provocada, mas admitir que as informações dela obtidas possam ser aproveitadas pela autoridade — que agiu ilicitamente, para chegar a outros dados que, sem tais informações, não colheria — evidentemente, é estimular, e não reprimir, o flagrante provocado.

A ilicitude original da prova transmite-se, por repercussão, a outros dados probatórios que nela se apoiem, dela derivem ou nela encontrem o seu fundamento causal (na doutrina portuguesa: efeito-à-distância), contaminando outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos direta ou indiretamente de conduta inaceitável.

Trata-se de situação não inédita no nosso ordenamento jurídico, como podemos observar no sistema das nulidades no direito processual penal, que adotou o princípio da causalidade, aliás, como reza o artigo 573, § 1º do Código de Processo Penal: "A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência", contaminando as provas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida.

Não mais vige, em toda sua inteireza, o princípio da busca da verdade real, de modo que devem ser impostas algumas restrições à obtenção da prova, a fim de que sejam respeitados os direitos personalíssimos e os direitos fundamentais. Ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra *Jurisprudência Criminal*, ser:

"Indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em estado de direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados" (*apud* STF, Ação Penal n. 307-3-DF, Plenário, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, de 13.10.95).

17.6 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A TEORIA DAS PROVAS

A teoria da não admissão das provas colhidas com infração às garantias constitucionais vem sendo atenuada paulatinamente por outra tendência: o chamado critério da proporcionalidade (na Alemanha) ou da razoabilidade (nos Estados Unidos da América), pelo qual, em certos casos, pode-se admitir a prova obtida de forma ilícita, tendo em vista a relevância do interesse público a ser preservado e protegido.

A esse respeito o professor Nelson Nery Junior leciona, com maestria, que:

"na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado"¹³⁵.

Em lapidar estudo sobre o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, o professor da casa, Willis Santiago Guerra Filho, registra que:

"Da mesma forma como em sede de teoria do direito os doutrinadores pátrios apenas começam a se tornarem cientes da distinção entre regras e princípios, antes referida, também aos poucos é que estudiosos do direito constitucional e demais ramos do

¹³⁵ *Proibição da prova ilícita: novas tendências do direito, justiça penal: crítica e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual*, coord. Jaques de Camargo Pentead, v. 4, p. 16.

direito vão se dando conta da necessidade, intrínseca ao bom funcionamento de um Estado Democrático de Direito, de se reconhecer e empregar o princípio da proporcionalidade, a *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, também chamada de “mandamento da proibição de excesso” (*Übermaßverbot*).
(...)

Inicialmente, vale sublinhar, com Dworkin, que conduzir uma argumentação utilizando princípios necessariamente resulta na tentativa de estabelecer algum direito fundamental, envolvido na questão, já que, segundo ele, *principles are proposition that describe rights*, pelo que se diferenciam de outro importante *standard* argumentativo, aquele que invoca políticas públicas (*policies*), que seriam *propositions that describes goals*. Tal distinção se afigura superada pela concepção, corrente na doutrina alemã, dos direitos fundamentais como dotados de uma **dupla dimensionalidade**: aquele **subjéctiva**, individual, a que tradicionalmente a eles vem associada, e uma outra, **objectiva**, que expressa valores almejados em toda a comunidade política.
(...)

O princípio da proporcionalidade, entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível, tem um conteúdo que se reparte em três ‘princípios parciais’ (*Teilgrundsätze*): ‘princípio da proporcionalidade em sentido estrito’ ou ‘máxima do sopesamento’ (*Abwägungsgebot*), ‘princípio da adequação’ e princípio da exibilidade’ ou ‘máxima do meio mais suave’ (*Gebot des Mildesten Mittels*).

O ‘princípio da proporcionalidade em sentido estrito’ determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o ‘conteúdo essencial’ (*Wesensgehalt*) de direito fundamental, como o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.
(...)

A acolhida extremamente favorável e a aplicação generalizada que tem merecido o princípio da proporcionalidade podem ser entendidas como resultado de um ambiente preparado pelas discussões jus-filosóficas de após a II Grande Guerra na Alemanha. Os horrores do regime nacional-socialista, praticados geralmente em obediência a determinações legais, levou a que pusesse em evidência a dimensão valorativa do Direito, bem como a que se buscasse em outras fontes que não apenas aquela legislativa, os critérios para sua correta aplicação. Por outro lado, o positivismo em suas diversas manifestações trouxe para o pensamento jurídico uma contribuição definitiva, ao preconizar a sua formulação dentro dos padrões rigorosos e racionais da ciência. Os estudos de metodologia jurídica têm por isso ocupado um lugar central na

filosofia do direito contemporâneo, em busca de como explicar o fenômeno jurídico sem abdicar de sua dimensão valorativa, nem cair no subjetivismo irracionalista que se costuma apontar como consequência do desrespeito à neutralidade ideológica.

Surgem, então, manifestações diversas no sentido de que o Direito deve ser tratado de acordo com cânones de uma racionalidade específica, não cartesiana, o que traz consigo a revalorização de disciplinas pré-modernas, dedicadas ao estudo da argumentação, como a Retórica e a Tópica, enquanto uma outra tendência se ocupa em explorar as possibilidades do pensamento analítico e axiomático para desenvolver uma lógica própria do discurso normativo.¹³⁶

Para os partidários dessa corrente, a qual nós, particularmente, nos filiamos, a prova colhida com infração aos direitos fundamentais do homem é inconstitucional e, em consequência, ineficaz. Todavia, a proibição é abrandada para admitir a prova viciada, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, portanto em casos concretos, se sua obtenção e admissão puder ser considerada como a única forma - possível e razoável - para proteger outros valores fundamentais, estes considerados mais urgentes na avaliação do caso concreto. Trata-se, portanto, de justiça de ponderação de valores, isto é, de uma proporção entre a violação da norma e os valores que a produção da prova podem proteger, por intermédio do processo. E, tratando-se de restrição de direitos, liberdades e garantias, deve levar em consideração, também, dois elementos: a exigibilidade e a adequação.

Idêntica posição jurídica foi seguida por outros juristas brasileiros¹³⁷.

O princípio da proporcionalidade está sendo adotado no Brasil, ainda que com certas restrições e timidez, sobretudo no processo civil e, de forma especial, nas questões relativas ao direito de família. Em matéria penal, o Superior Tribunal de Justiça o aplicou, em pelo menos dois julgados¹³⁸, sob o fundamento de que a vedação da prova ilícita é relativa. Mas o rejeitou, em outro *decisum*, sem não

¹³⁶ *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4ª ed, pp. 83-106.

¹³⁷ A exemplo dos notáveis processualistas Ada Pellegrini Grinover, Antonio Sacarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, in *As nulidades ...* pp. 160 e 161.

¹³⁸ HC 3.982, RSTJ 82/322 e ss., jun. 1996 e HC 4.138, RF 336/394, out./dez. 1996. Em ambos os recursos, foi relator o Ministro Adhemar Maciel.

antes ter invocado a relatividade do inciso XII (última parte) do art. 5º da Constituição da República¹³⁹.

O Supremo Tribunal Federal, de igual modo, adotou a teoria da proporcionalidade com a ressalva de que, no caso concreto analisado, a prova tida como ilícita não constituía o único elemento probatório¹⁴⁰.

Celso Ribeiro Bastos, por sua vez, assevera que o comando contido no inciso LVI do artigo 5º da Constituição da República "deve ceder naquelas hipóteses em que a sua observância intransigente levaria à uma lesão de um direito fundamental ainda mais valorado". Ele diz que, neste caso, "a prova a ser feita valer deve ser indispensável na defesa de um direito constitucional mais encarecido e valorizado pela Lei Maior do que aquele cuja violação se deu". E, mais, "é necessário que a produção desta prova se faça na defesa do réu e não a favor do Estado, entendido este como autor da ação penal". Porém, "a prova deve ser acolhida quando aquele que a exhibe não teve nenhuma participação, quer direta ou indireta, no evento inconstitucional que a ensejou". Ao final conclui que "estas regras abrem as portas para uma interpretação ponderada e equilibrada do Texto Constitucional, permitindo que se dê eficácia ao propósito de banir as provas ilícitas sem contudo extremar este princípio a ponto de se permitir a eficácia de outros direitos constitucionais também fartamente protegidos, como o de ampla defesa"¹⁴¹.

¹³⁹ MS 5.352-GO, j. 27.5.96, relator designado Min. Adhemar Maciel, RSTJ 90/359 e ss., fev. 1997. Tratava-se de marido traído que gravara conversa telefônica entre a esposa e o amante, do que resultou ação penal contra aquela, porque demonstrado que ministrava "Lexotan" às filhas para facilitar o relacionamento, na ausência do marido. Restou assentado que embora esta Turma já se tenha manifestado pela relatividade do inciso XII (última parte) do art. 5º da CF (HC 3.982/RJ), no caso concreto o marido não poderia ter gravado a conversa ao arripio de seu cônjuge. Ainda que impulsionado por motivo relevante, acabou por violar a intimidade individual de sua esposa, direito garantido constitucionalmente (art. 5º, X). Ademais, o STF tem considerado ilegal a gravação telefônica, mesmo com autorização judicial (o que não foi o caso), por falta de lei ordinária regulamentadora". Foi vencido o Min. Vicente Cernicchiaro, que entendeu que, no tocante à fidelidade conjugal, o comportamento de um dos cônjuges é do interesse do outro, daí porque, no caso concreto, a conduta da esposa não poderia ser interceptada por estranho, salvo o marido, que tem interesse também no seu comportamento e que não é estranho.

¹⁴⁰ HC 70.814-5, j. 1.3.94, relator Min. Celso de Mello, RT 709/418, nov. 1994. Decidiu aquela Corte que "a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitado o art. 41, § único, da Lei 7.210/84, proceder à interceptação de correspondência remetida aos sentenciados, porque a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas".

¹⁴¹ *Comentários à constituição federal brasileira*, v. II, p. 276.

Na mesma direção transita o pensamento de Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho¹⁴², para quem se deve preponderar o interesse jurídico mais valioso, sendo mais importante o direito à liberdade e à ampla defesa do que o direito à privacidade. A partir dessa premissa conclui que o imputado, em processo penal, pode produzir prova considerada ilícita, salientando, ainda, que, ao assim agir, estará ele acobertado por causas de exclusão de criminalidade, como o estado de necessidade ou a legítima defesa. Outra é a posição de Rogério Lauria Tucci, para quem “as provas obtidas por meios ilícitos, porque conseguidas ou produzidas por outros meios que não os estabelecidos em lei, por maior que seja a importância do direito individual a ser preservado, não têm como ser levadas em conta pelo órgão jurisdicional incumbido de definir a relação jurídica penal submetida à sua apreciação”¹⁴³.

17.7 AS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO NACIONAL

A doutrina brasileira dividiu-se, no decorrer do tempo, quanto à admissibilidade processual das provas ilícitas, prevalecendo o entendimento de que a produção, em juízo, de prova obtida de forma ilícita é inadmissível, porque ela deixa de ser legal ou moralmente legítima, nos termos do disposto no art. 332 do Código de Processo Civil.

Antes da Constituição da República de 1988, as Mesas de Processo Penal, atividade ligada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pronunciaram-se sobre o assunto, assentando que as provas ilícitas, que infringem normas e princípios constitucionais, são processualmente inadmissíveis; e que as provas colhidas de maneira ilícita, que beneficiem a defesa, podem ser utilizadas no processo penal¹⁴⁴.

¹⁴² *As nulidades...cit.*, p. 120.

²⁴ *Comentários à constituição federal brasileira*, v. II, p. 276.

¹⁴³ *Direitos e garantias individuais...*, p. 238.

¹⁴⁴ Súmulas 49 e 50 das Mesas de Processo Penal da USP.

O Supremo Tribunal Federal, nesse mesmo período, manifestou-se pela inadmissibilidade da prova ilícita, repudiando as interceptações telefônicas clandestinas, quer em matéria civil, quer em matéria penal.

O chamado "leading case" nessa matéria foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal na década de 1970¹⁴⁵, tendo prevalecido o voto do relator, Ministro Xavier de Albuquerque, no sentido de que a prova colhida por meio que não seja legal nem moralmente ilegítimo infringe a Constituição e as normas materiais e processuais, não devendo, portanto, ingressar nos autos. Essa Corte pronunciou-se também em caso criminal¹⁴⁶, decidindo que se a origem da prova produzida pela acusação não é revelada nem ao julgador, nem à defesa, é ela inadmissível no processo.

A Constituição da República de 1988 veda, de forma expressa, o ingresso, no processo, das "provas obtidas por meios ilícitos" (art. 5º, LVI), considerando, portanto, a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima. E estabeleceu, desde logo, sanção processual para a ilicitude material: a inadmissibilidade. Há, porém, uma exceção que vem determinada na própria Constituição. Referimo-nos ao inciso XII de seu artigo 5º, que expressa:

"É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

¹⁴⁵ RE 85.439, j. 11.11.1977, RTJ 84/609, maio 1978. Tratava-se de questão de família, versando sobre o desentranhamento de fitas gravadas pelo marido e resultantes de interceptação de conversa telefônica da mulher, utilizadas no processo de separação. As gravações foram feitas clandestinamente, sem autorização judicial, e tinham por objetivo provar o adultério praticado pela mulher, para o marido obter o desquite.

¹⁴⁶ HC 63.834, j. 18.12.86, relator Min. Célio Borja, RTJ 122/47 e ss., out. 1987. Apuravam-se fraudes praticadas contra o INAMPS e o advogado dos diretores de certo hospital, em São Paulo, requereu o depósito, na Secretaria de uma Vara da Justiça Federal, de três fitas gravadas, contendo o que afirmou serem conversas de grande importância para a elucidação dos fatos. O juiz determinou a realização de perícia, pela autoridade policial, para apurar acerca da legitimidade das fitas, bem assim, a critério dela, o indiciamento daqueles que entendesse responsáveis pelas fraudes. Ao mesmo tempo, assegurou ao advogado denunciante o direito de não revelar a origem das peças apresentadas. Disso resultou a intimação de médico funcionário da Previdência Social, para prestar esclarecimentos sobre as gravações. Ressaltou o Min. Francisco Rezek que, em muitas hipóteses de seqüestro a polícia age com licitude quando, a pedido do titular da linha telefônica que recebe a ligação, registra a chamada e procede, enfim, na conformidade das informações que aquela comunicação possa proporcionar. É o destinatário que está franqueando acesso a terceiros, no seu interesse. Contudo, na medida em que o terceiro entra clandestinamente em cena, tem-se configurado o ilícito. E não importa absolutamente saber se esse terceiro age por conta do órgão público ou entidade privada. E o inquérito foi trancado. Foi vencido, em parte, o Min. Aldir Passarinho, que entendeu ser possível a realização de diligências tendentes à obtenção de provas lícitas, sem desprezar os fatos até então apurados, embora com indícios decorrentes da prova ilícita.

É de se notar que, após o advento da Lei Maior, consolidou-se, na jurisprudência, a proibição do ingresso, no processo, da prova ilicitamente obtida. Já, a questão da prova ilícita por derivação, longe está de se pacificar.

Embora o Supremo Tribunal Federal venha mantendo o entendimento majoritário, pela inadmissibilidade da prova ilícita por derivação¹⁴⁷, percebe-se a tendência de mitigação da tese dos frutos da árvore envenenada, sob o argumento de que a prova ilícita, não sendo a única mencionada na denúncia, não compromete a validade das demais provas que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, integrem o conjunto probatório¹⁴⁸.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça tem afirmado ser possível a condenação, quando baseada em conjunto probatório variado e por si só suficiente para sustentar a denúncia, ainda que exista, nos autos, prova ilícita derivada¹⁴⁹.

17.7.1 Conseqüências processuais da admissão da prova ilícita

A Constituição da República Federativa do Brasil em vigor considera, de maneira taxativa, serem inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. Mas não estabelece qual a conseqüência que deriva da circunstância de, apesar da proibição, a prova ter sido admitida, vindo a ingressar no processo.

O certo é que as provas ilícitas, porque inadmissíveis, não podem ser tidas como prova. Como bem lembrado por Ada Pellegrini Grinover, Antonio

¹⁴⁷ HC 69.912, relator Min. Sepúlveda Pertence, RF 332/381, 4º trim. 1995. O primeiro julgamento rejeitou o habeas corpus por 6 x 5 votos, mas terminou anulado porque teve influência no resultado o voto do Min. Neri da Silveira, que foi declarado impedido; novamente discutida a matéria em plenário, sem o voto do Ministro impedido, registrou-se empate na votação, tendo a ordem sido concedida, prevalecendo o entendimento de que a ilicitude da interceptação telefônica (feita antes da lei regulamentadora do texto constitucional) contaminara as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta, nas quais se fundou a condenação. Disse o Ministro: Dada a patente relação genética entre os resultados da interceptação telefônica e as provas subseqüentemente colhidas, não é possível apegar-se a essas últimas – fruto da operação ilícita inicial – sem, de fato, emprestar relevância probatória à escuta vedada.

¹⁴⁸ RHC 74.807-4, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 20.6.97. Já decidiu o Corte Constitucional ser irrelevante a ilicitude se o provimento condenatório está lastreado nas demais provas dos autos. V., a propósito, HC 69.209, DJ 8.5.92, rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 141/924, set. 1992; HC 75.127, DJ 27.6.97.

¹⁴⁹ No HC 5.292, de que relator o Min. Anselmo Santiago, DJ 16.6.97, o Tribunal deixou assentado, em caso de extorsão mediante seqüestro, que “a escuta telefônica é apenas uma das diversas provas capazes de dar ensejo à denúncia, não sendo única nem indispensável no caso concreto”.

Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho "trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria da inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas; não têm aptidão para surgirem como provas, daí sua total ineficácia"¹⁵⁰.

A prova ilícita é inidônea, imprestável, destituída de qualquer eficácia jurídica, daí porque deve ser desentranhada do processo. E, caso não o tenha sido deverá ser desconsiderada no momento da decisão, e a causa julgada como se a prova não existisse¹⁵¹.

É de ser destacado, neste passo, que o Código de Processo Penal Militar, no artigo 375, determina o desentranhamento da correspondência particular, interceptada ou obtida por meios criminosos.

Anota, com inteira propriedade, Antonio Magalhães Gomes Filho¹⁵², que a noção de inadmissibilidade está ligada à questão da validade e eficácia dos atos processuais. Atua de forma antecipada, impedindo o ingresso, no processo, do ato irregular, razão pela qual deve abranger, não só o ingresso jurídico da prova no processo, mas também sua introdução material nos autos, evitando-se, com isso, influências indesejáveis sobre o convencimento do julgador. Já a nulidade visa a retirar os efeitos de um ato irregularmente praticado.

A sentença passada em julgado, que tiver se baseado em provas ilícitas, será nula e poderá ser desconstituída pela via da revisão criminal, caso em que o juízo rescisório poderá, examinando o mérito, absolver o imputado. Mas,

¹⁵⁰ *As nulidades...* cit., p. 121.

¹⁵¹ O Supremo Tribunal Federal determinou o desentranhamento da prova, no caso de captação clandestina de conversa telefônica (RExtr. 100.094-PR, j. 28.6.94, rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 110/798, nov. 1984). Famosa é, ainda, a decisão prolatada nos autos do Inquérito 731-9/141, em que figuraram como indicados Zélia Cardoso de Mello e Jorge Waldério Tenório Bandeira de Mello. Decidiu, naquele feito, que "reconhecida a ilicitude de prova constante dos autos, consequência imediata é o direito da parte, à qual possa essa prova prejudicar, a vê-la desentranhada". Tratava-se de prova tida como ilícita no julgamento da ação penal 307, e que fora utilizada pelo Ministério Público em outros dois inquéritos (731-5/140 e 918-1/140). Foi, em consequência, determinado o desentranhamento das peças concernentes à prova julgada ilícita, em ambos os inquéritos (Emb. Decl. no Inq. 731-9/141, rel. Min. Neri da Silveira, JSTF-Lex, 220/386, abril 1997). O Tribunal de Justiça de São Paulo, por seu turno, julgou improcedente a denúncia em caso em que a única prova da materialidade do delito fora obtida ilicitamente. Tratava-se de busca domiciliar efetuada durante a noite, sem autorização e baseada exclusivamente em denúncia anônima, não caracterizando, dessa forma, a fundada suspeita do flagrante (ap. 83.624-3, rel. Des. Dante Busana, RT 670/273, ago. 1991).

¹⁵² *direito à prova no processo penal*, pp. 93 a 95.

tratando-se de *habeas corpus*, a decisão de primeiro grau deverá ser anulada, com a indicação das provas viciadas, além da determinação de seu desentranhamento.

Não se pode olvidar, porém, que os Tribunais Superiores têm sustentado que a prova vedada não gerará a nulidade do processo, se a condenação não estiver fundada exclusivamente nela¹⁵³.

Assim, a referência, na sentença, sobre a existência de outras provas, aptas à condenação, seria suficiente para afastar a nulidade.

Tal entendimento, levado às últimas conseqüências, tolheria, a nosso ver, inteiramente, a eficácia da garantia constitucional. É preciso ter muita cautela quando prova ilícita integrar o conjunto probatório.

17.7.2 *Interceptações e gravações*

Para Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

“entende-se por interceptação a captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles. Se o meio utilizado for o “grampeamento” do telefone, tem-se a interceptação telefônica; se se tratar de captação de conversa por um gravador, colocado por terceiro, tem-se a interceptação entre presentes, também chamada de interceptação ambiental. Se um dos interlocutores grava a sua própria conversa, telefônica ou não, com o outro, sem o conhecimento deste, fala-se apenas em gravação clandestina”¹⁵⁴.

¹⁵³ HC 73.461, j. 11.6.96, rel. Min. Octavio Galotti, Informativo do STF de 10 a 14.06.96, que “se as provas que serviram de base à sentença e ao acórdão foram obtidas sem auxílio dos elementos informativos fornecidos pela escuta telefônica, não há falar em nulidade da condenação”.

¹⁵⁴ *As nulidades...cit.*, pp. 172 e 173. A partir dessa conceituação, os autores dividiram as várias modalidades de captação eletrônica da prova, destacando: a) interceptação da conversa telefônica por terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores; b) interceptação da conversa telefônica por terceiro, com anuência de um dos interlocutores; c) interceptação da conversa entre presentes, por terceiro, se o conhecimento de nenhum dos interlocutores; d) interceptação da conversa entre presentes por terceiro, com conhecimento de um ou alguns dos interlocutores; e) gravação clandestina da conversa telefônica por um dos sujeitos, sem o conhecimento do outro; f) gravação clandestina da conversa pessoal e direta, entre presentes, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro.

Salientam os autores supra que a interceptação (telefônica ou ambiental) exige sempre a intervenção de um terceiro, ocorrendo a escuta ou gravação enquanto a conversa se desenvolve, não desfigurando a natureza da interceptação o fato de um dos interlocutores saber que ela está ocorrendo.

Mas, para distinguir a hipótese de interceptação sem o conhecimento dos interlocutores, daquela feita com a anuência de um deles, os mesmos autores reservam a denominação de interceptação *stricto sensu* à primeira, e, à segunda, de escuta.

Os demais casos, que ocorrem quando um dos interlocutores grava sub-repticiamente sua própria conversa, seja telefônica ou entre presentes, não configuram interceptações, mas gravações clandestinas.

A Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamentou o inciso XII do art. 5º da Constituição da República, abarcou tanto a interceptação telefônica em sentido estrito quanto a escuta telefônica.

Aliás, nesse sentido se posicionam, dentre outros, Ada Pellegrini Grinover¹⁵⁵ e Luiz Flávio Gomes, asseverando este último que “a interceptação telefônica, devidamente autorizada, nos termos da Lei 9.296/96, constitui prova lícita e admissível; se não autorizada, configura crime, nos termos do art. 10 da mesma lei, e, ademais, é prova ilícita, sendo inadmissível, salvo em benefício da defesa. Essa disciplina jurídica é a mesma no que concerne à escuta telefônica: prova lícita se realizada conforme a lei nova, prova ilícita se concretizada sem autorização judicial, além de configurar, nesse caso, crime”¹⁵⁶.

Estão fora do regime jurídico instituído pela Lei 9.296/96, via de conseqüência, as interceptações entre presentes, também chamada interceptação ambiental, e as gravações clandestinas.

¹⁵⁵ O regime brasileiro das interceptações telefônicas, Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo: n. 17, pp. 114 e 115 (1º trimestre de 1997).

¹⁵⁶ Interceptação telefônica, p. 105.

17.7.2.1 Interceptação Telefônica no Brasil

O sistema constitucional brasileiro, à época da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, prescrevia a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, de maneira aparentemente absoluta (artigo 153, § 9º), salvo na hipótese de estado de sítio e de estado ou medidas de emergência (artigos 165, §2º, 158, §1º e 155).

A Constituição da República em vigor estabelece, no artigo 5º, inciso XII, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, “salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Frise-se que a exceção da inviolabilidade diz respeito, apenas, a comunicações telefônicas, para finalidade de investigação criminal e instrução processual penal. Com relação às demais formas indicadas pela Lei Maior, a inviolabilidade do sigilo se torna absoluta.

A primeira consequência do dispositivo constitucional é que a interceptação telefônica só poderá ser autorizada por ordem judicial, vinda de juízo criminal¹⁵⁷.

A segunda decorrência é a de que, para a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, deverão estar presentes os requisitos previstos na Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamentou a exceção prevista na Constituição¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Para o Tribunal de Justiça de São Paulo: “É da competência da Justiça Criminal a expedição de alvará judicial para a escuta telefônica que visa à investigação de fato tido como crime e a instauração de ação penal” (Ccomp. 11.393-0, C. Esp., j. 30.8.90, rel. Des. Freitas Camargo, RT 660/267, out. 1990).

¹⁵⁸ Por certo, não se pode afirmar que a Lei 9.034/95 (que, tratando da repressão ao crime organizado, autorizou a quebra do sigilo constitucional nos feitos que versem sobre ação praticada por organizações criminosas, relativamente ao acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, desde que a diligência seja realizada pelo juiz, sob sigilo de justiça) pudesse servir de fundamento para autorizar interceptações telefônicas.

O período que antecedeu a regulamentação foi de grande turbulência jurisprudencial, prevalecendo, no Supremo Tribunal Federal, o posicionamento, por estreita maioria, de que enquanto não sobreviesse lei regulamentadora da matéria, não poderia o juiz valer-se do Código de Telecomunicações para autorizar a interceptação telefônica, sendo, pois, ilícita a prova assim obtida¹⁵⁹.

Após o advento da Lei 9.296/96, o Supremo Tribunal Federal reapreciou o tema, tendo mantido o entendimento de que o art. 5º, XII, da Constituição da República não é auto-aplicável, daí porque a prova produzida em período anterior à regulamentação do aludido dispositivo é ilícita¹⁶⁰.

17.7.2.2 Gravação de Conversa entre Presentes

As gravações sub-reptícias de conversas entre presentes, efetuadas por terceiro, com o desconhecimento de todos os interlocutores ou de um deles, embora sejam interceptações em sentido técnico, não se enquadram, como visto, na disciplina do inciso XII do artigo 5º da Constituição da República, que cuida somente da quebra do sigilo das telecomunicações telefônicas. Mas, tratando-se de conversas confidenciais, as interceptações entre presentes infringem o direito à intimidade, também assegurado pela Constituição, no inciso X do mesmo artigo.

A Lei 9.296/96 perdeu a oportunidade de tratar das gravações sub-reptícias de conversas entre presentes, efetuadas por terceiro, com o desconhecimento de todos os interlocutores ou de um deles. Limitou-se a regulamentar as interceptações telefônicas, que, uma vez autorizadas, são lícitas e, seu resultado, admissível no processo.

¹⁵⁹ No HC 69.912-0, o Ministro Paulo Brossard proferiu longo voto, sustentando que a lei era necessária, mas que não tinha dúvidas de que, quando ela viesse, incluiria o tráfico ilícito de entorpecentes, que era discutido naquele feito, e votou pelo indeferimento do writ. A decisão, publicada no DJU de 26.11.93, foi anulada e depois substituída pela de 16.12.93, inserta na RF 332/229 e 381, 4º trim. 1995.

¹⁶⁰ 48. HC 74.639, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 27.6.97.

Na ausência de tratamento específico, afirmam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho¹⁶¹ que, via de regra, a prova obtida mediante interceptação ambiental será ilícita, por infringir o art. 5º, X, da Constituição da República, pelo menos enquanto não houver lei que discipline a matéria. Esta, no entanto, deverá resguardar devidamente as declarações espontâneas do suspeito ou acusado, sub-repticiamente gravadas, em face da prevalência da garantia constitucional do direito ao silêncio. No mesmo sentido manifesta-se Luiz Flávio Gomes¹⁶².

17.7.2.3 Gravações Clandestinas

A gravação clandestina de conversa feita por um dos interlocutores, quer de comunicação telefônica, quer de comunicação entre presentes, assim como a interceptação entre presentes, não se enquadra na garantia do art. 5º, XII, da Lei Maior. É a lição dos doutrinadores¹⁶³.

A jurisprudência e a doutrina se dividem quanto à licitude da captação clandestina de conversas próprias. A gravação em si, quando realizada por um dos interlocutores, que queira documentar a conversa tida com terceiro, não configura ilícito, ainda que o interlocutor desconheça sua ocorrência. Mas a divulgação da conversa pode caracterizar outra afronta à intimidade, qual seja, a violação de segredo.

Assim, o ato de gravar clandestinamente uma comunicação ou conversa própria não é crime, embora configure violação à intimidade alheia. Mas, a divulgação da conversa confidencial, como prova penal incriminadora, será ilícita (art. 153 do Código Penal). Contudo, se a prova for usada em defesa dos direitos violados ou ameaçados de quem gravou e divulgou a conversa, estará descaracterizada a ilicitude, pela ocorrência da justa causa¹⁶⁴.

¹⁶¹ *As nulidades...* cit., p. 195.

¹⁶² *interceptação telefônica...* cit., p. 111.

¹⁶³ *As nulidades...* cit., p. 196.

¹⁶⁴ No julgamento do HC 75.338-RJ, rel. Min. Nelson Jobim, j. 11.03.98, Informativo STF nº 102, março 1998, o Supremo Tribunal Federal, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, assentou que a inviolabilidade da intimidade não é absoluta, e considerou válida gravação de conversa telefônica como prova de crime em

Dentro desse contexto, não tem sido considerada ilícita a gravação sub-reptícia de conversa própria para comprovar a prática de extorsão, equiparando-se, nesse caso, a situação à de quem age em estado de legítima defesa, que exclui a antijuridicidade¹⁶⁵. A prova só será admissível para comprovar a inocência do extorquido, não deixando, porém, de configurar prova ilícita quanto ao sujeito ativo da tentativa de extorsão.

O mesmo se aplica à conversa entre presentes, gravada clandestinamente por pessoa diversa dos interlocutores: desde que seja confidencial, a divulgação poderá configurar violação de segredo.

A jurisprudência registra casos em que, distinguindo a interceptação telefônica da gravação de conversa própria com terceiro, admitiu esta última no processo¹⁶⁶.

Não se pode olvidar que a gravação de conversa sem conotação secreta ou privada, em que não haja violação do dever constitucional do sigilo, não configura prova ilícita, conforme já decidido pelo Excelso Pretório¹⁶⁷. Também é possível a utilização, como prova, de gravação de diálogo transcrito em local público, porque não está em causa a proibição inscrita no inciso XII do artigo da Constituição da República¹⁶⁸.

processo penal, porque feita por iniciativa de um dos interlocutores, para garantir o direito de defesa. Tratava-se de conversa telefônica gravada por um Tabelião, que estava sob investigação da Corregedoria da Justiça do Rio de Janeiro, na qual o juiz propunha o pagamento de propina em troca de influenciar a decisão da Corregedoria.

¹⁶⁵ Salienta, a propósito, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *sigilo nas comunicações. aspecto processual penal*, Boletim do IBCCRIM, nº 49, dez. 1996, p. 7, que “muitas vezes a chamada gravação clandestina exhibe-se qual meio de a vítima defender-se da injúria verbal, ameaça e da extorsão; ou de outros crimes, especialmente funcionais, como a concussão e a corrupção passiva, não esquecendo a ativa”.

¹⁶⁶ O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que a gravação de conversa em secretária eletrônica não pode ser qualificada de imoral, quando inexistente interferência de terceiro, daí porque, nesse caso, não há que se falar em violação ao princípio constitucional (AI 171.084, rel. Euclides de Oliveira, j. 24.3.92, RT 689/160 e ss., março 1993). Afirmou o Tribunal que “o que a Constituição veda é a interferência de terceiro no interior do diálogo, sem aceitação do comunicador ou do receptor. Aquilo que se denomina de interceptação, dando azo a gravação clandestina. Mas a conversa regular entre duas pessoas que se aceitam como comunicador e receptor, em livre expressão do pensamento, admite gravação por uma das partes, assim como seria possível gravar o teor de conversações diretas, sem uso de aparelho telefônico”. V., ainda, Cpar 126.826-3/0, j. 16.9.92, rel. Des. Denser de Sá, RT 693/341, julho 1993 e Ap. Crim. 67.256-3, j. 28.8.89, rel. Des. Correa Dias, RTJSP 122/466, 1º bim. 1990.

¹⁶⁷ RHC 67.058-0 -RS, j. 3.3.89, rel. Min. Francisco Rezek, RT 641/394, mar. 1989.

¹⁶⁸ HC 74.356-1, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 10.12.96, RT 743/550-553, set. 1997.

No que toca à prova oriunda da gravação magnética, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “da mácula de prova ilícita escapa a gravação telefônica feita por um dos interlocutores”¹⁶⁹, para admitir que a prova dela resultante não é ilícita, se a ela se juntarem outros elementos probatórios. Há de ser lembrado, ainda, que a gravação sub-reptícia do interrogatório do indiciado ou acusado, feita de maneira clandestina, contraria não só o direito à intimidade, como as regras de advertência quanto ao direito ao silêncio, garantido na constituição, daí porque não pode, sob qualquer hipótese, ser aceito.

No magistério de Luiz Flávio Gomes as gravações clandestinas não valem como prova, em princípio. Configuram prova ilícita na sua colheita, na sua obtenção, porque violam a intimidade. Logo, sendo provas ilícitas, são inadmissíveis no processo. Como provas incriminatórias não podem ser admitidas jamais, mas podem ser utilizadas em benefício do acusado, para provar sua inocência, em razão do critério da proporcionalidade¹⁷⁰.

Pela ilegalidade da prova produzida por meio de gravação clandestina de conversas, por violar a intimidade e a vida privada, manifestam-se, ainda, Ada Pellegrini Grinover¹⁷¹, Tourinho Filho¹⁷², Frederico Marques¹⁷³ e Mirabete¹⁷⁴, dentre outros. Ressalva, contudo, Eduardo Luiz Santos Cabette¹⁷⁵, com o que estamos inteiramente de acordo, que, em relação ao agente público, cuja fala foi gravada enquanto se achava no exercício de suas funções, não é possível fazer valer a garantia constitucional que se refere à sua vida privada, pois sua atuação pública deve ter o máximo de transparência possível. E o indivíduo que grava a atuação ilícita do agente público em suas funções está defendendo não só direito próprio, como também o interesse público.

¹⁶⁹ HC 4.654, j. 24.6.96, rel. Min. José Dantas, RT 738/570, abr. 1997. Tratava-se de gravação clandestina feita pela vítima, que era um dos interlocutores. Baseou-se o relator em jurisprudência existente naquela Corte, no sentido de que “a gravação sigilosa de conversa, quando realizada por um dos interlocutores, não se constitui em meio de prova *contra legem* de obtenção de prova, em afronta aos incisos X e XII do art. 5º da CF/88”.

¹⁷⁰ *Interceptação telefônica...*, pp. 106 e 107.

¹⁷¹ *As nulidades...*cit., p. 195.

¹⁷² TOURINHO, Fernando da Costa Filho, *processo penal*, 19. ed., v. 3, p. 228 e 232.

¹⁷³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. 2, p. 272.

¹⁷⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*, 8. ed., pp. 260-261. O autor lembra que os Tribunais admitem a gravação feita por terceiro de conversa mantida em local público e a gravação em fita magnética de conversa entre duas pessoas, desde que gravada por um deles.

¹⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et all. *Gravações clandestinas e ambientais. Tutela constitucional da intimidade e os agentes públicos*, Boletim do IBCCRIM, nº 65, p. 5, abril 1998.

Creemos que a gravação através de fita magnética da própria conversa particular com terceiro só pode ser admitida como prova se for para defender direitos do interlocutor que efetua a gravação. É que há quebra de privacidade, além de ser meio moralmente reprovável a gravação com o desconhecimento do interlocutor. Uma coisa é a pessoa externar seu pensamento sem saber da gravação; outra, bem distinta, é fazê-lo com conhecimento.

Em síntese: a gravação clandestina de conversa feita por um dos interlocutores, quer de comunicação telefônica, quer entre presentes, não é atingida pela vedação constitucional (inciso XII do artigo 5º da CF/88). Mas, dependendo da sua natureza, pode constituir violação à intimidade (inciso X do artigo 5º da CF/88), e a consequência será, em regra, a ilicitude.

Para Luiz Antonio Soares Hentz, “o perfeito equilíbrio entre o direito e o dever do cidadão se adquirirá somente com o respeito às bases sobre que repousa o Estado brasileiro. Banidas do processo penal provas ilícitas como a gravação clandestina, ganha-se a confiança nas instituições – indispensável confiança para um País que ainda engatinha no caminho da democracia, sob cujo regime o povo tem o direito de ver respeitada a sua Constituição”¹⁷⁶.

17.7.2.4 Outras Situações em Configuram a Prova Ilícita nas Relações de Trabalho

São ilícitas, por vulnerar as garantias constitucionais, todas as provas obtidas nas relações trabalhistas que violem as garantias e os princípios constitucionais inerentes à dignidade da pessoa humana.

Assim, a obtenção de declaração, documento, gravação, correspondência, enfim todo e qualquer meio de prova nas relações de trabalho com o emprego de tortura, coação física, coação financeira, coação moral; mediante invasão de privacidade, como captação de imagem ou som por meio de câmaras escondidas, violação de correspondências tangíveis e pelo emprego da informática

¹⁷⁶ *Gravação clandestina: prova no processo penal*, Boletim do IBCCRIM, n. 30, p. 4, , jun. 1995.

(e-mail pessoal). Também são ilícitas as provas obtidas mediante emprego de revistas íntimas desproporcionais, etc.

Contudo, mediante análise de caso concreto e com o emprego do princípio da proporcionalidade, é possível admitir como meio de prova e-mail corporativo, pois este é pertinente ao poder diretivo empresarial. Em casos extremos, como naqueles em que há fundada suspeita de que um trabalhador esteja repassando informações sigilosas da empresa é possível utilizar como prova gravações de imagens e sons.

17.7.2.5 O empréstimo e valoração da prova ilícita

Tema intimamente relacionado à questão do contraditório na produção das provas diz respeito à chamada prova emprestada. Como apoio nas palavras de Jeremias Bentham, por prova emprestada deve-se entender aquela que é colhida em um processo e, depois, transportada documentalmente para outro, com a finalidade de, neste, produzir efeitos¹⁷⁷.

Como as provas em geral, também a chamada prova emprestada submete-se aos princípios constitucionais que regem a matéria, por isso mesmo, ponderam os professores Grinover, Scarance e Gomes Filho;

“o primeiro requisito constitucional de admissibilidade da prova emprestada é o de ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes ou, ao menos, em processo em que tenha figurado como parte aquele contra quem se pretende fazer valer a prova. Isso porque o princípio constitucional do contraditório exige que a prova emprestada somente possa ter valia se produzida, no primeiro processo, perante quem suportará seus efeitos no segundo, com a possibilidade de ter contado, naquele, com todos os meios possíveis de contrariá-la. Em hipótese alguma poderá a prova emprestada gerar efeitos contra quem não tenha participado da prova no processo originário”¹⁷⁸.

¹⁷⁷ *Tratado de las pruebas judiciales. Tratado de los sofismas político*. obras selectas, tomo I

¹⁷⁸ *As nulidades* pp. 147 e 148.

É idêntica a posição da jurisprudência:

“(...)

III. Prova emprestada e garantia do contraditório. A garantia constitucional do contraditório – ao lado, quando for o caso, do princípio do juiz natural – é o obstáculo mais freqüentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada de outro processo, no qual pelo menos, não tenha sido parte aquele contra quem se pretenda fazê-la valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de provir a prova de procedimento a que estranho a parte contra a qual se pretende utilizá-lo só tem relevo, se se cuida de prova que – não fora o seu traslado para o processo – nele se devesse produzir no curso da instrução contraditória, com a presença e a intervenção das partes....” (STF, RE 328.238-MG, 1^o T. , rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 17.10.2003, p. 508).

“Havendo indícios de que a produção de provas não foi realizada sob a presidência do Juiz do processo, em ato do qual não participaram as partes, com patente inobservância do devido processo legal e do contraditório, a prova emprestada deve ser qualificada como ilícita, desprovida de qualquer eficácia, eivada de nulidade absoluta, insusceptível de ser sanada por força da preclusão” (STJ – REsp – Rel. Min. Vicente Leal – RT 743/589).

Novo questionamento deve ser feito no campo da prova emprestada, qual seja: é válida a prova emprestada, isto é, aquela extraída de um processo penal ou de instrução criminal e depois transportada para servir de prova em processo do trabalho ?

Por sua própria redação, o inciso XII do artigo 5^o da Constituição Federal diz que "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". Essa disposição constitucional levou a erro a quase unanimidade dos constitucionalistas e penalistas brasileiros, que entendiam que o citado inciso XII contemplava 4 (quatro) hipóteses de inviolabilidade, a saber: a) da correspondência; b) das comunicações telegráficas; c) de dados e d) das comunicações telefônicas e apenas no último caso (comunicações telefônicas) a inviolabilidade não seria absoluta, e sim relativa, dependendo, todavia, de lei que ainda não existia, antes de 1996, disciplinando os casos e formas em que se daria a quebra, por ordem judicial.

O Min. Marco Aurélio, do STF, na petição nº 577, em 25.03.92, foi quem demonstrou o verdadeiramente sentido e alcance do inciso XII do art. 5º da CF/88, ao dizer que, na verdade, contempla apenas dois (2) casos, divididos cada um, em duas situações, e não quatro (4), a saber: 1º) sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas; 2º) dados e comunicações telefônicas. A 1ª hipótese (sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas) é absolutamente inviolável, vale dizer, nenhuma lei antiga ou nova, poderá admitir violação nas referidas matérias. Já na 2ª hipótese que engloba o sigilo de dados e de comunicações telefônicas, a inviolabilidade é relativa. É que, em relação às comunicações telefônicas, a própria Constituição previa a possibilidade de permitir a produção de prova: instruir ação penal ou inquérito policial, desde antes de ser produzida (ou colhida) era indispensável a autorização pelo juiz da vara penal competente. A partir da Lei 9.296/96, segundo Nelson Nery Junior, a Constituição Federal “assegura ser possível o Juízo Cível valer-se da chamada prova emprestada da ação penal, desde que a parte contra quem se vai produzir a prova obtida através de escuta, seja a mesma em ambas as esferas e se observe o princípio do contraditório, em respeito à unidade da jurisdição”¹⁷⁹.

Nossa posição é idêntica à do professor Nelson Nery – de ser possível o juiz do trabalhista deferir/determinar que no processo do trabalho possa ser utilizada, como prova emprestada, o material colhido em ação penal ou investigação criminal, desde que a prova obtida por meio de escuta telefônica autorizada pelo juiz da vara criminal competente, pois neste caso a prova colhida no juízo criminal é lícita, desde o momento em que foi editada a lei ordinária assim prevendo. É evidente que deve ser preenchido outro requisito para o uso da prova emprestada: o do contraditório. De forma que o resultado da escuta telefônica autorizada pelo juiz criminal seja produzida contra quem participou do diálogo que foi gravado.

Em sentido contrário, é a posição Greco Filho, para quem a prova emprestada só será válida para a execução civil da sentença penal condenatória com o fim de reparação do dano, na medida em que não mais se discute ou se examina a prova colhida por meio de interceptação¹⁸⁰.

¹⁷⁹ *Princípios do processo civil na constituição federal*, 3a.edição, pp. 159 e 160.

¹⁸⁰ *Interceptação telefônica*, p. 24.

Para Vicente Cernicchiaro

"Toda investigação de prova, obrigatoriamente, passa, insista-se, pelo crivo do contraditório. Em consequência, a parte precisa ser cientificada da indicação, produção e autorizada a assistir a coleta. Só assim, ter-se-á o princípio realizado substancialmente. Além disso, a parte pode participar dessa atividade, sendo-lhe consentida, por exemplo, reinquirir testemunhas, acompanhar diligências, sugerir quesitos para a perícia. A prova, portanto, é regulada pelo Direito, que, no dizer de Franco Cordeiro, fixa as condições de admissibilidade e o modo de formação. A prova recolhida em um processo não pode, como tal, ser utilizada em outro. Um processo não transfere (empresta) a prova para outro... A prova emprestada, portanto, é apenas um fato, suscetível de ser objeto de prova. A distinção não é meramente acadêmica. Como toda prova urge passar pelo contraditório; a parte tem direito à produção *secundum ius*. Efeito prático: se assim não ocorrer, cumpre ser repelida, sob pena de invalidade: contrasta com o devido processo legal... O leigo, tantas vezes, não compreende as normas jurídicas. Tem-na como excessivamente formalista, dificultando a conclusão do processo. Assim o é por não perceber que atrás de um dispositivo legal (notadamente constitucional - sentido restrito) está presente um valor, penosamente conquistado no passar dos séculos. Em poucas palavras: empresta-se o fato. A prova, não. Há de ser colhida conforme o ritual jurídico para determinado processo"¹⁸¹.

O STF e o STJ posicionaram-se no sentido de que, quando não sabatinada pelas mesmas partes, portanto, com observância do contraditório e ampla defesa, deve ser considerada em caráter adinicular (STF, HC 72295, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 27.10.95, p.36332, Ementário vol. 01806-02, p. 251) e pode ensejar condenação quando não for a única prova colhida (STF HC 7707, julgado em 07.II.1989, DJU de 14.08.92, p. 12.225, ementário vol. 1670-01, p. 178, Rel. Min. Celso de Mello). A contrário senso, pode ensejar condenação quando foi (a prova emprestada) submetida ao crivo do contraditório e ampla defesa, pelas mesmas partes (STJ, RESP n.94798, DJU 07.04.96, p. 11.182, relator Min. Vicente Leal).

Esse critério de valoração da prova, largamente usado na Alemanha e nos Estados Unidos da América, como nos ensinaram as várias lições transcritas no presente e modesto trabalho, é o mais eficaz e eficiente porque faz justiça verdadeira ao caso concreto.

¹⁸¹ *Correio brasiliense*, de 2 de setembro de 1996:

CAPÍTULO XVIII

PROVAS ATÍPICAS

18.1 Considerações iniciais

O sistema jurídico brasileiro orienta-se pela atipicidade dos meios de prova, pois o rol contido no art. 212 do Código Civil não é taxativo, como também são enunciativos os meios de provas tipificados nos arts. 342 a 443 do Código de Processo Civil. Estão tipificados nessas duas codificações como meios de prova: a confissão, a prova documental, a prova testemunhal, a prova pericial e a inspeção judicial.

E, para alguns, ainda as presunções e os indícios, que na nossa visão não são meios de prova e sim métodos indutivos de raciocínio.

O anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado pelos membros do Instituto Brasileiro de Processos Coletivos, encaminhado ao Ministério da Justiça, prevê no *caput* de seu art. 10 outro meio de prova: a prova por estatística ou amostragem.

Mesmo primando pela atipicidade dos meios de prova, não há dúvida alguma de que quando se fala em prova atípica vem à mente sempre o questionamento: o que é prova atípica?

Entende-se por provas atípicas, todas aquelas que não estão nominadas na CLT, no Código Civil, no Código de Processo Civil e nas leis complementares. Cândido Rangel Dinamarco esclarece, com pena de mestre, que além dos meios de prova típicos, que são os elencados e disciplinados em lei, outros podem ser admitidos no processo civil, posto que não elencados nem disciplinados por lei alguma, desde que moralmente legítimos¹⁸².

¹⁸² *Instituições ...*vol. III, p. 94.

Vê-se, assim, que a primeira exigência imposta à admissão da prova atípica está na sua moralidade. A moralidade da prova está direcionada ao seu conteúdo ético, de forma que todo meio de prova que violar preceitos éticos é amoral, portanto ilegal.

18.2 ALGUNS MEIOS DE PROVAS NÃO TIPIFICADOS NO SISTEMA

18.2.1 Inquirição de testemunhas técnicas

Quando a natureza do fato controvertido, relevante e pertinente permitir, dispõe o § 2º do art. 421 do CPC que a perícia poderá consistir apenas na inquirição, pelo juiz da causa, do perito e dos assistentes técnicos, por ocasião da audiência de instrução e julgamento, a respeito das coisas que houverem informalmente examinadas ou avaliadas.

Esse meio de prova, conceituado pela doutrina como inquirição de testemunhas técnicas, pode ser utilizado na Justiça do Trabalho com grande proveito, a exemplo da inquirição de quem detém conhecimento técnico sobre EPI's ou sobre os materiais utilizados no fabrico de EPI's, por exemplo.

18.2.2 constatações realizadas por Oficial de Justiça

A constatação realizada por Oficial de Justiça em cumprimento a diligência ordenada por Juiz do Trabalho é, sem dúvida alguma, idôneo meio de prova, mas nem por isso está tipificado no sistema, sendo, portanto, meio de prova atípico.

Esse meio de prova é largamente utilizado na esfera da Justiça do Trabalho em todas as fases, sendo mais freqüente seu uso na execução, embora possa ser utilizado na fase de conhecimento.

Na execução é freqüente o juiz ordenar ao Oficial de Justiça que constate a situação de um bem penhorado, a localidade em que este se encontra, se alguém reside nesta ou naquela localidade. É sistemático o seu empregado para colher elementos necessários à formação da convicção do juiz para despensar a devedora, etc.

Também é corrente o uso desse meio de prova para decidir sobre sucessão, para ferir, dentre outros fatos, se o mobiliário do novo estabelecimento é o mesmo do antigo, se o novo estabelecimento foi beneficiado com a cliente do antigo estabelecimento, e assim por diante.

No processo de conhecimento, presenciamos o uso desse meio de prova com pleno êxito. Éramos advogados e nessa qualidade comparecemos na audiência designada. Ao abrir a audiência, a magistrada do trabalho que a presidia, disse-nos que havia um pedido de adiamento da audiência porque o reclamado sofreu uma queda e em razão da qual machucou e estava impossibilitado de comparecer naquela audiência. Nosso cliente disse-nos, imediatamente, que estranhava a informação, porque poucos minutos antes havia parado no semáforo ao lado do reclamado, ocasião em que este acenou-se, deu um sorriso e partiu em direção à empresa. A Juíza ouviu o relato e perguntou-nos se tinha algum requerimento a ser formulado ou se concordávamos com o pedido de adiamento. Pedimos a ela que, diante da informação de nosso cliente, fosse constatada a veracidade ou não da alegação do reclamado com a suspensão da audiência. O pedido foi deferido, e o Oficial de Justiça constatou que o reclamado estava andando normalmente e o acompanhou por todo o pátio da empresa. Diante dessa constatação, a Juíza considerou o reclamado revel e confesso, decisão que foi confirmada pela instância superior.

Este relato demonstra que é possível adotar o meio de prova atípico também na fase de conhecimento.

18.2.3 Pareceres técnicos

O art. 427 do CPC autoriza o juiz da causa deixar de ordenar a realização de perícia técnica quando as partes trouxerem, na petição inicial e na defesa, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes para esclarecer as matérias sobre fatos.

O uso de manifestação constante em parecer técnico, jurídico ou não, como fundamentação da sentença não é causa de nulidade da sentença.

Embora não seja muito usual, não é vedado o uso desse meio de prova atípico no processo do trabalho.

18.2.4 As chamadas perícias técnicas realizadas pela polícia e auditoria particular

A rigor, rigoroso, a perícia técnica realizada por pela polícia judiciária ou científica não pode ser classificada como a prova pericial de que cuidam os arts 420 a 439 do CPC, e quase sempre não se submete ao contraditório. A auditoria particular também não se submete ao contraditório nem conta com a atuação de um auxiliar de cada parte.

Nem por isso tais procedimentos deixam de influir no convencimento do julgador.

18.2.5 Comportamento processual das partes

É dever de todos colaborar com o Poder Judiciário no descobrimento da verdade, e é dever dos sujeitos da relação processual atuar com ética e respeito mútuos.

Embora esses mandamentos sejam elementares, podem ocorrer de eles serem desrespeitados, e quando isto ocorrer é dever do magistrado tomar as

medidas que se fizerem necessárias e suficientes para reprimi-los, nem mais nem menos. Não é recomendável que o juiz aplique sanções rigorosas a alguém sob qualquer pretexto, e menos ainda sob o fundamento de que sua decisão servirá de lição. Se assim o fizer, está o juiz sendo injusto com aquela pessoa que foi punida. A tal punição exemplar deve ser banida de uma vez por todas do cardápio do Poder Judiciário, pois é injusta e desproporcional com aquele que cometeu a falta, não atendendo, portanto, as exigências de uma dosimetria penal justa.

Voltando para o tema, é lícito o juiz valer-se do comportamento processual das partes como meio de prova. É o caso, por exemplo, do processo simulado e do processo fraudulento.

Constando-se o magistrado condutor do processo, pelas circunstâncias do caso concreto, de que as partes se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos da parte (art. 129 do CPC).

Além de proferir sentença que extingue o processo sem resolução de mérito, o magistrado deve considerá-los litigantes de má-fé (art. 17, III, do CPC) e puni-los na forma do art. 18 do CPC. Todas essas medidas serão tomadas com base no comportamento processual das partes.

18.2.6 Prova emprestada

18.2.6.1 conceito e forma de ingresso no segundo processo

Em regra, as provas são produzidas nos autos de cada processo para, no seu conjunto, formar o convencimento motivado do órgão julgador (juiz ou tribunal). Nada obstante, não são raras as vezes em que a prova é produzida nos autos de um processo e, depois, por diversas razões, é trasladada para os autos de outro, com a finalidade de constituir idôneo meio de prova neste.

Entre as razões que permitem a prova emprestada, destacam-se o menor dispêndio de tempo e de dinheiro e a facilitação de acesso – no plano material – de todos a uma tutela jurisdicional eficaz, adequada, tempestiva e justa.

Nesse sentido, prova emprestada é, nas palavras de Jeremias Bentham, citadas por Moacyr Amaral Santos, aquela que “já foi feita juridicamente, mas em outra causa, da qual se extrai para aplicá-la à causa em questão”¹⁸³. Ou nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

“aquela que é produzida num processo, sendo depois transportada documentalmente para outro, visando gerar efeitos neste”¹⁸⁴. Consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento de atividade probatória anteriormente desenvolvida, através do traslado dos elementos que a documentaram”¹⁸⁵.

A prova emprestada é extraída do primeiro processo e levada ao segundo sempre sob a *forma* documental, sem, contudo, perder a sua característica própria, isto é, a sua natureza como produzida no processo de origem.

Nas palavras de Talamini:

“são trazidos do primeiro processo todos os elementos documentais em que se consignou a atividade probatória a ser reaproveitada. ‘Toma-se emprestada’ perícia elaborada em outro processo, através da juntada de cópias autenticadas das folhas de que constam: a decisão definidora do objeto da perícia; os quesitos formulados pelas partes e (ou) pelo Juiz; o laudo pericial; os possíveis quesitos de esclarecimento do laudo e sua resposta; as manifestações dos assistentes técnicos; o eventual termo de ouvida do perito e dos assistentes em audiência – e assim por diante. Igualmente, caso se empreste prova testemunhal, trasladam-se reproduções de todas as folhas dos autos do primeiro processo que documentaram a produção dessa prova. É indispensável o transporte de todas as peças atinentes à atividade probatória objeto do empréstimo ou de certidão com esse teor. Apenas assim o juiz do segundo processo poderá verificar a presença dos requisitos de legitimidade da prova emprestada. Mais do que isso, só desta forma ele poderá valorá-la adequadamente”¹⁸⁶.

¹⁸³ Apud Moacyr Amaral Santos. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5.ed, volume I, p. 351.

¹⁸⁴ *As nulidades no processo penal*. 8.ed, pp. 122-124.

¹⁸⁵ TALAMINI, Eduardo. *Prova emprestada no processo civil e penal*. Repró 91/93-114.

¹⁸⁶ TALAMINI, Eduardo. Opus cit. p. 93.

Hernando Devis Echandia posiciona-se de forma parcialmente contrária ao afirmar que “é conveniente”, “mas não necessário” a juntada de todas as peças do processo atinentes ao meio de prova a ser transportado para o segundo processo, porque, segundo ele, “seria presumível” a validade da prova que emprestou, e que cabe à parte contrária o ônus de provar o vício existente no processo anterior.

Parece-nos mais acertada a opinião de Talamini na medida em que a validade do meio de prova transportado (emprestado) para o segundo processo só é verificável com a apresentação de todos os documentos inerentes ao *iter* probatório para uma completa e adequada valoração dos meios de prova. Daí, como ressaltou Talamini com maestria em seu artigo doutrinário citado, se a produção original da prova for inválida em face de algum aspecto *externo* ao procedimento probatório, como por exemplo a nulidade ou inexistência de citação, então, sim, será ônus da parte contrária a que produziu a prova emprestada comprovar a existência do defeito.

Embora o transporte seja feito por documento, a prova emprestada não é simples documento. Ela tem a *potencialidade* de assumir a mesma eficácia probatória, no segundo processo, que teria naquele em que foi produzida, isto é, mantém-se a *essência* que adquiriu no processo originário. Em razão disso, o órgão julgador, ao apreciar a prova emprestada por ocasião do julgamento, deverá atribuir-lhe o mesmo peso que esta teria, se houvesse sido originariamente produzida no segundo processo.

Em decorrência disso, pode-se antecipar que o traslado de prova documental produzida no primeiro processo para ser apresentada no segundo processo não constitui o que a doutrina e a jurisprudência convencionaram chamar de prova emprestada.

18.2.6.2 requisitos de admissibilidade:

a)- respeito ao princípio do contraditório

O primeiro requisito constitucional de admissibilidade da prova emprestada é o de ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes ou, pelo menos, em processo em que tenha participado como parte aquele contra quem se pretenda fazer valer a prova.

Em outras palavras: as partes do segundo processo têm de haver participado, em contraditório, do primeiro processo, ou pelo menos a parte contra quem vai ser usada esta prova tem de ter participado do primeiro processo. Mas não basta mera participação no processo anterior: é preciso que o grau de contraditório e de cognição do processo anterior (do primeiro processo, portanto) tenha sido, no mínimo, tão intenso quanto o que haveria no segundo processo. Por exemplo, pode ser inadmissível o empréstimo de elementos probatórios produzidos em procedimento de jurisdição voluntária que dispense o exame mais profundo das questões fáticas (v.g., inventário) para outro de jurisdição contenciosa.¹⁸⁷

Lembre-se, por fim, que a prova produzida em inquérito policial não pode ser emprestada, exceto se ocorreu o contraditório.

b)- observância da oralidade (mitigada)

Na medida em que se destina a conferir rapidez ao procedimento – desembocando no princípio da celeridade – e à melhor formação do convencimento do juiz (e, portanto, uma resposta mais justa), a oralidade tem suporte constitucional na garantia da adequada tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV) e do devido processo legal (art. 5º, LIV). Nas precisas palavras de Eduardo Talamini:

“Mas, em si mesma, a oralidade não é garantia constitucional direta e absoluta. É sempre desdobramento e maio de consecução de outros valores, estes sim, constitucionais. Daí que ela jamais pode ser imposta em termos absolutos. Cede espaço toda vez que existam outros mecanismos mais adequados ao conseguimento dos mesmos fins por ela visados – o que, aliás, é inerente ao Direito”¹⁸⁸.

¹⁸⁷ TALAMINI, Eduardo, Opus cit. p. 97.

¹⁸⁸ Opus cit. p. 98.

A prova emprestada insere-se no quadro em que é permitida a mitigação do princípio da oralidade sem, contudo, abandoná-lo. É levado em consideração, para definir a possibilidade do empréstimo de prova, a peculiaridade de cada meio de prova que será emprestado para o segundo processo. E todos nós sabemos que existem vários casos em que não há imediação entre o juiz que irá proferir o julgamento e a prova colhida, com ocorre com a prova produzida por meio de carta, com a substituição de juiz no curso do processo.

Exatamente por isso, que também é possível o empréstimo de inspeção judicial. Mesmo sendo a imediação inerente à inspeção judicial, esta só tem valor específico e diferenciado quando realizada por quem irá julgar o feito. Isso, contudo, não obsta o seu empréstimo, embora seja a única prova que, se emprestada, não tem absolutamente como manter o valor originário (o que a afasta do aspecto comum aos demais empréstimos de prova), como observa Talamini.

c)- respeito aos princípios do juiz natural e da inafastabilidade da jurisdição

A prova, para ser emprestada, precisa ser produzida perante o juiz que também é competente para o julgamento do segundo processo?

A resposta é dada pelo § 2º do art. 113 do CPC, segundo o qual são nulos apenas os atos decisórios praticado pelo juiz incompetente. Se considerar constitucional essa regra, não há vedação para o empréstimo de prova produzida perante juiz incompetente.

Sucedo que há controvérsia doutrinária e jurisprudencial a esse respeito. Na realidade, existem 4 correntes, a saber:

A)- Para a primeira corrente, seriam nulos (ou inexistentes) em qualquer caso, por ofensa à garantia do juiz competente: a lei infraconstitucional não poderia abrir exceção não prevista na Constituição. Em outras palavras: a norma prescrita no § 2º do art. 113 do CPC é inconstitucional;

B)- Para a segunda corrente, seriam nulos (ou inexistentes) apenas nos casos de violação às normas constitucionais de repartição de competências; quando a incompetência decorresse de ofensa a norma infraconstitucional, seria aplicável a regra do aproveitamento dos atos não decisórios igualmente estabelecido em âmbito infraconstitucional;

C)- Para a terceira corrente, seriam nulos (ou inexistentes) somente nos casos em que os processos fossem instaurados perante a “Justiça Especial” quando competente a “Justiça Comum”, vez que só os órgãos desta estariam idealmente investidos de toda a jurisdição; e

D)- Finalmente, para a quarta corrente, seria sempre válidos, vez que a Constituição limita-se a repartir competências: a economia processual justificaria o estabelecimento de regras infraconstitucionais de aproveitamento dos atos não decisórios. Em suma: o § 2º do art. 113 do CPC é constitucional.

A esmagadora maioria dos doutrinadores acolhe a última corrente.

d)- admissibilidade da prova por normas legais

Exige-se que a prova no primeiro processo tenha sido regularmente colhida, para que possa ser emprestada ao segundo processo.

Essa regularidade refere-se:

I)- Ao momento do encarte da prova no primeiro processo, isto é, ao momento processual adequado de produção. A prova produzida quando já havia operada a preclusão não pode ser transportada para o segundo processo;

II)- À observância no segundo processo das normas que disciplinam a *admissibilidade* da prova em sua essência originária. Não é possível, por exemplo, o

empréstimo de prova testemunhal para comprovar fatos, no segundo processo, que não admitem a prova através de testemunha (CPC, art. 401);

III)- À liceidade material da prova. A prova considerada com ilícita quando ao modo de sua colheita, isto é, no plano material, não pode ser objeto de empréstimo. Mas a prova produzida em processo criminal com autorização judicial, a exemplo de escuta telefônica, pode ser trasladada e em seguida emprestada ao processo civil, porque a autorização judicial a torna lícita no plano penal.

e)- identidade ou semelhança do fato probando nos dois processos.

Embora não seja requisito específico da prova emprestada, a ausência de pertinência genérica do fato probando nos dois processo leva à irrelevância da prova, com o que sequer pode ser admitida (arts. 131 e 332 do CPC).

18.2.6.3 valoração da prova emprestada

O juiz do segundo processo tem liberdade em valorar a prova emprestada, podendo dar-lhe valor diverso daquele que foi dado pelo juiz do processo originário.

18.2.6.4 provas que não podem ser emprestadas

A prova documental não é objeto de empréstimo.

Embora seja possível o empréstimo de depoimento pessoal, desde que presentes os requisitos constitucionais e legais, é excluída dessa afirmação a confissão ficta ou presumida, que, quando cabível, não é mais que consequência da preclusão da possibilidade de cumprimento de um ônus, por isso é limitada ao processo em que ocorre.

Também não pode ser emprestada a prova produzida em segredo de justiça, quando requerida por terceiro, porque este não tem conhecimento do que ocorreu no primeiro processo.

As partes do processo que tramitam sob segredo de justiça não poderão pretender o empréstimo de prova nele produzida para outro em que qualquer delas litigue contra terceiro, por afronta ao princípio do contraditório.

Na hipótese de empréstimo de prova do processo de publicidade restrita para outro envolvendo exatamente as mesmas partes, são duas as alternativas:

1ª)- embora integrante de processo que tramita sob segredo de justiça, a prova não implica a necessidade do sigilo – trasladando-a simplesmente; ou

2ª)- não sendo assim, passa a vigorar a publicidade restrita às partes e seus procuradores também no segundo processo. Neste último caso, o empréstimo não será possível se o segundo processo envolver litisconsorte ou assistente de qualquer das partes, a não ser que o segredo de justiça esteja tutelando quem pede o empréstimo de prova.

3ª PARTE

MANEJO PRÁTICO DAS PROVAS NO PROCESSO DO TRABALHO

CAPÍTULO XIX

MANEJO PRÁTICO DAS PROVAS NO PROCESSO DO TRABALHO

19.1 A PROVA DOS USOS E COSTUMES

Foi dito, em diversas passagens deste estudo, a prova, por um, alguns ou vários de seus meios, visa a convicção do julgador quanto a veracidade de uma das alegações sobre matéria de fato e, por exceção, o direito não nacional.

Uma das exceções prevista no art. 337 do CPC, refere-se a prova do direito decorrente dos usos e costumes, desde que o juiz da causa não o conheça ou que conhecendo esse direito, não conhece o período de sua vigência.

Adverta-se, antes de tudo, que os usos e costumes, somados, formam o direito consuetudinário que, para ser admitido como norma jurídica, exige o preenchimento dos seguintes requisitos:

- 1º)- sejam usados em períodos longos e de modo uniforme e constante numa dada relação de fato;
- 2º)- não sejam contrários à letra da lei;
- 3º)- a convicção generalizada da comunidade de que devem obedecê-los.

A prova da coexistência de tais requisitos, embora difícil, não é impossível, como aponta Moacyr Amaral Santos: “exatamente porque é difícil, não se deve criar embaraços à prova mesmo, devem ser facilitados todos os meios para esta, uma vez que admissíveis em juízo”¹⁸⁹.

¹⁸⁹ *Prova judiciária no cível e comercial*, 5ª ed., vol. I, p. 226.

O sistema jurídico nacional permite o emprego de todos os meios de prova nele previstos/permitidos para comprovar a existência, a validade e o alcance dos usos e costumes.

Conquanto palpitante, este tema é raramente discutido no âmbito da Justiça do Trabalho. O autor deste estudo presenciou, no transcurso de sua atividade profissional, a prática dos usos e costumes duradouros e uniformes na região norte do estado de Mato Grosso, dos quais se pode extrair norma jurídica: as transações, por vultosas que fossem, eram todas elas celebradas e cumpridas com base no grama de ouro, adotado como referência monetária ou era entregue o mineral *in natura*, obedecendo, sempre, a cotação diária local. Inclusive os acordos trabalhistas celebrados entre os trabalhadores no garimpo e os garimpeiros, devidamente homologados pela Justiça do Trabalho, eram fixados em ouro, com a faculdade de entregar o mineral ou a conversão da quantidade de gramas em espécie.

Os professores Nelson Nery e Rosa Nery registram uma casuística em que o Poder Judiciário permitiu a prova de contrato contra a regra limitadora do art. 401 do CPC, são deles as seguintes palavras:

“Direito consuetudinário. Segundo os usos e costumes determinantes no mercado de Barretos-SP, os negócios jurídicos de gado, por mais avultados que sejam, celebram-se dentro da maior confiança, verbalmente, sem que entre os contratantes haja troca de qualquer documento. Exigi-lo agora seria, além de introduzir nos meios locais um fato de dissociação, condenar de antemão ao malogro todos os processos judiciais que acaso se viessem a intentar relativos à compra de gado (RT 132/660).¹⁹⁰”

Os usos e costumes diferem, e muito, das presunções. Naqueles há conhecimento e respeito de todos, ou pelo menos da ampla maioria, sobre certo padrão de comportamento uniforme e duradouro gerado espontaneamente no ciclo social. Na presunção, ao contrário, não são todos os fatos que são conhecidos por alguém, mas apenas alguns deles – os fatos básicos – a partir dos quais torna-se possível a este alguém, mediante o emprego de raciocínio dedutivo, tirar a ilação

¹⁹⁰ Código de processo civil comentado ..., p 729.

acerca dos fatos desconhecidos para, ao depois, supor que os fatos desconhecidos ocorreram ou deveriam ter ocorridos de uma e não de outra maneira. Trata-se de juízo de ilação com base nas probabilidades.

19.2 PROVA TESTEMUNHAL E LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE TESTEMUNHAS

19.2.1 Considerações iniciais

Os conceitos de testemunha e de testemunho, bem como quem pode e quem não pode ser testemunha, foram mencionados no subitem 10.2.3 supra, ficando reservado para esta parte, que é prática, algumas outras questões.

19.2.2 Uso da prova testemunhal

Nos dissídios trabalhistas não há limitação quanto ao uso do meio de prova testemunhal em razão do valor do contrato, como é imposto aos negócios jurídicos em geral (arts. 227 do CC e 401 do CPC).

Contudo, existem limitações no tocante as matérias de fato que podem ser objeto da prova testemunhal, a exemplo da exigência do meio de prova pericial nas hipóteses descritas no art. 195 da CLT e, também, para os demais casos em que exigir conhecimento técnico científico para afastar a controvérsia de determinada matéria. Em todos estes casos, o próprio legislador escolheu o meio de prova pericial, ficando, portanto, vedado o uso de outros meios de prova.

Quando for da essência do negócio a escritura pública, não é permitido o uso do meio de prova testemunhal, por força do disposto no art. 366 do CPC. Esta regra tem ampla aplicação na fase de execução trabalhista, quando se discute a propriedade de determinado bem que foi penhorado/expropriado.

Fora estes casos pontuais, o meio de prova testemunhal é aceito para todas as demais matérias e produzido para formação da convicção do juiz do trabalho ou do juiz de direito investido nas atribuições da Justiça do Trabalho.

19.2.3 *Ouvir testemunha impedida ou suspeita é direito da parte ou faculdade do juiz?*

Em linha de princípio, não deveriam ser empregadas as regras do art. 405 do CPC, porque os obstáculos à inquirição de testemunha estão explícitos no art. 829 da CLT, de modo que não há lacuna a respeito desse tema, por isso não poderiam ser usados os critérios do CPC (art. 769 da CLT). No entanto uma observação se faz necessária: o art. 829 da CLT não estabelece limites claros sobre incapacidade, impedimento ou suspeição de alguém para atuar na Justiça do Trabalho como testemunha, como está bem delineado no CPC. E contendo a CLT um manancial de impropriedade técnica, é mais consentâneo com o atual estágio adotar as regras do CPC.

Colocados em confrontos os artigos 405 do CPC e 829 da CLT, ver-se-á que eles exprimem comandos diversos.

Consta no *caput* do art. 405 do CPC: “podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas”. A *contrário sensu* todas as pessoas incapazes, impedidas ou suspeitas *estão proibidas* por lei de testemunhar em processo judicial. Consequentemente, o sistema não assegura à parte que arrolou/conduziu o direito de *ouvir* aquela pessoa que seria testemunha, mas não porque encaixou em uma das hipóteses dos §§ 1º a 3º do art. 405 do CPC. A exceção contida no § 4º do art. 405 do CPC confirma essa interpretação, ao dispor: “Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; ...” Vê-se, assim, que a faculdade ouvir o *informante* é do juiz e não da parte, até porque é o juiz o destinatário da prova.

Em outro sentido, é a direção do art. 829 da CLT, ao dispor que “A testemunha que for parente até o terceiro grau civil, não prestará compromisso, e

seu depoimento valerá como simples informação”. Não há aqui faculdade outorgada ao juiz, mas um direito da parte que conduziu/arrolou o informante, pois o verbo “valerá” deve ser conjugado como imperativo, ou seja, o juiz tem o dever de ouvir o informante, cujas informações serão valoradas em sentença.

Além da previsão legal expressa, na leitura que fazemos do art. 829 da CLT, há outro dado que é mais relevante: para nós, o direito à prova é uma garantia constitucional conferida às partes, como uma das resultantes do princípio do devido processo legal, portanto não pode ser desprestigiada para que o sistema mantenha-se íntegro. Além disso, é corrente na prática diária alguém comparecer em juízo e dizer que tem interesse que uma das partes saía vencedora na demanda, mas prestam declarações esclarecedoras e sem quaisquer vícios, as quais podem ser valoradas com o mesmo peso que se dá a um testemunho prestado após o compromisso legal.

Estamos convictos, seja do ponto de vista teórico, seja pela experiência profissional, que a ouvida de informante é um direito da parte, e portanto um dever do juiz.

19.2.4 Limite do número de testemunhas

A CLT, primando-se pelos princípios da celeridade e da economia processuais que, desembocam-se no princípio constitucional da razoável duração do processo, limitou o número de testemunhas: a)- em 2 para cada parte, em se tratando de dissídios submetidos ao procedimento sumaríssimo (art. 852-H, § 2º); b)- em 3 para cada parte, quando o dissídio transcorrer pelo procedimento ordinário (art. 821, primeira parte); e c)- em 6 para cada parte, em se tratando de inquérito judicial para apuração de falta grave.

O CPC, apenas para usar como paradigma, fixa em 10 (dez) o número máximo de testemunhas de cada parte pode arrolar, mas o juiz está autorizado a dispensar o excedente a 3 (três) testemunhas de cada parte para cada ato. Em outras palavras, se tratar de pedido único contendo uma só causa de pedir, o juiz de

direito e o juiz federal estão autorizados a inquirir 3 (três) testemunhas de cada parte e dispensar as demais.

Em linha de princípio, excetuando a hipótese de testemunha referida, o juiz não pode dilatar o limite fixado pela lei. Todavia, na análise de cada caso concreto, sendo estritamente necessário, seja pelo grau de complexidade das matérias controvertidas, seja porque os fatos ocorreram em diversas localidades dentro do período não prescrito, de modo que uma ou ambas as partes não possam usufruir o direito à prova na sua plenitude, deve o condutor do processo lançar mão da regra de ponderação dos valores e interesses em jogo para, ao final, considerar qual o interesse que, uma vez sacrificado, sofra prejuízo menor: a plenitude do direito à prova ou a celeridade processual.

A métrica que o juiz pode adotar para medir o sacrifício de cada valor, para optar pelo menor, consiste na finalidade do processo: que é a de pacificação social com justiça. Se a justiça da decisão depender inexoravelmente da inquirição de maior número de testemunhas que aquele fixado em lei, que flexibilize esta, pois o prejuízo ao sistema é menor. O notável Karl Larenz recomenda que, nos casos extremos, o juiz deverá ter a sensibilidade de justiça suficiente para encontrar lacuna oculta na lei, e em seguida preenchê-la com as outras regras, dentre estas, a analogia. Ele entende que a norma é editada para os casos normais (daí seu nome: norma) e que para os casos anormais, aqueles situados em zona limite, que os americanos chamam de 'hard cases', devem ser adotados critérios também anormais, de modo que a anormalidade do caso em confronto com a anormalidade de seu tratamento faz com que ambos sejam normais. É a aplicação das mesmas balizas do princípio da isonomia, segundo o qual "aos iguais, tratamentos iguais. Aos desiguais tratamentos desiguais na mesma proporção de suas desigualdades para, assim, igualizá-los". A lacuna oculta pode ser preenchida com outras regra, um bom parâmetro pode o do CPC: usar, no máximo, três testemunhas para cada fato, com o limite não em dez, mas em 6 (seis) testemunhas.

Suponha-se o caso de um empregado que é transferido de estados uma ou duas vezes ao ano, e depois de vários anos é dispensado. Se quiser produzir prova de horas extras, por exemplo, nem sempre conseguirá com apenas 3

(três) testemunhas municiar o juiz de dados relativos aos seis, sete ou oito estados nos quais trabalhou nos últimos cinco anos. Seu empregador também poderá igualmente ficar impedido de produzir a contraprova. Será justo sacrificar o acesso à prova em homenagem ao princípio da legalidade estrita? Parece-nos que não. É mais consentâneo com os dias de hoje, tão caro à democracia a busca de um processo justo e social, que o juiz gaste mais 20 ou 30 minutos de tempo e ao final possa entregar uma prestação jurisdicional mais justa equânime. O sacrifício à celeridade processual é, na nossa visão, menor.

É evidente que essa regra só é aplicável nas situações extremas, não podendo, em hipótese alguma, servir de regra.

19.3 A PRODUÇÃO DE PROVA PELO RECLAMADO REVEL

Embora a Súmula 231 do STF - que permite a participação do réu revel na colheita de provas - tenha sido editada quando ainda em vigor o CPC/39, verdade é que ela tem plena e eficaz aplicação até este momento, mesmo diante dos comandos emergentes dos arts. 320 e 334, III e IV, do CPC/73, porque apenas admite a participação do revel na colheita da prova condicionando essa participação ao dispor que: “desde que compareça em tempo oportuno”. Pensar em sentido contrário, significaria proibir a participação do réu revel na colheita de prova - que é lícito ato processual – mesmo naquelas situações em que ele estivesse presente no momento oportuno. Essa proibição, se levada aos extremos, implicaria em negar vigência à segunda parte do art. 322 do CPC. E, com certeza, não é esta a orientação harmônica dos comandos contidos no CPC/73.

Essa posição é a mais adequada e harmônica com o sistema processual, pois permite que o réu revel intervenha no processo no estado em que se encontra, de maneira que se o magistrado ainda não tiver formado seu livre convencimento sobre os fatos, mesmo diante da revelia, e determinar a produção de determinado meio de prova, por exemplo pericial ou oral, poderá o revel participar desse ato processual “desde que compareça em tempo oportuno”.

Ademais, a presunção a que se refere o art. 319 do CPC é a relativa (*juris tantum*) e, como tal, permite a produção de prova em sentido contrário. A consequência que se pode extrair desse comando normativo é a de que o autor está dispensado de provar a alegação que deu aos fatos, mas em nenhuma hipótese a revelia tem o significado de vitória na demanda. Basta lembrar o seguinte caso hipotético: o réu contesta a ação civil no 16º dia, portanto fora do prazo legal, mas instrui sua contestação com documentos idôneos. O juiz condutor do processo concede vista ao autor, que não impugna os documentos juntados com a contestação porque são idôneos. Este exemplo retrata três dados significativos para confirmar a garantia da plenitude do direito de defesa reconhecido pelo sistema às partes, e, também, o que foi dito acima: a)- primeiro dado, o réu tinha o prazo de 15 dias para contestar, mas o fez no 16º dia, quando já era revel, portanto o réu revel pode produzir prova; b)- o segundo dado, foi assegurado ao autor a garantia do contraditório pleno; e c)- o terceiro, a prova documental carreada aos autos com a contestação, portanto em atividade de um dos sujeitos interessados da relação processual, é adquirida pelo processo, em homenagem ao princípio da aquisição processual, e o juiz pode (aliás deve) valorá-la sem levar em conta quem a produziu, portanto pode ocorrer de o autor não se sagrar vitorioso mesmo diante da revelia do réu. Eis a razão pela qual foi dito, logo acima, que a revelia não é sinônimo de vitória no resultado do processo.

São ricos os exemplos em que a prática forense permite ao réu participar do processo. Suponha-se que o juiz, diante do caso concreto, entendeu ser necessária – ou por exigência legal ordenou – a realização de perícia técnica e o réu intervém no processo quando ainda é possível a formulação de quesitos. O réu, nesse caso, pode apresentar os quesitos a serem respondidos pelo perito, pois esta é uma das faculdade que lhe concede a plenitude do direito à prova/defesa.

Além de ser direito do réu revel intervir no processo no estado que se encontra – e se ainda for oportuno, de produzir todos os meios de prova cabíveis – é de se considerar que o juiz pode (aliás deve) ter a iniciativa probatória quando reputar útil à formação de seu convencimento, a ser motivado em sentença, ou quando a narrativa dos fatos feita pelo autor por si só não lhe pareça verossímil.

Porém, se a instrução processual já tiver sido encerrada no momento em que o réu revel intervém no processo, por evidente, este não pode participar do procedimento probatório.

Além da plenitude do direito de defesa, o réu revel pode participar da etapa seguinte à instrução probatória, aquela destinada aos debates finais, e nesta pode ele debater amplamente as provas produzidas com seus correspondentes alcances e, também, possível ou possíveis contrastes entre os meios de prova produzidos e a pretensão ou as pretensões deduzidas pelo autor na petição inicial. O processo dialógico do processo continua inabalado, mesmo na revelia.

Desse modo, a interpretação a ser dada à Súmula 231 do STF deve ser conforme a harmonia do sistema processual, não havendo necessidade, portanto, de alteração dos dispositivos do CPC em vigor.

19.4 A PROVA NO RECURSO ORDINÁRIO

19.4.1 Considerações iniciais

O recurso ordinário tem por finalidade: a)- *a nulidade* (ou invalidação) da decisão recorrida; ou b)- *modificação* (alteração) da decisão recorrida.

No tocante à produção de prova documental em sede recursal, o TST uniformizou seu entendimento com a edição da Súmula 8, assim redigida:

“A juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação ou se referir a fato posterior à sentença”

Pela dicção desse verbete sumular, a prova documental só pode ser produzida na fase recursal em duas hipóteses: a)- quando a parte comprovar o justo

impedimento de sua produção no momento processual adequado, isto é, da oportuna apresentação; ou b)- se referir a fato posterior à sentença.

O justo impedimento a que se refere a Súmula 8 do TST compreende tanto a vedação por motivo alheio à vontade da parte como ao desconhecimento por parte desta quanto à existência do documento na data de sua oportuna apresentação. A primeira hipótese ocorre, por exemplo, quando a parte reclamada interpõe recurso ordinário visando a *nulidade* ou *inexistência da citação* (notificação a que se refere a parte final do *caput* do art. 841 da CLT) tese que, se acolhida leva à nulidade de todos os atos processuais a partir da citação, inclusive, sob o fundamento de justo impedimento em produzir todos os meio de prova nos momentos processuais adequados, inclusive o documental, de sorte que pode produzir prova documental para provar que não recebeu a citação ou que não foi observado o interstício mínimo de cinco dias entre a consumação desse ato e a data da audiência.

É permitida a produção de prova com as razões do recurso para elidir a revelia na hipótese de justo motivo para o não comparecimento na audiência, como a doença comprovada que impossibilitou o reclamado ou seu preposto de atender o chamado judicial, ou por motivo de força maior, como por exemplo um acidente envolvendo o veículo da parte reclamada no trajeto de seu domicílio até a Vara do Trabalho, um evento da natureza: enchente, aluvião etc... Em qualquer destas hipóteses é indispensável que a parte comprove, pelos meios probatório idôneos, o motivo alheio à sua vontade para não comparecer na audiência, na qual foram aplicadas as conseqüências jurídicas da revelia e confissão quanto a matéria de fato.

É também permitida a produção de prova documental, por esse enfoque, do terceiro prejudicado, mas este há de demonstrar sua qualidade de terceiro interessado (porque prejudicado com o resultado da decisão) e, também, seu legítimo interesse, sob pena de seu recurso não ser conhecido por ilegitimidade de parte.

Além disso, entende-se por justo impedimento o fato de a parte desconhecer a existência do documento na data em que deveria ter sido levado ao órgão jurisdicional, hipótese em que poderá juntá-lo com o recurso (nas razões ou nas contra-razões, conforme o caso).

A outra previsão sumular da produção da prova documental com o recurso refere-se ao documento atinente a fato ocorrido depois de publicada a sentença. É a hipótese, por exemplo, de dissídio individual trabalhista movido por empregado portador de estabilidade provisória, que, após ser proferida sentença de procedência, pedir demissão, cometer falta grave ou até morrer. Havendo um desses fatos, é permitida a prova de sua ocorrência em sede recursal, devendo, em qualquer uma dessas hipóteses, ser instaurado o contraditório no âmbito do recurso, até para inferir sobre a validade ou não do documento apresentado.

19.4.2 Valoração da prova no recurso ordinário

Sendo o juiz o diretor material e processual do processo, a lei processual lhe faculta deferir e até mesmo determinar de ofício a produção dos meios de prova que reputa aptos ao esclarecimento da verdade, bem como indeferir a produção daqueles meios de provas (e de diligências) que entenda, *a priori*, que são inúteis à solução do conflito ou meramente protelatórios.

Quando o juiz indefere a produção de determinado meio de prova, e esse indeferimento leva à rejeição da tese da parte, esta poderá interpor recurso ordinário visando a nulidade da sentença por ter sido vulnerado o princípio constitucional da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (CF/88, art. 5º, LV). Se, ao valorar o conjunto probatório, o órgão *ad quem* convencer-se de que o indeferimento de prova pelo órgão *a quo* causou prejuízo à parte recorrente, por ter sido cerceado seu direito à produção de prova, haverá, então, a decretação de nulidade do ato processual que encerrou a instrução processual – alcançando, como é curial, a sentença – com a determinação da reabertura da instrução processual de modo que a parte possa produzir a prova que havia sido indeferida.

É também caso de nulidade da decisão recorrida, quando: a)- não for observado o princípio do contraditório; b)- a decisão recorrida for proferida com base exclusivamente em prova ilícita (CF/88, art. 5º, LVI); c)- houver negativa de prestação jurisdicional, isto é, o órgão não ter apreciado os pedidos mesmo instado a tanto por meio de embargos de declaração (CPC, art. 126) e d)- a decisão não estiver fundamentada (CF/88, art. 93, inciso IX).

É caso de reforma da decisão recorrida, quando na análise e valoração da prova produzida nos autos, o órgão *ad quem*: a)- alterar o resultado da sentença de mérito, isto é, tiver entendimento diverso daquele dito pelo órgão *a quo*; b)- acolher a prescrição com base em prova que não levada em consideração pela decisão recorrida; c)- determina o prosseguimento do processo que tiver sido extinto indevidamente e d)- declara a competência da Justiça do Trabalho para apreciar a pretensão do autor.

19.5 A PROVA NO AGRAVO DE PETIÇÃO

Denomina-se agravo de petição o recurso trabalhista típico que tem por finalidade anular ou modificar decisão trabalhista proferida na fase de execução, inclusive a que decide o mérito de embargos de terceiro. Contudo, há uma exceção: refere-se ao seu manejo contra sentença proferida em embargos de terceiro, estes interpostos na fase de cognição, com a finalidade de reformar ou anular decisão proferida ação/medida cautelar de arresto/seqüestro de bens de terceiro ordenada antes da prolação da sentença (portanto ainda na fase de conhecimento).

Enquanto praticamente todos os outros recursos visam modificar ou anular as decisões proferidas na fase de conhecimento e, portanto, retardar a formação da coisa julgada material, com o agravo de petição ocorre o contrário. Sendo o agravo de petição recurso inerente a fase de execução (havendo apenas a exceção apontada), uma das exigências que lhe é imposta refere-se ao respeito à coisa julgada material, que deve permanecer intangível, e a outra é a da delimitação justificada das matérias e, sendo o caso, dos valores. As matérias e/ou valores que não forem delimitados justificadamente nas razões (*rectius*: minuta) do agravo de

petição podem ser executadas imediatamente e até o final nos próprios autos ou em carta de sentença extraída com essa finalidade.

Se versar exclusivamente sobre discussões atinentes às contribuições sociais – fato gerador, natureza jurídica das parcelas, valor devido ao INSS, etc. – o juiz da execução ordenará a extração de cópias das peças processuais que se fizerem necessárias e, em seguida, ordenará que tais peças sejam autuadas em separado, formando autos suplementares, de modo a não impedir que os autos principais sejam encaminhados à instância superior.

É compatível com essa modalidade recursal a produção dos meios de prova documental e pericial, podendo as partes utilizar, também, de parecer jurídico e de perícia contábil extrajudicial, tudo isso, com a finalidade de demonstrar à instância superior o desacerto da decisão proferida pelo juiz de origem no tocante a valores – se a discussão referir-se à liquidação da sentença, indispensáveis à formação do título executivo judicial – ou sobre propriedade, posse ou outros obstáculos à penhora de bens.

Produzida a prova – por um mais de seus meios – o juiz tem o dever legal de conceder vista ao agravado para, querendo, manifestar sobre o meio de prova produzido e, também, para ofertar sua contraminuta.

19.6 A PROVA NO MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança, conquanto seja remédio constitucional, constitui ação submetida a procedimento especial de cognição sumária, e destina-se à proteção de direito líquido e certo de determinada pessoa ou grupo determinado/indeterminado de pessoas que está sendo violado ou ameaçado de sê-lo, por ato ilegal emanado de autoridade.

A sumariedade da cognição do remédio heróico exige do impetrante ou dos impetrantes que instrua a petição inicial da ação de segurança com documentos – portanto, com prova preconstituída – suficientes à formação do convencimento do

jugador – juiz ou tribunal – da lesão ou da ameaça a direito líquido e certo seu/seus por ato praticado por autoridade.

Em geral a doutrina sustenta que no mandado de segurança só é cabível o meio de prova documental, de modo que nenhum outro meio é possível de ser utilizado. Essa posição levou o TST a editar a Súmula 415, que assim dispõe:

“Exigindo o mandado de segurança prova documental pré-constituída, inaplicável se torna o art. 284 do CPC quando verificada, na petição inicial do *mandamus*, a ausência de documento indispensável ou de sua autenticação.”

O que o TST está dizendo com a Súmula 415 é que, sendo o mandado de segurança uma ação de cognição sumária e de procedimento especial não é possível a concessão de prazo ao impetrante ou aos impetrantes para regularizar a petição inicial nos moldes gizados no art. 284 do CPC, ou seja, não é possível corrigir algum defeito nem complementar a instrução probatória ou mesmo autenticar as cópias reprográficas que instruíram a petição inicial.

Existem casos – e não são poucos – em que os documentos indispensáveis à instrução do mandado de segurança, portanto necessários à comprovação da violação de direito líquido e certo ou da violação deste, se encontrem em repartições públicas ou em poder (na posse) da autoridade coatora, sendo impossível de juntá-los com a petição inicial. Em todos esses casos, o impetrante está autorizado a requerer ao juiz competente que os requisite à autoridade competente ou à repartição pública, sendo exigido do impetrante ou dos impetrantes que especifiquem quais são os documentos e onde ou com quem eles estão.

A exibição de documentos é, portanto, compatível com as regras e balizas do mandado de segurança.

Duas observações, são imprescindíveis, para evitar confusão:

A)- a primeira, o mandado de segurança não permite dilação probatória, portanto é incompatível com seu iter produzir prova, que não a documental, dada a natureza própria de seu procedimento especial e sumário.

B)- a segunda, quando se fala em prova documental no mandado de segurança, deve ter em conta que o conceito de documento é empregado num sentido mais amplo do que aquele dado à prova emprestada. O mandado de segurança pode (aliás, deve) ser instruído com cópia a petição inicial, da contestação, da ata de audiência na qual foram inquiridas testemunhas ou da perícia realizada, se necessários à sua instrução, valendo estas cópias como meio de prova documental. Diferentemente ocorre na prova emprestada. O meio de prova colhido no primeiro processo é levado ao segundo processo por meio de cópia (o seu aspecto formal é documento) mas não perde sua essência, continua no segundo processo como se fosse a prova original: testemunhal, pericial, inspeção judicial, etc.

Exemplificativamente: se um mandado de segurança for impetrado porque o juiz do trabalho indeferiu o pedido de inquirição de testemunha imprescindível (que conhece os fatos controvertidos da causa), devidamente arrolada, que está em estágio terminal, em decorrência de doença grave devidamente diagnosticada por médico da área especializada ou específica (câncer, por exemplo), o impetrante deve instruir a petição inicial do mandado de segurança com cópia de todos os documentos fornecidos pelo médico, com cópia da petição inicial, da contestação, da ata de audiência, de documento que atesta a data designada para audiência para demonstrar a incompatibilidade entre o tempo de sobrevivência da testemunha e da audiência, bem como da justificativa que fez ao juiz e, também, do despacho que indeferiu a inquirição de testemunha.

19.7 A PROVA NA EQUIPARAÇÃO SALARIAL

19.7.1 Considerações Iniciais

Sem adentrar aos aspectos históricos, por relevantes que sejam, cumpre-nos dizer, nesta parte prática, que a equiparação salarial é um dos

desdobramentos do sentido material do princípio da isonomia de que cuida o art. 5º da Constituição Federal, sem qualquer espécie de distinção, portanto dentro do catálogo dos direitos de primeira geração. É bem por isso que a garantia de igualdade salarial está assegurada no inciso XXX do art. 7º da Constituição Federal, em que disciplina os direitos da segunda geração.

No plano infraconstitucional a igualdade salarial está prevista nos arts. 460 e 461 da CLT, naquele quando não há estipulação de salário pelas partes, e neste quando o valor do salário é fixado pelas partes.

Os requisitos ou pressupostos da equiparação salarial são: a)- identidade de função; b)- igualdade qualitativa e quantitativa de trabalho; c)- mesmo empregador; d)- mesma localidade ; e)- diferença de tempo no exercício da mesma função inferior a dois anos; f)- inexistência de quadro de carreira homologado pelo MtbE, no qual fixe que as promoções devam ser feitas alternadamente por merecimento e por antigüidade; e g)- não ter o paradigma sido readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão da Previdência Social.

19.7.2 Meios e ônus da prova na equiparação salarial

A existência de quadro de pessoal organizado em carreira pelas empresas, devidamente homologado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, impede a equiparação salarial, na medida em que o próprio quadro é organizado de tal forma a prever promoção dos trabalhadores mediante critérios de promoção por merecimento e antigüidade, alternadamente. Não é exigido das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional a homologação ministerial do quadro de carreira (art. 461, § 2º, da CLT e inciso I da Súmula 6 do TST).

Como o quadro de pessoal organizado em carreira é materializado em documento, e sua validade está condicionada a homologação pelo Ministério do Trabalho, o único meio de provar sua existência válida é o documental,

consequentemente não podem ser utilizados outros meios de prova acerca desse tema.

O obstáculo à equiparação salarial previsto no § 4º do art. 461 da CLT, consistente na readaptação profissional por motivo de deficiência física ou mental atestada por órgão competente da Previdência Social, por exemplo, não pode ser provada por testemunha nem por perícia, mas por prova documental. A certificação da deficiência física ou mental só pode ser provada mediante documento fornecido pela Previdência Social.

A Súmula 6 do TST praticamente solucionou a longa discussão sobre o ônus da prova na equiparação. Estabelece o inciso VIII da referida Súmula que compete ao empregador provar o fato modificativo, extintivo ou impeditivo da equiparação. A *contrário sensu*, é ônus do reclamante provar os fatos constitutivos da equiparação.

19.8 PROVA NA AÇÃO MONITÓRIA

O art. 1102-A, introduzido no CPC por força da Lei 9.079, de 14 de julho de 1995, dispõe: “A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita, sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.”

O próprio dispositivo de lei em apreço fixa o meio de prova apto a instruir ação monitória. Trata-se de prova escrita sem eficácia de título executivo. Ficam, assim, excluídos todos os demais de provas para essa modalidade de ação.

Interessa mais de perto identificar o que significa a locução “prova escrita”, que, em certa medida, não é usual no campo das provas. Prova escrita não se confunde com prova documental: esta é gênero, do qual aquela é espécie.

Entende-se por prova documental toda representação de um fato ou ato (confira o conceito mencionado no subitem 10.2.2.1 deste estudo), o que pode ser feito por escritos, gráficos, gravações, fotografia, etc.

Com efeito, toda prova escrita é documento, mas nem todo documento é prova escrita.

Na ação monitória só pode ser utilizada a prova escrita, vale dizer que todas outras provas são imprestáveis à instrução da ação monitória.

Essa prova escrita, para ser eficaz meio de prova na ação monitória, deve preencher outras duas exigências: a)- a primeira, não ter eficácia de título executivo; e b)- a segunda, deve conter a assinatura do devedor. Constitui idôneo meio de prova dessa modalidade de ação no âmbito da Justiça do Trabalho cópia do TRCT devidamente assinado pela empresa empregadora com a ressalta expressa nesse mesmo documento de que o valor do débito não foi pago, e que o TRCT propicia ao trabalhador sacar os valores relativos às contribuições para o FGTS e para habilitação no seguro-desemprego.

Outra prova escrita que pode ser utilizada na Justiça do Trabalho uma declaração da empresa empregadora reconhecendo dívida com seu empregado. Também pode ser utilizado cheque que esteja prescrito para a ação de execução e desde que o motivo de sua devolução seja por insuficiência de fundos.

CONCLUSÃO

O vernáculo prova há de ser compreendido na sua visão tridimensional, ora como ação de provar (portanto como atividade probatória), ora como meio de prova (veículo que leva a versão do fato ao juiz) e, por fim, como resultado (convencimento do juiz, ao expressar que algo está ou não está provado).

Os novos métodos de comunicação utilizados pela informática, como documento eletrônico, processo eletrônico, e-mail e seus afins foram acomodados pela doutrina tradicional e moderna no espaço reservado à prova documental, por isso são considerados meios de prova documentais.

Um dos pontos relevantes do trabalho, na concepção de seu autor, é a abordagem da necessidade de nova leitura ou nova interpretação das regras atinentes aos ônus da prova, para compatibilizá-las com a franquia constitucional da isonomia material a ser assegurada aos litigantes. Com isso, as regras tradicionais, que foram construídas com base na ideologia liberal e conservadora do século XVIII que inspiraram a Revolução Francesa, ficam mantidas mas apenas àquelas situações em que há igualdade formal e material dos litigantes. A manutenção das regras da igualdade formal entre litigantes que estão em situação de desigualdade no plano material contraria a democracia participativa e a visão social que o processo moderno deve ter. Nesse contexto, sugere que nas causas trabalhistas em que fique evidenciada que uma das partes é hipossuficiente (considerando-se como tal aquele que percebe até dois salários mínimos por mês) ou que não disponha de conhecimento técnico, o juiz deve onerar com a prova a parte que tiver mais condições de comprovar os fatos em juízo. Esse virada processual, com a implantação da chamada carga dinâmica da prova, vem atender aos postulados da Constituição Federal em vigor, e encontra solo fértil para germinar na legislação infraconstitucional, em especial nos arts. 852-D e 851-H, § 1º, da CLT.

Outro ponto relevante a ser destacado em relação ao ônus da prova circunscreve-se em banir a visão de que o juiz da causa deve ser figura decorativa

no arco probatório, para incluí-los entre os sujeitos interessados na prova, pois sendo o destinatário dela nada mais razoável que municiá-lo de poderes instrutórios em atuação ativa e participativa, de forma coordenada e em plena colaboração com as partes, para que ao final seja proferida a sentença mais justa possível e para que sagra-se vencedora a parte que tem razão, e não a mais sagaz.

Foi dado realce ao uso dos meios de prova atípicos com a observação da necessidade de assegurar o contraditório sempre e sempre.

Por fim, foi constatado que o direito constitucional brasileiro optou expressamente pela inadmissibilidade, em processo, de provas obtidas por meio ilícitos. Porém, a nova hermenêutica constitucional, também conhecida como pós-positivista, compatível com nosso sistema e que vem ganhando adeptos a cada dia, admite que em certos casos concretos, quando houver a colisão entre princípios fundamentais, seja aplicada a teoria da proporcionalidade como método de solução.

Com a aplicação desse método – princípio da proporcionalidade – encontrar-se-á a justiça para o caso concreto, após a ponderação e sopesamento dos valores e direitos fundamentais que entraram em rota de colisão.

REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICA

- ALSINA, Hugo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Edit. Ediar, 1942, tomo II.
- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 10ª ed., São Paulo: RT, vol. II, 2006.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *O código de processo civil e a prova*. artigo doutrinário publicado na RF 176/44.
- ARENHADT, Sérgio Cruz & MARINONI Luiz Guilherme. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 1974.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo, RT, 1995.
- BARROS, Marco Antonio. *Sigilo profissional. Reflexos da violação no âmbito das provas ilícitas*, Revista dos Tribunais, v. 733, p. 423-441, nov. 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo, Saraiva, 1993, v. II.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*. Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005.
- BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales e tratado de los sofismas políticos*, tomo I, com observações de Pellegrino Rossi e traduzido para o espanhol por Manoel Osorio Florit. Buenos Aires: Libreria “El Foro”, 2003.
- BETTI, Emílio. *Diritto processuale italiano*. Roma: 1936.
- BEVILÁQUA, *Código civil dos estados unidos do brasil comentado*. 11ª ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Francisco Alves, vol. I, 1956.
- BUZAID, Alfredo. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Gravações clandestinas e ambientais. Tutela constitucional da intimidade e os agentes públicos*, Boletim do IBCCRIM, nº 65, p. 5, abril 1998.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo civil*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. III, pp. 280 e 281.

- CAPPELLETTI, Mauro. *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*, tradução de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Juridica Europa-America, 1972.
- CARDOSO, Luciane. *Prova testemunhal*. São Paulo: LTr, 2001, p. 24.
- CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução e notas por Amilcare Carletti. São Paulo: LEUD, 2003.
- CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo, Saraiva, 1993, v. II.
- CHIOVENDA, José. *Princípios de derecho procesal civil*. Tradução espanhola da 3ª edição italiana e prefácio realizados por José Casais y Santaló. Madri: Edit. Reus, 1977.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª ed. (póstuma), Buenos Aires: Depalma, 1969.
- COQUEIJO COSTA, Carlos Alberto Torreão. prefácio da obra *A prova no processo do trabalho* de autoria de Manoel Antonio Teixeira Filho, 8ª ed. São Paulo: LTr, 2003.
- DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova*. tradução da 5ª edição feita por Érico Maciel. Rio de Janeiro: José Konfino. 1958.
- DEVIS ECHANDIA, Hermandó, *Teoria General de la Prueba Judicial*, 5. ed., Buenos Aires, Victor P. de Zavalía, 1981.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1997.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. vol. III, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, 8. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004.
- FLORIAN, Eugenio. *Delle prove penali*. Milão: Instituto Editoriale Cisalpino, 1961, número 2. Enciclopédia jurídica. Milão, 1980.

- FURNO, Carlo. *Teoría de la prueba legal*. Tradução de Sergio Gonzalez Collado. Madri: Edit. Revista de Derecho Privado, 1954.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*, 2. ed, Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa-America, 1961.
- _____. *Derecho judicial material*, tradução de seu trabalho publicado em 1905, como parte da obra em homenagem a Bernardo Hübler. Buenos Aires: EJEA, Breviários de Derecho, 1959.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- GORPHE, François. *Apreciación judicial de las pruebas. Ensaio de un método técnico*. 2ª reimpressão da 1ª ed., Santa Fé de Bogotá: Temis. 1998, p. 2
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo, Saraiva, 1976.
- _____. *Gravações clandestinas e ambientais. Tutela constitucional da intimidade e os agentes públicos*, Boletim do IBCCRIM, nº 65, p. 5, abril 1998.
- _____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990.
- _____. *A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal*, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 37, jun. 1992.
- _____. *O regime brasileiro das interceptações telefônicas*, Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 17, jan./mar. 1997.
- _____. *et alli. Teoria geral do processo*, 19ª edição revista e atualizada, São Paulo: Editores Malheiros, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et all. *Gravações clandestinas e ambientais. Tutela constitucional da intimidade e os agentes públicos*, Boletim do IBCCRIM, nº 65, p. 5, abril 1998

- LESSONA, Carlos. *Prueba en derecho civil o principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, et* , tradução de Enrique de Paz, 4. ed., vol. I a V, Madri: Instituto Editorial Reus, 1957-1964.
- LIEBMAN, Enrico Túlio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, com notas de Ada Pellegrini Grinover, São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976.
- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*, São Paulo: RT, 2ª ed., 2002.
- MACHADO, Agapito. *Prova ilícita por derivação*, Revista dos Tribunais, v. 712, p. 507-509, fev. 1995.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica em matéria criminal*. Tradução feita por Paolo Capitanio da 3ª edição de 1912, Campinas: Bookseller, volume I, 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHADT, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 1974.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, v. 2, 1997.
- MELERO, Valentin Silva. *La prueba procesal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, tomo I.
- MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba*. Buenos Aires: Ediciones Juridica Europa-America, 1979
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Da prova dos negócios jurídicos*. artigo que integra a obra coletiva “*O novo código civil*”, estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale, sob coordenação de Domingos Franciulli Neto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo: LTr, 2003.
- MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*, obra traduzida por Santiago Sentis Melendo. Bogotá: Editorial Temis. 1989.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini, *processo penal*, 8. ed., São Paulo: Atlas, 1998.
- MITTERMAYER, J. A. *Tratado da prova em matéria criminal, ...*, 3ª edição, traduzida por Pontes de Miranda. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos (editor proprietário), 1917.
- NERY JR, Nelson. *Proibição da prova ilícita: novas tendências do direito, Justiça penal: crítica e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual*, coord. Jaques de Camargo Penteado, v. 4, São Paulo, 1997.

- _____. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 8. Ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004.
- NERY JR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2006.
- _____. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 721.
- NEVES E CASTRO, Francisco Augusto das. *Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis*. 2ª edição. Campinas: Servanda, 2000.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da USP, 1998.
- PANUCCIO, Vincenzo. *La confessione stragiudiziale*. Milão: A. Giuffrè Editore., 1960.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. Processo penal: O direito de defesa: _____ . *Prova penal*. Rio de Janeiro, AIDE, 1994.
- PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. *apud* REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: RT, 1985.
- PINA, Rafael de. *Tratado de las pruebas civiles*. 2ª ed. revisada e atualizada por Rafael de Pina Vara. México: Editorial Porrúa, 1975.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo, Max Limonad, 1996.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *sigilo nas comunicações. aspecto processual penal*, Boletim do IBCCRIM, nº 49, dez. 1996.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, tomo IV.
- SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. 7ª edição, com tradução e notas de Luiz Autuori. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, volume I.
- REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: RT, 1985.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do código brasileiro de processo coletivo*. Obra coletiva coordenada por GRINOVER, Ada Pellegrini et al. São Paulo: RT, 2007, pp. 244-253

- ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2ª ed. em espanhol, traduzida por Ernesto Krotoschin. Montevidéu-Buenos Aires: Editorial IbdeF, 2002.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, volume I, 1983.
- SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de direito processual civil*. 4ª ed., São Paulo: RT, 1998, vol. I, p. 341.
- TARUFO, Michele. *Il diritto alla prova nel processo civile*, p. 90, *apud* TUCCI, Rogério Lauria, *direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1993.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2003.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 40ª edição, Rio de Janeiro: Forense, volume I.
- TOMÉ, Fabiana del Padre. *Teoria morfológica, sintática e semântica da prova e sua pragmática no processo administrativo tributário federal*, tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da PUC SP, São Paulo, 2005.
- TORRES DE CARVALHO, Ricardo Cintra. *A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal: um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana*, Revista do IBCCRIM, São Paulo, nº 12, p. 162-200, out./dez. 1995.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, 19. ed. São Paulo, Saraiva, 3, 1997.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1993.
- TUCCI, Rogério Lauria *et alii*. *Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1998.