

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
FACULDADE MINEIRA DE DIREITO
Programa de Pós-Graduação em Direito

A PROVA EMPRESTADA E O ATIVISMO JUDICIAL.

Amanda Quintão Neubert

Belo Horizonte
2011

Amanda Quintão Neubert

A PROVA EMPRESTADA E O ATIVISMO JUDICIAL.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professora Doutora Maria Cecília Máximo Teodoro Ferreira.

**Belo Horizonte
2011**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

N478p Neubert, Amanda Quintão
A prova emprestada e o ativismo judicial / Amanda Quintão Neubert. Belo Horizonte, 2011.
123f.

Orientadora: Maria Cecília Máximo Teodoro Ferreira
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Prova emprestada. 2. Juízes. 3. Poder judiciário e questões políticas. I. Ferreira, Maria Cecília Máximo Teodoro. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.948

Amanda Quintão Neubert

A PROVA EMPRESTADA E O ATIVISMO JUDICIAL.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Professora Doutora Maria Cecília Máximo Teodoro Ferreira (Orientadora) – PUC MINAS

Professora Doutora Maria Rosária Barbato

Professor Doutor Márcio Túlio Viana

Belo Horizonte, 20 de dezembro de 2011.

À Deus fonte e inspiração de tudo.

Aos meus queridos pais, André e Maria, e à tia Ana a quem tanto amo, respeito e admiro.

Aos meus irmãos, cunhados e sobrinhos, com quem tanto me divirto e me conforto.

À Bianca, minha pequena llaça apso, pela companhia durante toda a elaboração da dissertação.

AGRADECIMENTOS

À Professora Maria Cecília Máximo Teodoro Ferreira, que por sua cuidadosa orientação, dedicação e incentivo tornou possível este trabalho.

Aos Professores Luiz Otávio Linhares Renault, Márcio Túlio Viana e José Roberto Freire Pimenta, que tornam o estudo do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho instigante e empolgante.

Aos queridos colegas de mestrado pela estimulante caminhada.

Às “meninas do Gab” pela presença, pelas conversas, pelo apoio e pela compreensão.

Aos meus pais, tia Ana, irmãos, cunhados, sobrinhos e amigos por simplesmente existirem.

“O problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos humanos, não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los.”

Noberto Bobbio

RESUMO

A presente dissertação é destinada ao estudo da prova emprestada como meio de demonstração da verdade, muitas vezes, real. Defende o emprego do empréstimo da prova como um mecanismo, econômico e célere, de efetivação da igualdade substancial entre as partes, como meio de concretização do direito à prova e dos direitos trabalhistas, especialmente dos direitos trabalhistas fundamentais. Apresenta o empréstimo da prova como mecanismo capaz de alcançar um dos principais escopos do processo - a pacificação dos conflitos de interesse com justiça. Pugna, por fim, pelo exercício de ofício dos poderes instrutórios do juiz, contido no direito das partes à prova, como expressão de uma postura ativista e concretizadora do acesso à ordem jurídica justa. Não olvida, contudo, das armadilhas ideológicas que visam conter esse poder-dever de instrução da causa, nem dos limites do ativismo judicial, com o fito de evitar ofensas ao princípio da separação de poderes e eventuais abusos, razão pela qual reconhece a necessidade de formação e capacitação permanente dos magistrados. Para cumprir esse mister, parte da análise da teoria geral da prova, esmiúça o instituto da prova emprestada, perquire o alcance dos poderes instrutórios e defende um ativismo judicial em matéria probatória, conseqüente e responsável, fortemente articulado do ponto de vista da consistência discursiva (motivação) e da riqueza argumentativa (convencimento) e com ampla participação das partes na construção das decisões através do contraditório.

Palavras-chave: Prova Emprestada. Poderes Instrutórios do Juiz. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

The present dissertation is devoted to the study of proof borrowed as a means of demonstrating the truth, often real. Advocates the use of the proof loan as a means, economical and rapid, to effect the substantial equality between the parties, the right to proof and labor rights, especially the labor fundamental rights. It shows the loan of proof as mechanism capable of achieving one of the principal process scopes - the pacification of conflicts of interest fairly. Advocates, finally, the exercising the investigation powers of the judge, that it's contained right to prove, as an expression of activist stance and way to concrete access to fair legal system. Do not forgets, however, the ideological traps designed to contain the judge's power to prove, nor the limits of judicial activism, with the aim of preventing harm to the principle of separation of powers and possible abuses, reason recognizes the need to training and ongoing training of judges. To meet this mister, part of the analysis of the general theory of proof and of the proof loan, perquire the judge investigation's powers and argued for a judicial activism concerning evidence, consistent and responsible, strongly articulated in terms of discursive consistency (motivation), with argumentative wealth (persuasion) and with broad participation of stakeholders in the construction of decision through the adversarial principle.

Keywords: Proof borrowed. Investigation's Powers of Judge. Judicial Activism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS.

adapt. – adaptada.

ampl. – ampliada.

Art. ou art. – artigo.

atual. – atualizada.

CC – Código Civil.

CDC – Código de Defesa do Consumidor.

CPC – Código de Processo Civil.

C. – Colendo.

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho.

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil.

Coord. ou Coords. – Coordenador ou Coordenadores.

dez. – dezembro.

E. – Egrégio.

ed. – edição.

et al. – *et alli* (e outros)

etc. – *et cetera* (e outros).

fev. – fevereiro.

jan. – janeiro.

jun. – junho.

jul. – julho.

LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

MPT – Ministério Público do Trabalho.

mar. – março.

n. – número.

nov. – novembro.

Org. ou Orgs – Organizador ou Organizadores.

out. – outubro.

p. – página.

R. – Região.

rev. – revista.

set. – setembro.

SBDI-1 – Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais.

t. – tomo.

T. – Turma.

TRT – Tribunal Regional do Trabalho.

TST – Tribunal Superior do Trabalho.

v. – volume.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 A PROVA.....	15
2.1 Necessidade.....	15
2.1.1 <i>Direito à prova</i>	17
2.2 Conceito.....	19
2.3 Objeto da prova.....	21
2.4 Finalidade da prova.....	24
2.5 Fontes e meios de prova.....	28
2.5.1 <i>Provas atípicas</i>	30
2.6 Sistemas de valoração da prova.....	32
2.7 Iniciativa da prova.....	34
2.8 Teoria do ônus da prova.....	35
2.9 Fases do procedimento probatório.....	38
2.9.1 <i>Ponderação de valores</i>	41
3 A PROVA EMPRESTADA.....	44
3.1 Conceito.....	44
3.2 Classificação.....	45
3.3 Fundamentos e justificativas.....	46
3.3.1 <i>Acesso à ordem jurídica justa</i>	48
<u>3.3.1.1 Os princípios da inafastabilidade e da unidade da jurisdição</u>	51
3.3.2 <i>Impossibilidade ou dificuldade de reprodução da prova</i>	51
3.4. Prova emprestada e princípio da oralidade.....	52
3.5 Aplicabilidade ao processo do trabalho.....	56
3.5.1 <i>Massificação dos conflitos de interesse</i>	56
3.5.2 <i>Evolução da dinâmica social</i>	58
3.6 Requisitos de admissibilidade.....	59
3.6.1 <i>Identidade da matéria fática</i>	62
3.6.2 <i>Respeito ao princípio do devido processo legal</i>	63
<u>3.6.2.1 Princípio do contraditório</u>	64
3.6.2.1.1 Identidade de partes.....	66
3.6.2.1.2 Prova jurisdicional.....	68
<u>3.6.2.2 Observância das formalidade legais</u>	70
3.6.2.2.1 Prova obtida por meio ilícito.....	71
3.7 Procedimento para o empréstimo da prova.....	72
3.8 Valoração da prova emprestada.....	73
4 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ.....	78
4.1 Poderes instrutórios e sua efetivação.....	80
4.1.1 <i>Princípio do dispositivo</i>	81
4.1.2 <i>Princípios da igualdade processual e da imparcialidade</i>	82
4.1.3 <i>Teoria do ônus da prova</i>	83
4.1.4 <i>Ideologia liberal</i>	86
<u>4.1.4.1 Autocontenção judicial</u>	88

4.1.4.2 Prevalência do direito privado sobre o direito público.....	90
4.1.4.3 Superando a ideologia neoliberal.....	92
4.2 Amplitude e limites dos poderes instrutórios do juiz.....	94
5 ATIVISMO JUDICIAL.....	96
5.1 Conceito.....	96
5.2 Justificativa e causas.....	97
5.3 Posturas ativistas.....	99
5.4 Limites do ativismo judicial.....	101
5.5 Críticas ao ativismo judicial.....	102
5.5.1 Princípio da separação de poderes.....	103
5.5.2 Abuso de poderes.....	105
6. CONCLUSÃO.....	105
REFERÊNCIAS.....	106
ANEXO A - ACÓRDÃO PROCESSO N. 00237-2007-012-18-00-7.....	118
ANEXO B - ACÓRDÃO PROCESSO N. 0158300-75.2008.5.15.0151.....	122

1 INTRODUÇÃO.

Um dos objetivos da jurisdição estatal é a efetivação do direito material e seu fim último, sua razão de ser, é solucionar o conflito de interesses com justiça e alcançar a paz social. O processo é o instrumento através do qual o Estado concretiza essa finalidade.

A ordem jurídica justa só é alcançada quando encontrada a verdade real sobre os fatos controvertidos. Neste contexto, a prova é o instituto processual mais importante, já que somente uma decisão fundamentada na verdade real convence as partes e a sociedade e é capaz de realizar a paz social. As partes têm, pois, direito subjetivo de provar suas alegações. Direito esse que compreende o requerimento, acompanhamento da produção, manifestação sobre o conteúdo e a valoração da prova, e que implica também no reconhecimento de um poder-dever instrutório do magistrado.

Esses poderes instrutórios do julgador constituem meio de efetivar a igualdade substancial, uma vez que a desigualdade material das partes inegavelmente se reproduz no processo.

Nesse contexto, o empréstimo da prova é necessário e se justifica pela concretização do ideal de justiça que se fundamenta, desdobra-se e se corporifica no princípio do acesso à ordem jurídica justa, do qual são corolários os princípios da economia, da celeridade e da efetividade processual, da inafastabilidade e da unidade da jurisdição. Também é a justiça que inspira a concepção instrumentalista do processo.

Cabe salientar que o empréstimo da prova não é tratado pela legislação pátria. O instituto foi construído pela doutrina e pela jurisprudência e sua aplicabilidade ao processo do trabalho é inegável ante a compatibilidade com os princípios dessa seara do direito processual, a dificuldade do legislador disciplinar toda a dinâmica social e a existência de conflitos trabalhistas repetitivos oriundos dos conflitos de massa.

Contudo, tal instituto é pouco aplicado no cotidiano forense, especialmente, de ofício. Embora nosso ordenamento jurídico conceda amplos poderes de instrução aos magistrados, eles não são utilizados em toda sua potencialidade, em grande parte por causa da hegemonia da ideologia neoliberal em nossa sociedade. Desse modo, é necessário superar os entraves gerados por essa ideologia para que se efetivem o direito à prova e os direitos fundamentais trabalhistas.

A consciência da hegemonia da ideologia liberal é o primeiro passo para o seu enfrentamento e as principais formas de suplantá-la são a aplicação imediata dos princípios

aos casos concretos, uma sólida formação técnica e social aliada a uma consciência política da função jurisdicional, a ética humanista e o ativismo judicial.

Vale destacar que o ativismo judicial conseqüente e responsável, no que se refere ao tema da prova, justifica a própria função exercida pelo julgador, porquanto, como partícipe do processo, o magistrado não pode se alienar na formação de seu próprio convencimento.

Nessa perspectiva e tendo como marco teórico o Estado Democrático de Direito, o desenvolvimento desta dissertação partirá do geral para o específico e se fulcrará numa análise principiológica do tema proposto.

Assim, o segundo capítulo versará sobre a teoria geral da prova. Nele, analisaremos as questões relativas à necessidade e ao direito à prova, proporemos um conceito e definiremos o objeto, a finalidade, as fontes e os meios de prova, bem como examinaremos os sistemas de valoração, a iniciativa, o ônus da prova e as fases do procedimento probatório. Por fim, faremos uma breve apresentação da teoria da ponderação de valores.

No terceiro capítulo, trataremos da prova emprestada e apresentaremos o conceito, a classificação, os fundamentos e as justificativas deste instituto. Também perscrutaremos a compatibilidade do empréstimo da prova com o princípio da oralidade, sua aplicabilidade ao processo do trabalho, seus requisitos de admissibilidade, o procedimento processual e a valoração da prova transportada nos autos em que é recebida.

O quarto capítulo será dedicado aos poderes instrutórios do magistrado, sua efetivação e seus limites.

Os temas do quinto e último capítulo são o ativismo judicial, seus limites e suas principais críticas: ofensa ao princípio da separação de poderes e a possibilidade de abuso de poderes.

Na conclusão, retomaremos o objetivo desta dissertação, que consiste em demonstrar que o ativismo judicial manifestado através do empréstimo da prova constitui meio célere e econômico para alcançar a verdade, muitas vezes, real, e, por conseguinte, para efetivar o direito à prova, os direitos trabalhistas e o ideal de justiça – dar a cada um o que é seu.

2 A PROVA.

Inicialmente, faremos um breve esboço sobre a teoria geral da prova e sobre a técnica da ponderação de valores, para no terceiro capítulo, à luz dos elementos aqui colhidos, analisarmos os temas específicos atinentes à prova emprestada.

2.1 Necessidade.

O Homem foi obrigado, por contingências naturais, a viver em sociedade. E para possibilitar a convivência social e, em última *ratio*, sua própria sobrevivência foi impelido a criar normas de conduta.

As normas de conduta, por si sós, contudo, não garantiam a coexistência pacífica e harmônica, razão pela qual foi necessário criar também sistemas de repressão às condutas antinormativas, entre os quais o Direito¹.

Paulo Nader fala em Direito como um processo de adaptação social. Para ele, é essa adaptação que torna o homem forte, resistente, apto a enfrentar os rigores da natureza, a viver em sociedade, desfrutar de justiça e segurança e a conquistar seu mundo cultural. O Direito surge, pois, de uma necessidade humana de paz, ordem e equilíbrio (NADER, 2011, p. 17-18).

Como é óbvio, a aplicação do Direito não pode ser arbitrária, sob pena de frustrar o próprio fim a que se destina – a pacificação dos conflitos de interesse com justiça. Por essa razão, foram criadas regras e métodos de julgamento e, desde cedo, convencionou-se que a atividade judicante deveria se fundar em provas.

Toda pretensão de direito se origina de um fato². A causa de pedir a prestação jurisdicional é, pois, a ocorrência ou não de um fato ou ato jurídico desconforme com a ordem jurídica. As provas são os meios de se reproduzir, no instante do julgamento, o mais próximo quanto possível, a verdade acerca desses fatos.

¹ Também se pode falar na religião, na moral e nas regras de trato social como sistemas de pacificação social em sentido amplo. Mas, só o Direito é dotado de coercibilidade. Nesse sentido, as lições de NADER (2011, p. 31-32).

² Como já diziam os romanos: *ex facto oritur ius*.

A prova das alegações das partes é que permite, portanto, a subsunção dos fatos às normas jurídicas. Nesse sentido, Francesco Carnelutti (CARNELUTTI, 2005. p. 30), assevera que a norma jurídica é um mandado hipotético - supõe determinada situação e manda com respeito a ela. Para concretizar a norma, é necessário comprovar uma situação idêntica à situação suposta, assim, através da sentença, o mandado hipotético se converte em mandado real. Para ele, a comprovação da identidade (ou da diferença) da situação suposta pela norma e da situação litigiosa (“causa”) é o fim do processo e o objetivo do julgamento.

As provas também são o pressuposto lógico da técnica da ponderação de valores sobre a qual dedicaremos a subseção 2.9.1 dessa dissertação, já que, se não provado o direito, não se pode falar em colisão ou conflito entre princípios. Dessa forma não provado, por exemplo, que o trabalhador não foi contratado em razão de discriminação negativa, mas por falta de qualificação, não se chega a ponderar qual o princípio deve prevalecer: o direito ao trabalho ou o direito de livre iniciativa do empregador que o permitira contratar pessoas de determinado sexo, cor ou altura para certa função.

A prova, por conseguinte, é necessária para formar e justificar o convencimento do julgador sobre a veracidade ou não dos fatos afirmados pelas partes. Cada parte conta a sua versão e aquela que, através das provas produzidas, convencer o juiz ganha a lide. Por essa razão, afirma Bentham, citado por Fredie Didier Junior e outros (2007, p. 19-20), que a arte do processo é a arte de administrar as provas e Carnelutti, citado por Schiavi (2011) que a prova é o coração do processo.

Além, pois, de possibilitar que o julgador solucione a lide através do silogismo jurídico, em que a verdade obtida através da prova seria a premissa menor, o Direito a premissa maior e justiça a conclusão (WALDRAFF, 2003, p. 1.903), a prova é o fundamento da decisão, cuja explicitação obrigatoriamente é exigida pelo inciso IX do artigo 93 da CRFB, sob pena de nulidade³.

Dessa forma, a prova é, em última análise e em regra⁴, a própria motivação da decisão. A exposição dos motivos que levaram o magistrado a julgar dessa ou daquela maneira visa a convencer as partes e a sociedade do acerto da decisão, proteger diretamente os direitos

³ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: X todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;” (BRASIL, 2011).

⁴ Em regra, porquanto não se pode olvidar que em muitos casos a decisão será tomada com fundamento numa presunção, nas máximas de experiência, na observação do que ordinariamente acontece ou pela aplicação da teoria do ônus da prova.

fundamentais dos indivíduos (FELICIANO, 2007, p. 87), especialmente à justiça e ao devido processo legal e propiciar o efetivo controle do Poder Judiciário por meio do sistema de impugnação das decisões.

Ora, o juiz só pode decidir de acordo com o que foi devidamente provado nos autos. Contra a decisão não fundada ou contrária às provas produzidas, poderão as partes prejudicadas interpor os recursos legais e as ações cabíveis.

Manoel Antonio Teixeira Filho (2010, p. 56) assevera que a prova é necessária porque o juiz não pode se impressionar com as meras alegações das partes. A lei, no caso, o artigo 131 do CPC⁵ exige que o magistrado decida, que forme a sua convicção, com apoio na prova produzida nos autos. Por estas razões, fala-se até em um princípio da necessidade da prova, segundo o qual as alegações das partes devem ser provadas (WALDRAFF, 2003, p. 1.908; OLIVEIRA, 2005, p. 37-38; SCHIAVI, 2010, p. 27, entre outros).

2.1.1 Direito à prova.

Tão necessária é a prova que a doutrina⁶ passou a consagrar um direito fundamental à prova, que, em nosso ordenamento jurídico, está estabelecido implicitamente nos incisos XXXV, LIV, LV e LVI do artigo 5º da CRFB⁷, que preveem os direitos fundamentais ao acesso à justiça, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, proibidas, a princípio, apenas as provas obtidas por meio ilícitos.

O direito à prova resulta da necessidade de se garantir ao cidadão a adequada participação no processo, isto é, de poder influenciar no desenvolvimento e resultado do

⁵ “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” (BRASIL, 2011).

⁶ Como a de DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 23. De acordo com SOUZA (2011), o direito à prova é um direito fundamental derivado do princípio do contraditório e da ampla defesa e a Constituição Espanhola de 1978 foi a primeira a prevê-lo expressamente.

⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícito;” (BRASIL, 2011).

processo. Esse direito engloba o direito de requerer a produção da prova, participar de sua realização e de se manifestar sobre o resultado da prova.

Para Eduardo Cambi, citado por Vezzoni (2005, p. 20), o direito à prova é a possibilidade das partes se valerem de todos os meios idôneos ou úteis ao esclarecimento da verdade e a vedação ao legislador de inserir obstáculos desarrazoados ao exercício desse direito.

Todavia, como esclarece Hernando Devis Echandía, citado por Vezzoni (2005, p. 21), não é um direito de convencer o juiz, mas de que ele aceite a produção da prova requerida e a aprecie. A parte tem o direito de produzir a prova para que ela seja submetida ao crivo processual, isto é, seja valorada pelo juiz, o que implica até mesmo sua total desconsideração na formação do livre convencimento, que deve ser, é claro, motivado.

Impende ressaltar que o direito à prova, em sua concepção atual, não repercute apenas nas atividades das partes. Ele também incide sobre o magistrado⁸, porquanto, à luz do princípio da cooperação ou colaboração processual entre as partes e o tribunal, conforme Feliciano (2007, p. 30), e da concepção instrumentalista do processo, há no processo contemporâneo uma acentuação da inquisitorialidade e a prevalência da decisão meritória sobre a formal.

Dessa forma, ao direito das partes à prova corresponde o dever do juiz de determinar a produção da prova ainda não constante dos autos que entenda necessária para a formação de seu convencimento. Tal dever decorre da norma expressa no artigo 339 do CPC⁹, subsidiariamente aplicável ao processo do trabalho por força do artigo 769 da CLT¹⁰, e implicitamente dos artigos 765¹¹ e 852-D¹² também da CLT, que permitem ao magistrado produzir as provas que entender necessárias para a formação de seu livre convencimento, bem como dos objetivos do processo – atuar a norma jurídica de direito material e realizar a justiça.

⁸ Trataremos do tema com mais vagar nos tópicos seguintes quando analisarmos a iniciativa da prova (seção 2.7) e especialmente os poderes instrutórios do juiz (Capítulo 4) e ativismo judicial (Capítulo 5).

⁹ “Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.” (BRASIL, 2011).

¹⁰ “Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.” (BRASIL, 2011).

¹¹ “Art. 765 - Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.” (BRASIL, 2012).

¹² “Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.” (BRASIL, 2012).

Em suma, o direito à demonstração da veracidade de suas alegações por todos os meios lícitos, e até mesmo ilícitos como veremos na subseção 2.9.1, inclusive por determinação *ex officio* do juiz é um direito fundamental da parte, já que é através da prova das alegações de fato que se atinge a verdadeira justiça.

2.2 Conceito.

Impende ressaltar que, em nosso ordenamento, não há definição legal do que seja prova. Compete, pois, à doutrina a tarefa de conceituar o termo.

Embora haja dissenso doutrinário quanto à etimologia da palavra prova¹³, filiamo-nos àqueles¹⁴ que afirmam que o termo se originou do latim *probare* (provar) do qual derivou *probatio* (prova). O significado original era o exame do bom, do bem nascido, mas, atualmente, traduz a idéia de verificação, exame e inspeção.

A palavra prova é polissêmica, isto é, possui vários significados. Não olvidando essa peculiaridade, para os estreitos objetivos deste trabalho, enfatizaremos apenas os sentidos usual e jurídico.

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira ([198-], p. 1151) apresenta as seguintes definições para a palavra prova: a) sentido vulgar: “aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa;” e b) sentido jurídico: “atividade realizada no processo com o fim de ministrar ao órgão judicial os elementos de convicção necessários ao julgamento.”

Francesco Carnelutti (2005, p. 71-73), por sua vez, entende que prova, em linguagem comum, significa demonstrar a verdade de uma proposição afirmada e, juridicamente, é a demonstração da verdade formal ou a determinação formal dos fatos discutidos.

Para Giuseppe Chiovenda, citado por Schiavi (2010, p. 11), provar juridicamente é formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes do processo. Já Couture define a prova, de forma objetiva, como demonstrar de algum modo a certeza de um fato ou a verdade de uma afirmação. A prova pode, portanto, revelar diretamente o fato ou evidenciá-lo por indício ou presunção, que não são propriamente prova, mas nela se convertem.

¹³ Alguns autores asseveram que o termo deriva de *probe* (honradez) ou de *probandum* (experimental). Outros, como WALDRAFF (2001, p. 1.903), entendem que a palavra prova vem do latim *proba*, do verbo *probo* e do denominativo *probus* que significa a marcha reta, boa, honesta, exata ou séria.

¹⁴ Entre os quais SILVESTRE (2010, p. 15) e SCHIAMI (2010, p. 11).

Como se vê, mesmo em matéria processual, o termo prova é equívoco. Pode significar, por conseguinte, a atividade probatória; o resultado final da fase instrutória e, ainda, cada um dos meios de prova de que se pode usar para demonstrar a verdade (FELICIANO, 2007. p. 77-78).

Cabe ressaltar que nem sempre o fato será demonstrado diretamente pela prova. Assim e pela própria impossibilidade de alcance da certeza absoluta, o juiz não pode se prender a um conceito super objetivo da prova (certeza ou a verdade). Sua convicção, na grande maioria dos casos, será o resultado de dedução, raciocínio ou especulação.

O juiz formará sua convicção com base nesses artifícios mentais, nos casos em que tiver que se valer de uma presunção para solucionar a lide, ou seja, quando sua decisão for embasada em uma presunção propriamente dita, nas máximas de experiência ou no que ordinariamente acontece¹⁵. Necessário, portanto, conceituar o que seja indício e presunção.

Indício é o fato provado, por juízo de mera probabilidade, que permite considerar demonstrado outro fato, por indução ou dedução (WALDRAFF, 2003, p. 1.914). Melhor dizendo, é o fato conhecido a partir do qual se conclui (se presume) a existência de um fato desconhecido, com base na ordem normal das coisas (o que ordinariamente acontece).

Presunção é a dedução, conclusão ou consequência que se tira de um fato conhecido, para admitir como certa, verdadeira e provada a existência de um fato desconhecido ou duvidoso. Não é meio de prova, mas um raciocínio lógico (SCHIAVI, 2010. p. 20).

De acordo com Eduardo Cambi (2006. p. 42), argumento de prova não é propriamente prova, sua função é auxiliar e integrativa na medida em que serve como indício na formação do raciocínio presuntivo e de instrumentos lógico-críticos que auxiliam na valoração das provas típicas. Argumento de prova e indício seriam, pois, a mesma coisa.

Vale, entretanto, frisar que, para Mauro Cappelletti, citado por Cambi (2006, p. 42), argumento de prova tem o mesmo significado de presunção simples, sendo, destarte, infundada a idéia de que possui função meramente auxiliar e incompleta.

Sinteticamente, podemos conceituar a prova, no sentido vulgar, como o meio empregado para demonstrar a existência de um ato ou a verdade de um fato. E, juridicamente, como a demonstração, segundo normas jurídicas, da verdade dos fatos controvertidos para os fins de formar a convicção do juiz quanto à solução da lide.

¹⁵ Quando o juiz resolve a lide com fundamento nas máximas de experiência ou no que ordinariamente acontece, ele também desenvolve um raciocínio presuntivo, partindo-se desses conhecimentos ele deduz o que teria acontecido.

2.3 Objeto da prova.

Conceituada a prova como a demonstração da verdade dos fatos controvertidos, cumpre analisar o seu objeto, isto é, sobre o quê recai a atividade probatória.

Primeiramente, cabe consignar que a doutrina moderna observa que o objeto da prova não é propriamente o fato ocorrido, mas as alegações das partes sobre esse fato (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 25.).

De acordo com Luiz Vicente Cernicchiaro, o objeto da prova é o fato investigado (CERNICCHIARO, 1996, p. 127), já Mauro Schiavi (2010. p. 12) assenta que o objeto da prova é o que se pretende demonstrar em juízo e o quê é possível demonstrar no processo.

Por força do princípio *iura novit curia*, o juiz deve, em regra, conhecer o Direito, isto é, a ordem jurídica vigente. As alegações sobre os fatos, todavia, somente lhe são apresentadas, posteriormente, no desenrolar do processo e sobre elas, quando controvertidas (contrariadas pela(s) outra(s) parte(s))¹⁶, recaem as provas.

Impende esclarecer que ao magistrado cabe conhecer, previamente, apenas o direito federal e as normas a ele equiparadas, como os tratados internacionais ratificados pelo Brasil. As partes devem, por conseguinte, quando determinado pelo juiz, provar o teor e a vigência da norma estadual, municipal, estrangeira ou consuetudinária (artigo 337 do CPC¹⁷), bem como, por analogia, os de acordo ou convenção coletiva de trabalho, sentença normativa e regulamento de empresa.

Os fatos litigiosos variam de caso para caso devido à infundável multiplicidade de relações jurídicas travadas no seio social. Às partes, destarte, incumbe indicar os contornos objetivos e subjetivos da lide, através de suas alegações na inicial e na defesa (artigos 282 e 300 do CPC¹⁸).

¹⁶ Íssis de Almeida (1995, 2. v.) adverte que controvertidos são os fatos incompatíveis entre si.

¹⁷ Art. 337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz. (BRASIL, 2011).

¹⁸ “Art. 282. A petição inicial indicará:

I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida;
 II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;
 III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;
 IV - o pedido, com as suas especificações;
 V - o valor da causa;
 VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;
 VII - o requerimento para a citação do réu.

Ao fixarem os limites objetivos da lide, isto é, a controvérsia, as partes delimitam também o objeto da prova ou o *thema probandum*, ou seja, o conjunto de alegações de fatos juridicamente relevantes, cuja existência ou inexistência deve ser provada nos autos processuais.

Em nosso ordenamento jurídico, o artigo 332 do CPC¹⁹ é claro ao estabelecer que se prova a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa. Enquanto o artigo 334 do mesmo diploma legal²⁰, *a contrario sensu*, indica que somente os fatos controversos devem ser objeto de prova.

Apenas a controvérsia sobre a veracidade ou existência do fato, contudo, não é suficiente para autorizar sua prova em juízo. Manoel Antonio Teixeira Filho (2010, p. 37) e Fredie Didier Júnior e outros (2007, p. 25-26) advertem que somente os fatos controvertidos, relevantes e determinados devem ser objeto da prova.

Fato controvertido, como já referido, é o fato alegado por uma das partes e negado ou impugnado total ou parcialmente pela outra²¹. Por essa razão, é que independem de prova os fatos incontrovertidos ou admitidos pela outra parte como verdadeiros e os a cujo favor milita presunção absoluta ou relativa de veracidade e de outra prova os fatos confessados por qualquer uma das partes.

Muitas vezes, no entanto, o fato incontrovertido pode ser objeto de prova. E isso ocorrerá sempre que o juiz entender necessária a prova para formar o seu firme convencimento sobre a matéria fática. Como, por exemplo, quando o julgador suspeitar que autor e réu se servem do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei (artigo 129 do CPC²²), ou quando os fatos não parecem verossímeis segundo o que ordinariamente acontece ou estão fora do padrão médio da sociedade.

Também, não dependem de prova os usos e costumes, isto é, os fatos que ocorrem com habitualidade na vida de um povo, de uma cidade, de um lugar.

Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir. (BRASIL, 2011).

¹⁹ Art. 332. 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. (BRASIL, 2011).

²⁰ Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontrovertidos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. (BRASIL, 2011).

²¹ Nesse sentido, assevera SCHIAVI (2010, p. 13).

²² Art. 129. Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes. (BRASIL, 2011).

Impende salientar que usos e costumes não se confundem com direito consuetudinário. Esse último é o conjunto de regras que se estabelecem pelo costume ou tradição, pelo uso geral e prolongado, havendo a presunção de que o consenso geral o aprovou.

Cabe frisar que os fatos notórios prescindem de prova. Notório é o fato de conhecimento geral do povo, o fato público, portanto, conhecido pelo menos por um grande número de pessoas²³. A notoriedade do fato depende de um consenso geral; do conhecimento de todos; da admissão prévia da opinião pública²⁴.

Já, os fatos impossíveis de acontecer ou de se provar, por óbvio, não admitem prova²⁵.

A prova do fato deve ser concludente, ou seja, dela deve resultar um esclarecimento para o juiz. Assim sendo, não se provam os fatos impertinentes e os irrelevantes, ainda que pertinentes, já que não influem na decisão da causa.

Relevante ou influente é o fato que pode influenciar na decisão da causa, isto é, que se relaciona com a questão discutida e a aplicabilidade das normas legais ou dos princípios de direito ao litígio.

O fato determinado é o individualizado, especificado, o que se distingue de qualquer outro com ele assemelhado.

Os fatos probandos classificam-se como constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito postulado (artigo 333 do CPC²⁶). Podemos conceituar esses fatos da seguinte forma: (MACHADO JÚNIOR, 2001, p. 153-154)²⁷

a) constitutivo é o fato que dá origem a uma relação jurídica,(por exemplo, a existência concomitante dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego (pessoalidade, trabalho prestado por pessoa física, onerosidade, subordinação e não-eventualidade);

b) impeditivo é o fato que impede que de outro decorra o seu efeito normal (como a falta grave que impede os efeitos da dispensa sem justa causa);

²³ O conceito é de Nelson Godoy Bassil e foi citado por Waldraff (2003, p. 1.913).

²⁴ Os dois últimos exemplos são de Schiavi (2010, p. 13).

²⁵ Nesse sentido, SCHIAVI, Mauro. Provas no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010. p. 13.

²⁶ Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. (BRASIL, 2011).

²⁷ José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 124) conceitua o fato constitutivo como aquele que dá vida a uma vontade concreta da lei; extintivo o que faz cessar essa vontade e impeditivo é a inexistência de um fato que deve concorrer com o constitutivo para que dele decorram seus efeitos.

c) modificativo é o fato que não exclui nem impede a constituição de uma relação jurídica, mas a modifica ao ponto de tornar improcedente, em parte, o pedido (exemplificativamente, a compensação de parte das horas extras trabalhadas);

d) extintivo é o fato que faz cessar a relação jurídica (como o pagamento das horas extras postuladas).

2.4 Finalidade da prova.

Conceituada a prova e definido seu objeto, insta indagar qual a finalidade da prova, o que se objetiva atingir com a atividade probatória no processo. Há, pelo menos, três teorias a respeito deste tema (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 28).

A primeira entende que o fim da prova é estabelecer a verdade; a segunda que é fixar formalmente os fatos postos no processo, enquanto a terceira que o objetivo da prova é convencer o juiz, isto é, levá-lo a alcançar a certeza necessária para proferir a decisão.

Fredie Didier Júnior e outros (2007, p. 28-29) afirmam, no entanto, que as duas primeiras teorias não podem prevalecer porque ao ser humano é impossível atingir a verdade ou ter a certeza de que a atingiu. Outro obstáculo contra a segunda corrente, para o referido autor, é que ela admite que o legislador estabeleça critérios para que se possa reputar, ainda que formalmente, demonstrados os fatos alegados pelas partes, ela possibilita, destarte, a aplicação do sistema de tarifamento das provas, do qual trataremos na subseção 2.6.

A terceira teoria, atenta à limitação humana para o descobrimento da verdade e insatisfeita com a solução formalística oferecida pela segunda, aduz que a finalidade da prova é dar ao juiz suporte suficiente para formar sua convicção quanto aos fatos alegados e proferir a sentença a partir da crença de que alcançou a verdade.

Em última análise, portanto, a busca da verdade, não a verdade como noção ontológica e objetiva, é o motivo e o fim a se atingir através da prova. É a verdade ou quanto mais próximo dela se chegar que convence o juiz e permite solucionar a lide com justiça. A busca da verdade, portanto, é que torna necessária a prova.

Dessa forma, impõe-se esclarecer o quê se entende por verdade. A concepção contemporânea de verdade jurídica se desenvolveu a partir das noções grega e latina, ainda presentes e largamente utilizadas atualmente (MACHADO JÚNIOR, 2001, p. 42).

Para os gregos, verdade é a manifestação daquilo que é ou existe tal como é²⁸. A verdade estaria, por conseguinte, nas próprias coisas ou na própria realidade.

A verdade romana, por seu turno, se refere à precisão, ao rigor e à exatidão do relato dos fatos ocorridos. A verdade dependeria da linguagem, da coerência lógica das idéias, da validade lógica dos argumentos²⁹.

Entendemos que a concepção grega, que atenta para a realidade, deve ser prestigiada para os fins de demonstração, em juízo, dos fatos controvertidos. Neste sentido, aponta o princípio da primazia da realidade sobre a forma de forte incidência no Direito do Trabalho. De acordo com este princípio, em caso de discordância entre o que ocorreu na prática e o que surge de documentos e contratos, deve-se dar preferência ao que se sucedeu no mundo dos fatos (na prática) (ZECHIN, 2011).

Embora fixada a preferência pela verdade da própria realidade, o direito processual não pode subsistir sem a aceitação de que nem sempre a verdade desvelada no processo (verdade formal) coincide com o que ocorreu (verdade real).

Quanto a esse aspecto, Cândido Rangel Dinamarco, citado por Waldraff (2003, p. 1.904) esclarece que a verdade e a certeza são dois conceitos absolutos e, por esta razão, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e conseguir a segunda. O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade.

A verdade formal é o mero produto dos esforços processuais, limite da técnica e da imperfeição humana ou jurídica. À ela se contrapõe a verdade real; que é o que se deu no mundo dos fatos, a verdade verdadeira (a verdade na concepção grega).

Não se olvide que a verdade real é o ideal, a meta a ser atingida ou o fim a se alcançar no processo³⁰. É que o processo só atinge de fato o seu fim teleológico – a justiça – quando a verdade formal coincide com a verdade real. Entretanto, para os fins de pacificação social através do processo, a verdade formal substitui a verdade real, ainda que com ela não coincida³¹.

²⁸ O conceito é de Marilena Chauí e foi citado por MACHADO JÚNIOR (2001, p. 41).

²⁹ O conceito é de Marilena Chauí e foi citado por MACHADO JÚNIOR (2001, p. 41).

³⁰ Não concordamos com a corrente doutrinária moderna que defende a superação da dicotomia entre verdade real e formal. Primeiro, porque propõe uma verdade processual ou legal que nada mais é do que a verdade formal. Segundo, porque essa mesma vertente reconhece a dificuldade de se atingir a verdade real através do processo (então a verdade alcançada através da atividade processual, não seria uma verdade formal (ainda que denominada processual ou legal?). Terceiro, porque a busca incessante pela verdade absoluta impossibilitaria a prestação jurisdicional, ao menos, em tempo razoável. Para nós, portanto, a distinção permanece válida. Entre os defensores da superação da dicotomia apontamos, entre outros, Schiavi (2010, p. 16); Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Gildo dos Santos, citados por Schiavi (2010, p. 14-16).

³¹ José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 152-153) assevera que o termo verdade formal pode ser modificado sem nenhuma alteração de significado para mentira formal, uma vez verdade formal é aquela aceita

Francesco Carnelutti (2005, p. 48) esclarece que:

[...] em substância, é bem fácil observar que a verdade não pode ser mais que uma, de tal maneira que, ou a verdade formal ou a jurídica coincide com a verdade material, e não é mais que verdade, ou discrepa dela, e não é senão uma não verdade, de tal maneira que, sem metáfora, o processo de busca submetido a normas jurídicas que obrigam e deformam sua pureza lógica, não pode na realidade ser considerado como um meio para o conhecimento da verdade dos fatos, senão para uma fixação ou determinação dos próprios fatos, que pode coincidir ou não com a verdade dos mesmos e que permanece por completo independente deles. (grifamos).

O contentamento com a verdade formal, ainda que possa fomentar o descrédito do Poder Judiciário com a sociedade, se impõe, em alguns, senão na grande maioria dos casos, pela necessidade de segurança e certeza jurídica, já que a busca incessante pela verdade real, muitas vezes impossível de ser alcançada, pode eternizar o conflito. Assim, não se procura, no processo judicial, a certeza absoluta, mas a convicção suficiente para se pronunciar a sentença.

O grande desafio do aplicador do Direito é, por conseguinte, conjugar os princípios da celeridade processual e da segurança jurídica no caso concreto³². Esses princípios, embora sejam complementares, estão sempre em conflito. Eles se implicam reciprocamente, de modo que nenhum deles se realiza sem influir direta ou indiretamente no outro (OLIVEIRA, 2008, p. 46). Dessa maneira, a aceleração do processo pode acarretar risco para o descobrimento da verdade, e o incremento da segurança pode comprometer a razoável duração do processo.

Impende salientar que o norte para a conjugação desses valores é a opção de nosso legislador pela celeridade, ou seja, pela suficiência da verdade formal. Nesse sentido, o artigo 131 do CPC preceitua que o juiz apreciará a prova atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ou seja, de acordo com a verdade que foi possível se encontrar através da atividade processual, mesmo não sendo idêntica ao que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos.

Tanto é assim, que, já há muito, estabelece o adágio latino: *quod non est in actis, non est in mundo* (“o que não está nos autos, não está no mundo”). Ainda que imperfeita a verdade alcançada pela instrução processual é ela que formará o convencimento do juiz e determinará o julgamento da lide.

pelo juiz, sem qualquer preocupação com a correlação entre o resultado do processo e a realidade substancial. E citando Barbosa Moreira adverte que a verdade é uma e interessa a qualquer processo, ainda que a justiça possa e às vezes deva renunciar à sua reconstituição completa em atenção a outros valores de igual dignidade.

³² Plenamente viável através da técnica da ponderação de valores, sobre a qual nos dedicaremos em tópico específico.

Ademais, não se admite que a busca pela verdade real deixe a lide indefinidamente sem solução. Não há dúvidas de que nosso ordenamento adotou o princípio da vedação ao *non liquet*³³ ou da proibição da abstenção de julgar. Dessa forma, o juiz, mesmo quando não convencido da verdade dos fatos, terá, em certo momento processual, de decidir a demanda socorrendo-se das presunções e, em último caso, da teoria do ônus da prova³⁴.

Eduardo Cambi (2006, p. 51) corrobora essa opção do legislador pela celeridade e pela verdade formal ao afirmar que a verdade de que trata o artigo 332 do CPC é uma verdade relativa, obtida segundo métodos razoáveis e dentro dos limites das possibilidades inerentes ao mecanismo probatório.

É preciso ter em mente, pois, que o processo é um instrumento para solucionar o maior número possível de casos com a maior justiça possível e não um mecanismo que dê sempre a perfeita solução a todos os conflitos de interesse, isto é, correspondente à verdade real.

A sentença ao acolher a veracidade das alegações de uma das partes, não proclama que um fato seja necessariamente verdadeiro segundo a realidade, mas que o é de acordo com as normas jurídicas. Dito de outra forma, a prova não tem por finalidade provar a verdade absoluta, porquanto visa apenas, demonstrar a probabilidade ou verossimilhança das alegações da partes para convencer o juiz da verdade.

Nesse sentido, Carlos Alberto Reis de Paula (2001, p. 70) assevera que o julgador ao dizer que um fato é verdadeiro está simplesmente afirmando que a prova foi suficiente para lhe dar a certeza do evento.

O juiz e as partes, portanto, devem envidar todos os esforços para que a verdade se reproduza no processo tal qual ocorreu, a finalidade da prova é, pois, a busca da verdade real. Mas, como ela nem sempre é alcançada, em face das vicissitudes do processo e da falibilidade humana, inclusive quanto à interpretação dos fatos provados, admite-se o julgamento com fundamento na verdade formal.

³³ O *non liquet* é um instituto do direito romano que permitia ao pretor, na falta ou insuficiência de provas, não julgar a lide, reabrir a instrução e determinar que as partes produzissem novas provas, segundo Waldraff (2003, p. 1.909).

³⁴ Esclarecem DIDIER JUNIOR e outros (2007, p. 56) que as regras do ônus da prova indicam às partes quais as alegações lhe incumbem provar e orientam o juiz quando há um *non liquet* em matéria de fato.

2.5 Fontes e meios de prova.

Assentado que a prova é necessária para o descobrimento da verdade e para pacificar com justiça o conflito, incumbe analisar quais os instrumentos disponíveis para sua demonstração nos autos processuais.

Antes de ingressar no processo, a prova é considerada fonte. Dessa forma, a fonte da prova é um fenômeno externo ao processo e ao procedimento. Fonte é a pessoa ou a coisa da qual se pode extrair informação capaz de comprovar a veracidade ou não de uma alegação.

No dizer de Mauro Schiavi (2010, p. 12), fonte de prova é o fato natural ou humano que tem relevância na esfera jurídica e as coisas corpóreas ou não, existentes na natureza ou criadas pelo homem, das quais se originam os meios de prova.

Já meio de prova é o instrumento legal ou admissível pelo Direito para se demonstrar a veracidade das alegações em juízo (SCHIAMI, 2010. p. 12), sendo, pois, um fenômeno interno ao processo e ao procedimento. Pode-se, pois, dizer que meio de prova é o modo como o objeto da prova é apresentado ao juiz (CERNICCHIARO, 1996, p. 127), a quem incumbe valorá-lo.

Vale salientar que vários critérios são utilizados pela doutrina para classificar os meios de prova – a tipicidade, o objeto, o sujeito, a forma, etc. Ante o objetivo dessa dissertação, nos aprofundaremos na análise apenas da classificação quanto à tipicidade, porquanto a prova emprestada se classifica como um meio atípico. Ressaltamos, ainda, que empregaremos o termo prova no sentido de meio de prova.

Há vários meios de se provar a verdade fática. A lei processual civil não os enumera taxativamente, vez que admite como prova, além do depoimento pessoal, da confissão, do documento, da testemunha, da inspeção judicial e da perícia (meios típicos), todos os meios moralmente legítimos (meios atípicos).

O meio de prova quanto ao objeto, isto é, quanto aos fatos a serem provados, pode ser classificado como direto ou indireto.

A prova é direta quando revela o fato em linha reta. O fato a provar é percebido pelo juiz com seus próprios sentidos: visão, audição, etc. A inspeção judicial, por exemplo, é um meio direto de prova³⁵.

³⁵ Para Manoel Antonio Teixeira Filho (2010, p. 32), a prova testemunhal e a documental também constituem prova direta dos fatos.

Indireta, circunstancial, indiciária ou por presunção é a prova que não se refere ao fato probando, mas a outro a partir do qual se chega àquele através de um raciocínio lógico. Esse tipo de prova, embora seja realizado na grande maioria dos casos, deve ser admitido, em regra, apenas na hipótese de não ser possível a prova direta, cuja eficácia processual é superior.

Muitas vezes, entretanto, a prova indireta merecerá mais fé do que a prova direta, como, por exemplo, no fato que tem maior cunho subjetivo do que material, isto é, quando se quer provar a intenção e não uma manifestação expressa.

Quanto ao sujeito ou à fonte, a prova se subdivide em: prova pessoal ou real.

Prova pessoal é a que consiste na afirmação da própria parte, testemunha ou em documento contendo uma declaração, enquanto prova real é a atestação emanada da própria coisa, que se dá pela verificação material do fato probando através de documentos, perícia ou inspeção judicial.

Quanto à forma ou ao modo de produção, as provas podem ser classificadas como: documentais; testemunhais e materiais. Prova testemunhal é a declaração oral de quem participou ou assistiu o fato; material é a atestação emanada da própria coisa; e documental é a declaração por escrito judicial ou extrajudicial.

Quanto ao momento, a prova pode ser pré-constituída ou causal.

Prova pré-constituída é a prova produzida antes do processo sem a intenção de provar a veracidade de um fato em âmbito processual. A prova pré-constituída deve ser juntada aos autos pelas partes quando da propositura da ação ou do oferecimento da resposta. Já prova causal, simples ou constituenda é aquela cuja necessidade surge no curso do processo. Por essa razão, é sempre realizada após a apresentação da inicial e da defesa. É a prova feita para demonstrar a veracidade de determinado fato cuja controvérsia nasceu em razão do processo e com o objetivo determinado de convencer o juiz. São exemplos de prova causal: os depoimentos das partes e das testemunhas; as perícias; as presunções e os indícios.

A maior parte das provas utilizadas no processo do trabalho são pré-constituídas, porquanto, à medida que os fatos vão ocorrendo, vão sendo comprovados pelas partes e, em regra, pelo empregador, naturalmente, em documentos que devem obedecer a padrões determinados, para os fins imediatos a que se destinam. São exemplos de provas pré-constituídas: o contrato de trabalho; os recibos; os lançamentos contábeis; as ordens de serviço; as correspondências; os cartões ou folhas de ponto e as cartas de suspensão ou advertência.

Finalmente, pode-se dizer que a prova é classificada como emprestada, transportada ou transladada quando realizada em um processo e utilizada como meio de prova em outra relação processual.

2.5.1 Provas atípicas.

Como *suslo* referido, as provas típicas ou nominadas são as expressamente previstas em lei, como a prova testemunhal, a documental, a confissão. Já as provas atípicas ou inominadas são os meios moralmente legítimos não especificados pelo CPC, a que se refere o artigo 332.

As alegações de fato podem, por conseguinte, ser provadas pelos mais variados meios de prova ainda que não discriminados expressamente pela lei, porquanto esta não impõe um rol taxativo dos meios de prova. O que não se admite, em princípio, é que a prova seja produzida em ofensa ao ordenamento jurídico.

A doutrina é unânime quanto ao acerto da opção legislativa de não estabelecer um rol taxativo dos meios de prova. Os juristas asseveram, em apertada síntese, que a vida é muito rica em situações inusitadas e erraria quem se imaginasse capaz de esquematizar soluções para todas elas, pois deixaria o juiz e as partes impotentes frente a casos não disciplinados (entre os quais Egas D. Moniz de Aragão, citado por CAMBI (2006, p. 42)).

Ademais, é a própria natureza do fato ou as circunstâncias em que ele ocorreu que determinam qual o melhor meio de prová-lo. Assim, a tipificação exaustiva impediria a utilização de novos meios de prova, advindos da evolução científica e tecnológica que certamente ampliará ainda mais os meios pelos quais o homem toma conhecimento de tudo o que o cerca³⁶.

A prova emprestada, para nós e para grande parte da doutrina³⁷, classifica-se como um meio atípico, porquanto não prevista expressamente pelo CPC. Cabe ressaltar, no entanto, que há doutrinadores que entendem que esse meio de prova é típico, uma vez que é transferido para o outro processo sob a forma de documento. Esse é, por exemplo, o posicionamento de Alexandre Freitas Câmara, citado por MARTINS (2006, p. 167), que assevera que por ser

³⁶ Nesse sentido, doutrina CAMBI (2006, p 41).

³⁷ Entre as quais a de CAMBI (2006. p. 40).

valorada como uma prova documental, a prova emprestada não é atípica, mas uma manifestação desse tipo de prova.

Impende salientar, ainda, que, *a priori*, somente a prova atípica ou inominada moralmente legítima é hábil para provar a verdade dos fatos. A legitimidade é mais ampla que a mera legalidade, uma vez que legítimo é o agir que se submete à finalidade da lei, enquanto legal é o agir que se submete a lei.

Cabe, pois, distinguir entre prova ilícita (ilegal) e prova ilegítima. Prova ilícita é aquela que considerada em si mesma viola o ordenamento jurídico, como a obtida por meio de tortura; ao passo que prova ilegítima é aquela que embora admitida ou tolerada pelo ordenamento jurídico é obtida por meios ilícitos, como a prova que é obtida através da violação de correspondência ou do sigilo telefônico e bancário³⁸.

Insta salientar que o empréstimo da prova, entendido como técnica processual de instrução, não viola o ordenamento jurídico e nem é ilegítimo, ao revês, é meio probatório através do qual se concretiza o direito de acesso à justiça e à prova, ou seja, ao processo justo.

Todavia, o meio de prova que se pretende transladar pode ter sido produzido com mácula nos autos do processo em que se originou. Mas, nem mesmo esse fato impede peremptoriamente o empréstimo dessa prova. É que não se trata de vedação absoluta.

Em nosso entender, há casos excepcionalíssimos que autorizam o conhecimento e o transporte de tais provas. O traslado da prova ilícita deve, portanto, ser admitido quando ela for a única ou a melhor prova do direito. E isso, porque o processo não é indiferente aos valores fundamentais da pessoa humana, nem instrumento maquiavélico, no qual o formalismo ou o legalismo excessivo permitam fechar os olhos das partes, da sociedade e do juiz diante da verdade demonstrada pela prova viciada. Ao contrário, o processo é o instrumento para realização da justiça.

Nesses casos, o aplicador do Direito poderá se valer da técnica da ponderação de valores³⁹ para encontrar a melhor solução para o conflito entre o direito de uma parte de que a prova seja lícitamente produzida, já que há limites para a proibição do conhecimento da prova ilícita, e o direito da outra à prova de suas alegações ainda que através de meio ilícito, uma vez que também há limites para a busca da verdade.

³⁸ Esse é o entendimento de REMATOSO (2010, p. 194).

³⁹ Para nós, essa é a melhor técnica para tais casos, mas existem outras tais como o senso de adequabilidade sobre o qual se debruça SOUZA (2010, 241 f.).

2.6 Sistemas de valoração da prova.

Tendo em vista que vários meios de prova podem ser realizados sobre o mesmo fato e podem apresentar sentidos contrários, ou seja, um meio provar que a alegação é verdadeira e outro que ela é falsa, cumpre-nos investigar como o juiz deve valorar o conjunto probatório carreado aos autos processuais.

Em primeiro lugar, cabe distinguir valoração de avaliação. Valorar significa emitir um juízo de valor (PRIBERAM, 2011), enquanto avaliar determinar o valor (PRIBERAM, 2011). O juiz, portanto, valora a prova produzida, uma vez que não se limita a observar se a existência ou não do fato foi revelada ou se a verdade ou falsidade da afirmação foi desvelada, ele vai além. O magistrado perquire a influência que a prova, por si mesma, terá na sentença; a intensidade e a duração desse efeito; a sua essencialidade à estabilidade ou integridade da decisão.

Cabe ressaltar que, embora, na contemporaneidade, a valoração das provas tenha como base a razão, nem sempre foi assim. Ocorre que o sistema probatório acompanhou, como até hoje acompanha, o desenvolvimento cultural, científico e tecnológico da humanidade.

Tanto é assim, que, nos primórdios da civilização européia ocidental, quando religião e Direito se confundiam, acreditava-se que Deus apontaria o culpado. Esse primeiro sistema probatório é denominado de sistema das ordálias ou das provas irracionais e vigorou até o século XIII.

Nesse sistema, se incluem além das ordálias propriamente ditas, o juramento e o duelo.

As ordálias (ou juízos de Deus) eram experimentos usados para que se inferisse o julgamento de Deus sobre a matéria. Como exemplo, citamos a prova pela água, segundo a qual se o acusado lançado ao rio se afogasse era culpado, salvando-se era inocente.

Através do juramento, a parte invocava a divindade como testemunha da verdade do fato que alegou. Os falsos juramentos, todavia, levaram esse meio de prova ao descrédito e à sua substituição pelo duelo.

Através do duelo ou combate judicial, dizia a verdade aquele que vencesse o oponente num embate de forças físicas. Esse método de descobrimento da verdade tanto quanto as ordálias propriamente ditas e o juramento, era falho. Michel Foucault, citado por César Pereira da Silva Machado Júnior (2001, p. 49), sintetiza todos os seus inconvenientes ao afirmar que: *“Esse sistema era uma maneira de provar não a verdade, mas a força, o peso, a importância de quem dizia.”*

Às ordálias se seguiu o sistema positivo, legal ou de tarifamento dos meios de prova, adotado já na Roma Antiga. De acordo com esse sistema, cada prova possuía um valor próprio, fixado pela lei. A título de exemplo, a prova documental preponderava sobre a testemunhal e a pericial sobre ambas.

Como dito linhas atrás (seção 2.4), o sistema tarifado da prova se correlaciona com a teoria que propugna que a finalidade da prova é fixar formalmente os fatos postos no processo e com a qual não compactuamos.

Posteriormente, surgiu o sistema do livre convencimento adotado a partir do século XVIII. Em substituição à rigidez do sistema anterior (sistema legal) se contrapôs a liberdade absoluta do juiz, que deveria julgar apenas com base em sua convicção, sem necessidade de fundamentação. O juiz era livre até para se abster de julgar em caso de dúvida (*non liquet*).

Já na modernidade, preponderou o sistema da persuasão racional, resultado da mescla do sistema legal com o da livre convicção. Nesse sistema, prepondera a qualidade da prova e não a quantidade. Ao juiz compete analisar as provas e decidir com fulcro no seu livre convencimento, salvo em caso de confissão real, pois essa elimina a controvérsia sobre o fato.

Em razão da necessidade de controle da atividade jurisdicional, o livre convencimento deve ser motivado⁴⁰, isto é, ao julgar o magistrado deve demonstrar às partes, ao Estado e à sociedade as razões que formaram o seu convencimento. Não obstante a liberdade na apreciação da prova, o juiz não pode julgar de acordo com suas impressões pessoais. Ele deve formar sua convicção a partir das provas produzidas, através de um juízo de ponderação sobre a qualidade e a força probante dos meios de prova carreados aos autos.

Apesar do sistema da livre convicção remanescer nos julgamentos pelo júri popular (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 68) e do tarifamento legal na disciplina da prova documental (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 68-70) (artigo 359, I, do CPC⁴¹, por exemplo), o sistema do livre convencimento motivado foi adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro (artigo 131 do CPC).

Fredie Didier Júnior e outros (2007, p. 68) esclarecem que a convicção deve ser motivada porque é condicionada aos fatos nos quais se funda a relação jurídica; às provas destes fatos; às regras legais que contém dispositivos sobre a prova, às máximas de experiência; à racionalidade; ao princípio do contraditório e do duplo grau de jurisdição.

⁴⁰ Débora Costa Oliveira (2005, p. 37) e Mauro Schiavi (2010, p. 32) afirmam que o princípio do livre convencimento motivado também é denominado pela doutrina de princípio da persuasão racional.

⁴¹ Art. 359. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar:
I - se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357; (...). (BRASIL, 2011).

Afirma, ainda, que, em tal sistema, em regra, é vedada a apreciação dos fatos através do juízo de equidade, de modo que o juiz não pode entender provados os fatos para acolher a tese que lhe pareça mais justa, mas buscar juízos de verossimilhança baseados na experiência geral.

Quando da valoração da prova, ademais, não se pode olvidar que o processo reproduz os fatos litigiosos e, também, de certo modo, revivifica a situação de fundo em que eles ocorreram. Dessa forma, o empregado, por exemplo, ao vir a juízo, não deixa de ser hipossuficiente material e tecnicamente. Como afirma Márcio Túlio Viana (2002, p. 343), “*A mesma desigualdade que o persegue no mundo exterior se renova e às vezes se agrava na sala de audiências.*”

2.7 Iniciativa da prova.

Se a prova é o coração, o pilar do processo, a quem cabe provar?

Alegação não provada significa inexistência do direito. Nesse sentido, Mascardus, citado por Sérgio Pinto Martins (2009, p. 8) aduz que “aquilo que não é provado é como se não existisse.” Dessa forma, as maiores interessadas na produção da prova são as partes. Incumbe a elas, portanto, a iniciativa da prova dos fatos que alegarem e forem negados pela parte contrária (artigos 818 da CLT⁴² e 333 do CPC).

Ao autor compete provar os fatos constitutivos do direito que alega possuir e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor. Em regra, esse é o ônus probatório das partes.

Dissemos em regra porque, não obstante a adoção expressa da distribuição estática do ônus da prova pelo nosso ordenamento jurídico (artigo 333 do CPC, subsidiariamente aplicável ao processo do trabalho), a maior parte da doutrina e grande parte da jurisprudência, com fulcro nos princípios da veracidade, boa-fé, lealdade e solidariedade com o órgão jurisdicional, igualdade, devido processo legal e acesso à justiça, entende aplicável o princípio da aptidão para a prova, segundo o qual à parte que possuir melhores condições técnicas, financeiras ou jurídicas cabe a produção da prova. Consagrando, assim, a distribuição dinâmica do ônus da prova⁴³.

⁴² Art. 818 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer. (BRASIL, 2011).

⁴³ Nesse sentido, asseveram Frídie Didier Junior e outros (2007, p. 62-63).

Ademais, como já explicitado na subseção 2.1.1, ao direito das partes à prova corresponde o dever do magistrado de determinar a produção da prova, ainda não constante dos autos, que entenda necessária para a formação de seu convencimento. A iniciativa da prova, destarte, também compete ao juiz (artigos 130 do CPC⁴⁴ e 765 da CLT).

Assim, quando nenhuma das partes, seja por incúria, seja por impossibilidade técnica e financeira, seja por desconhecimento, não logra êxito em provar suas alegações ou, ao contrário, quando todas as partes provam suas alegações (prova dividida) o juiz deve, por iniciativa própria, determinar a produção, pelas próprias partes ou por terceiros, da prova que entender apta a formar seu convencimento.

É que, nessas hipóteses, o fato controvertido se torna incerto, pode ser verdadeiro ou não. Mas, ainda assim, o julgador não pode simplesmente se negar a julgar a lide, o que atentaria contra o princípio da proibição do *non liquet*, ou preferir a afirmação de uma das partes, o que violaria o princípio da isonomia, ou aplicar de imediato, como veremos, no tópico seguinte, a teoria do ônus da prova.

Embora tema a ser desenvolvido adiante, quando falarmos do ativismo judicial (Capítulo 5), não podemos deixar de consignar que há uma vertente doutrinária, com a qual não comungamos, que defende que não cabe ao juiz produzir provas, mas tão somente apreciá-las, sob pena de ofensa aos princípios da imparcialidade, isonomia e da inércia da jurisdição⁴⁵.

Diante do até agora exposto, seja pela expressa dicção legal seja por força do princípio da cooperação e da instrumentalidade do processo, a iniciativa probatória incumbe, ao nosso ver e como demonstraremos a seguir, às partes e também ao juiz.

2.8 Teoria do ônus da prova.

Como já mencionado, vigora, em nosso ordenamento jurídico, a vedação ao *non liquet* (à abstenção de julgar ou à *falta de solução da crise de direito material*⁴⁶), motivo pelo qual mesmo quando não há prova sobre o fato, não obstante os esforços das partes e do juiz, ao magistrado não é permitido deixar de julgar a lide.

⁴⁴ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. (BRASIL, 2011).

⁴⁵ Como nos informam Frídie Didier Junior e outros (2007, p. 52).

⁴⁶ Expressão utilizada por José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 129).

Embora seja de todo indesejável o julgamento sem provas, meramente formal⁴⁷, pior é a insegurança jurídica oriunda da perpetuação do conflito ou da decisão arbitrária, baseada na dúvida (BARBIERI, 2001, p. 47-48). Para evitá-la e solucionar a controvérsia de direito, aplica-se a teoria do ônus da prova.

Para os casos, portanto, em que, mesmo após determinada a produção da prova de ofício, a comprovação das alegações for impossível, existe um conjunto objetivo de disposições que pauta o agir do magistrado e fundamenta de forma isonômica sua decisão. A doutrina dá a essas disposições especiais de solução da lide em casos de falta de prova o nome de teoria do ônus da prova.

Antes, contudo, de adentrarmos ao tema da teoria do ônus da prova propriamente dito, impende definir o que entendemos por ônus.

Ônus significa carga, fardo, peso (MACHADO JÚNIOR, 2001, p. 122). Ônus não se confunde com obrigação, uma vez que a inobservância de uma obrigação gera uma sanção, enquanto que do descumprimento de um ônus decorre apenas a perda dos efeitos normais oriundos do ato jurídico não praticado (MACHADO JÚNIOR, 2001, p. 123).

Já, em matéria de prova, ônus pode ser traduzido como necessidade de provar. É a faculdade da parte provar ou não suas alegações, sob o risco de não ter sua pretensão acolhida, se, por iniciativa da outra parte ou do juízo, o fato não for demonstrado em juízo (MACHADO JÚNIOR, 2001, p. 124).

Entendemos que a distribuição do ônus probatório, no processo do trabalho, é ditada tanto pelo artigo 333 do CPC, quanto pelo artigo 818 da CLT, por ser este lacônico e aquele explicitar as consequências da máxima de que a prova das alegações incumbe à parte que as fizer. Assim, ao autor compete a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu a prova dos fatos obstativos do direito do autor.

Todavia, devemos, mais uma vez, sublinhar que, atualmente, na definição de a quem compete o ônus da prova ganha especial relevo o princípio da aptidão para a prova, decorrente do princípio da razoabilidade e expressamente consagrado no ordenamento jurídico brasileiro no inciso VIII do artigo 6º do CDC⁴⁸, que mitiga as regras rígidas acima expostas de distribuição estática desses ônus.

⁴⁷ José Carlos Barbosa Moreira, citado por José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 129), adverte que o julgamento pelo ônus da prova é uma tragédia psicológica para qualquer juiz de sensibilidade apurada.

⁴⁸ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação **ou quando for ele hipossuficiente**, segundo as regras ordinárias de experiências; (grifamos). (BRASIL, 2011).

O princípio da aptidão para a prova ou a teoria dinâmica da prova assenta que o ônus da prova incumbe à parte que tem mais facilidade ou condições materiais ou técnicas de produzi-la, sem qualquer consideração da posição processual das partes (autor ou réu) nem da natureza do fato objeto da prova (constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito postulado) (BEDAQUE, 2011, p. 129).

Para Carlos Alberto Reis de Paula, o fundamento de aplicação do princípio da aptidão é a justiça distributiva aliada ao princípio da igualdade, de modo que compete a cada parte aquilo que normalmente lhe é mais fácil. Aduz, ainda, referido jurista que a aplicação desse princípio no ônus da prova atende ao escopo social do processo de eliminar conflitos mediante critérios justos (PAULA, 2001, p. 142) e que o *discrímen* de determinação dessa facilidade é a proximidade real e o acesso às fontes de prova (PAULA, 2001, p. 143).

A aplicação desse princípio ao processo do trabalho, em que é notória a inferioridade do trabalhador em termos econômicos e jurídicos, e cujo fim é instrumentalizar um direito material de caráter tuitivo, é ainda mais justificada e necessária. Ora, todos os aspectos que impulsionaram a criação e o desenvolvimento de um sistema jurídico de proteção ao trabalhador também justificam um critério processual específico para a distribuição do ônus da prova.

Em termos práticos, a incidência do princípio da aptidão da prova provoca, em regra, a inversão do ônus da prova em favor do trabalhador⁴⁹. Ocorre que as provas pré-constituídas – recibo, controle de jornada, etc. - são sempre produzidas pelo empregador e é ele quem possui melhores condições financeiras para arcar com os custos das provas periciais, razão pela qual é o tomador de serviços quem tem a maior facilidade ou condição para provar a grande maioria dos fatos discutidos em juízo.

Carlos Alberto Reis de Paulo assevera, ademais, que, por força do princípio da boa-fé e da aptidão para a prova, todas as vezes que o documento for comum às partes também haverá a inversão do ônus da prova, competindo ao empregador juntá-lo aos autos sob pena de ser admitida a veracidade das alegações feitas pelo empregado (PAULA, 2001, p. 143).

Feitas essas considerações, quanto à teoria do ônus da prova, primeiramente, cabe frisar que ela só tem incidência quando não provados os fatos alegados. Ora, um dos principais objetivos do processo é o alcance da verdade real, porquanto o julgamento nela fundamentado é o que melhor atende ao ideal de justiça. Desse modo, provado o fato,

⁴⁹ O princípio da aptidão para a prova como fundamento para a inversão do ônus da prova é resultante de uma construção jurisprudencial e será levado em conta quando da valoração da prova produzida, de acordo com PAULA (2001, p. 142).

independentemente de quem trouxe a prova aos autos ou a quem competia o ônus estático ou dinâmico da prova, não há que se falar na aplicação dessa teoria. O pressuposto da aplicação dessa teoria é, pois, a incerteza sobre os fatos.

Por essa razão, esclarece a doutrina (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 55) que a teoria do ônus probatório se refere a regras de julgamento que indicam como o juiz deve agir na ausência de provas sobre os fatos controvertidos e indiretamente indica a qual das partes compete a prova de tais fatos com o fim de impedir o resultado a ela desfavorável ou favorável à parte contrária.

De acordo com essa formulação teórica, a falta de prova acarreta a solução da lide em favor da parte que não tinha o ônus de realizá-la (BEDAQUE, 2011, p. 129). Assim, inexistindo a prova, reputa-se não verificado o fato constitutivo do direito do autor e, ao revés, ocorrido o fato constitutivo quando o réu não prova o fato obstativo por ele alegado (artigos 333 do CPC e 818 da CLT).

Todavia, no caso de inércia ou incapacidade das partes provarem os fatos alegados, o juiz deve envidar todos os esforços para produzir a prova necessária à formação de seu convencimento. E somente quando não logrado êxito nesse desiderato, deve o magistrado aplicar residualmente a teoria do ônus da prova (BEDAQUE, 2011, p. 132 e BARBIERI, 2001, p. 47) e o princípio da aptidão como meios de solucionar a contenda (ainda que imperfeitamente) e evitar a eternização da lide.

2.9 Fases do procedimento probatório.

Analisada a necessidade da prova, afirmado que, dessa necessidade, decorre o direito à prova, conceituado o instituto, fixado seu objeto e sua finalidade, indicados quais são as suas fontes e quais são os meios de prova, bem como perquiridos, ante sua importância para essa dissertação, as provas atípicas, os sistemas de valoração e a teoria do ônus da prova, compete-nos demonstrar como ocorre a produção da prova em juízo.

A análise do procedimento probatório também se justifica pelo fato de que a doutrina⁵⁰ costuma fazer distinção entre admissibilidade e eficácia da prova emprestada, aspectos sobre os quais nos deteremos nos itens 3.6 e 3.8. Há, contudo, por parte de alguns doutrinadores,

⁵⁰ Como a de Moacyr Amaral Santos em Prova Judiciária no cível e comercial. 5. ed. atual., 1983, p. 352, citado por Mariana Borges Rematoso (2010, p. 175-176).

certa confusão no emprego dos termos e na definição dos efeitos dos vícios que podem eivar a produção da prova.

Não obstante haver na doutrina divisões diferentes, entendemos que o procedimento probatório é composto por quatro fases: a) proposição; b) admissão; c) produção e d) valoração⁵¹⁵².

A fase da proposição consiste no requerimento feito pelas partes ao juiz para produção de provas. Esse requerimento, em regra, deve ser formulado com a inicial e a defesa. Nesses momentos processuais, as partes deverão indicar quais as provas pretendem produzir (provas causais ou constituídas, como a perícia e o depoimento de testemunhas) e apresentar as provas já constituídas como os recibos de pagamento.

Cabe destacar que a prova é constituída quando ganha concretude no mundo das coisas reais. A constituição pode ocorrer tanto dentro, quanto fora do processo (é um momento, por conseguinte, endo ou extraprocessual). Constitui-se a prova no momento da assinatura do contrato ou do recibo (prova pré-constituída, porquanto sua gênese é anterior ao processo), bem como quando se ouve uma testemunha em juízo (prova constituída, já que realizada no processo).

Requerida a produção, segue-se um juízo prévio de admissibilidade no qual ao juiz cumpre verificar o cabimento, a utilidade e a conveniência da realização da prova.

Noutros termos, admissibilidade é a avaliação preliminar positiva de ingresso da prova nos autos. Nesse juízo prévio, verifica-se se o meio de prova foi constituído por meios lícitos, requerido e produzido no momento processual oportuno e se tem por fim provar fato relevante, controverso e determinado.

Fredie Didier Junior e outros asseveram que, por ocasião do juízo de admissibilidade, o magistrado examina a dignidade da fonte e dos meios de prova, com o fim de preservar o direito material das partes, e verificar se a prova pode induzir o juiz a erro quanto ao deslinde da controvérsia, protegendo dessa forma o direito de acesso à ordem jurídica justa (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 33).

O momento da produção, em sentido estrito, ocorre necessariamente após a admissão do meio de prova e consiste na revelação da prova ao juiz e à(s) parte(s) no processo. A

⁵¹ Nesse sentido, doutrina Fredie Didier e outros (2007, p. 22).

⁵² Guilherme Guimarães Feliciano (2007, p. 78) entende que há três momentos fundamentais no procedimento probatório: a) constituição ou obtenção da prova; b) produção da prova em sentido estrito e c) valoração da prova. Já Humberto Theodoro Júnior, entre outros doutrinadores, distingue de forma diversa as fases do procedimento probatório: a) a proposição, momento em que as partes requerem a produção da prova; b) o deferimento pelo juiz; e c) a produção. Há também quem aponte a existência de quatro fases: requerimento; admissão, produção e valoração, neste sentido Elisângela Hoss de Souza (2011).

produção é o ato pelo qual se averiguam os fatos afirmados pelas partes⁵³. É uma fase endoprocessual, já que ocorre dentro processo.

Produzida, por força do princípio da comunhão ou aquisição processual da prova, o meio de prova passa a pertencer ao processo e pode ser utilizado em favor ou desfavor de qualquer das partes, independentemente de quem a produziu e do ônus de prova (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 23).

Impende ressaltar que não admitido o meio de prova, mesmo que já juntado aos autos (prova pré-constituída), não se considera a prova produzida, razão pela qual é determinado o desentranhamento e considerada a juntada como se nunca houvesse sido realizada.

A valoração da prova corresponde ao momento intelectual-cognitivo em que o juiz ou tribunal aprecia os meios de prova produzidos e decide sobre a sua aptidão para demonstrar os fatos ou direitos litigiosos. A valoração é feita na decisão, quando o juiz demonstra qual a força a prova teve na formação do seu convencimento (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 23).

Já a eficácia é aptidão do ato jurídico para gerar os efeitos que lhe são próprios. Não se inclui, por conseguinte, no plano da eficácia, a real produção desses efeitos, mas ao plano da efetividade (BARROSO, 2004, p. 247). No caso da prova, trata-se da aptidão para convencer o julgador da existência ou veracidade de um fato.

Quando o magistrado valora o conjunto das provas, ele define qual foi a eficácia probatória de cada meio de prova e ao motivar sua decisão ele expõe quais meios de prova o convenceram e porque outros não tiveram essa aptidão. Ante o exposto, não se pode confundir eficácia, aptidão para convencer o juiz, com a admissibilidade processual da prova que é, como se viu, o juízo prévio acerca da produção da prova nos autos.

Ainda quanto à eficácia da prova, cabe destacar que ela varia em graus (BARROSO, 2004, p. 247). Quer isso dizer que os fins do ato jurídico probatório podem ser total ou parcialmente atingidos dependendo do contexto processual, de todo o conjunto probatório, das máximas de experiência e da observação do que ordinariamente acontece.

No ordenamento jurídico brasileiro, ante a adoção do sistema do livre convencimento motivado, a prova não tem, em regra, um valor fixo predeterminado⁵⁴, razão pela qual, diante

⁵³ Fredie Didier Junior e outros (2007, p. 23) distinguem prova produzida de prova obtida. Sendo esta a prova que ainda não foi submetida ao juízo de admissibilidade e que somente se considerará produzida após admitida pelo juiz do processo em que se pretende a sua utilização.

⁵⁴ Salvo raras exceções, como já mencionado, que se consubstanciam, por exemplo: nos meios de prova exclusivos para comprovar a insalubridade ou a periculosidade (prova pericial - artigo 195 da CLT) e os contratos cujo valor excedam o décuplo do salário mínimo vigente ao tempo em que foram celebrados (prova documental - artigo 401 do CPC).

dos elementos dos autos e desde que motivadamente, o juiz confere à prova o valor que entender cabível. Ele pode entender, por conseguinte, que determinado meio de prova é plenamente eficaz para a prova do fato controverso, que o provou apenas em parte ou nem sequer o provou.

2.9.1 Ponderação de valores.

Na seção anterior, asseveramos que o procedimento probatório é composto por quatro fases: a) proposição; b) admissão; c) produção e d) valoração.

Agora, insta observar que, por se tratar de procedimento, essas fases se desenvolvem em cadeia, uma necessariamente após a outra. Dessa forma, o vício na fase de proposição, macula, em princípio, todas as fases seguintes, razão pela qual a proibição de constituição implica também uma proibição de produção e de valoração.

Todavia, a técnica da ponderação de valores⁵⁵⁵⁶, norteadada pelo princípio da proporcionalidade, pode permitir a admissibilidade da prova mesmo quando eivada de vícios em uma de suas fases de produção. É que valores mais relevantes do que aqueles garantidos pelo reconhecimento do vício da prova podem determinar seu conhecimento e valoração pelo julgador⁵⁷.

Referida técnica de decisão jurídica é aplicável a casos difíceis que não podem ser solucionados pela mera subsunção dos fatos às normas jurídicas⁵⁸, em especial, quando a situação concreta comporta a aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas⁵⁹.

⁵⁵ Ainda que criticada pela grande carga de subjetivismo, essa técnica, no nosso entender, é a que melhor se adequa à solução dos casos difíceis, ou seja, para as situações em que não há uma formulação simples e objetiva no ordenamento jurídico, porquanto é a atuação subjetiva e a realização de escolhas pelo intérprete que permite a resolução da lide. Como adverte Luís Roberto Barroso (2004, p. 362-364), o risco de arbitrariedade é controlado pelo exame da argumentação utilizada pelo julgador que deve apresentar fundamentos jurídicos, ainda que implícitos que deem fundamento à decisão; permitir a universalização dos critérios a casos semelhantes e a observância de princípios de interpretação constitucional e princípios ideológicos, axiológicos e finalísticos da ordem constitucional.

⁵⁶ Em relação à crítica à técnica da ponderação de valores, veja-se a dissertação de mestrado de Débora Cardoso de Souza (2010, 241 f.).

⁵⁷ Neste sentido, FELICIANO (2007, p. 83).

⁵⁸ Normas jurídicas, aqui, são entendidas como gênero do qual são espécies os princípios e as regras jurídicas.

⁵⁹ Não se pode esquecer que o ordenamento jurídico e a CRFB, em particular, são dialéticos e tutelam valores e interesses potencialmente conflitantes, como, por exemplo, o direito de expressão e o direito à intimidade.

Cabe destacar que, em caso de colisão de princípios, não há como se declarar a invalidade de nenhum deles. Mesmo inaplicável a determinado caso concreto, o princípio prossegue íntegro e válido no ordenamento jurídico, podendo prevalecer sobre o mesmo princípio que o precedeu, diante de outra situação fática controvertida. Isso porque a idéia de que um princípio prevalece sobre outro, em uma perspectiva abstrata e perpétua, afronta o pluralismo e a dialética social.

Sucintamente, podemos dizer que a ponderação se desenvolve em três etapas: a) identificação das normas aplicáveis ao caso concreto e dos possíveis conflitos entre elas, agrupamento das normas de acordo com a solução que oferecem para o caso; b) exame das circunstâncias do caso concreto e dos reflexos das normas jurídicas sobre elas; e c) ponderação propriamente dita (BARROSO, 2004, p. 358-360).

Os procedimentos e as finalidades das duas primeiras etapas são extraídos da descrição anterior e são meramente preparatórias da terceira, razão pela qual não nos deteremos mais nelas do que à mera enunciação supra.

Na etapa da ponderação propriamente dita, os fatos, as normas jurídicas aplicáveis e suas conseqüências são analisados, com base no princípio da proporcionalidade ou devido processo legal substancial, de forma conjunta. O fim dessa fase é apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e qual o conjunto de normas deve preponderar e em que intensidade no caso concreto (BARROSO, 2004, p. 359- 360).

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade é o norte da técnica da ponderação porque é o parâmetro de valoração dos atos jurídicos. Ele é a medida para verificar se o ato foi praticado em conformidade com o valor supremo e inerente a todo ordenamento jurídico - a justiça (BARROSO, 2004, p. 224)⁶⁰.

Esse princípio é usado como parâmetro porque a sujeição das normas positivadas no ordenamento jurídico aos princípios superiores do Direito, considerado não como um conjunto de regras imutáveis, mas como um corpo de princípios e método de criação normativa, está implícito na cláusula do devido processo legal (BROCHADO, 2002, p. 130).

Mas o que é o razoável? Luís Roberto Barroso conceitua o razoável como o conforme a razão, que pressupõe equilíbrio, moderação e harmonia; o não arbitrário ou caprichoso, o que corresponde ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento e lugar (BARROSO, 2004, p. 224). Ao passo que Joaquim Carlos Salgado assevera que a

⁶⁰ De acordo com Guilherme Guimarães Feliciano (2007, p. 74), o princípio da proporcionalidade é instrumentalizado para inibir o arbítrio do Poder Público e para a ponderação racional dos valores que os seus órgãos devem mediar.

proporcionalidade ou razoabilidade é a manifestação do princípio supremo da equidade entendida como meio termo ou adequabilidade dos meios aos fins, por Aristóteles (BROCHADO, 2002, p. 139).

Esses conceitos são por demais fluidos, razão pela qual a razoabilidade do ato deve ser aferida com atenção a três dimensões do próprio princípio da proporcionalidade: a) adequação; b) necessidade; e c) proporcionalidade estrita.

O ato é adequado quando se mostra apto a produzir o resultado pretendido e não afronta a CRFB; necessário quando não há outro meio menos gravoso para atingir o fim pretendido, e observa a proporcionalidade, em sentido estrito, quando os ônus impostos pelo ato são menores que os benefícios dele oriundos (BARROSO, 2004, p. 228-229).

Quando se está, pois, diante de um conflito de normas jusfundamentais, como os direitos à prova e de proibição de utilização de meios ilícitos de prova, a solução deve ser dada sempre casuisticamente, à luz da ponderação dos interesses em jogo. Essa técnica de solução de conflitos, com maior razão, também serve de fundamento para a admissibilidade da prova emprestada nos casos em que a produção da prova em outros autos seja muito difícil ou impossível, tema ao qual nos dedicaremos na subseção 3.3.2.

Do mesmo modo que merecem tutela os direitos da personalidade, também merecem proteção os direitos que só podem ser demonstrados através de uma prova obtida através do transporte da prova ou por meio ilícito (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 83), como o direito ao recebimento de uma verba trabalhista, cujo caráter alimentar a reveste da proteção deferida à dignidade humana. Dessa maneira, erra quem sempre admite a prova ilícita e o empréstimo da prova, como também erra quem nunca os admite por considerar de modo absoluto e apriorístico os direitos fundamentais em jogo.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, destarte, é também o melhor critério para verificação da admissibilidade e do empréstimo da própria prova ilícita, visto que permite a utilização de meios probatórios ilícitos para tutela de direitos mais relevantes que a proibição de produção de meios ilícitos de prova.

3 A PROVA EMPRESTADA.

Após a necessária análise da teoria geral da prova e da técnica da ponderação de valores, passaremos a nos dedicar ao tema fulcral da dissertação: o empréstimo da prova. Nos capítulos seguintes analisaremos os poderes instrutórios do juiz e o ativismo judicial como fundamentos de aplicação dessa técnica instrutória.

Cabe ressaltar que o empréstimo da prova é apenas um dos vários instrumentos através dos quais o ativismo judicial se manifesta e que foram a celeridade e a economia que essa técnica é capaz de imprimir ao processo que justificaram nosso interesse pelo tema.

3.1 Conceito.

Antes de analisarmos o conceito do instituto, cabe destacar que a doutrina o denomina de várias formas: prova emprestada, prova transportada, prova transferida, prova trasladada ou transladada. E embora prova emprestada seja o *nomem juris* mais utilizado e tenha sido empregado no título desta dissertação, todos esses designativos serão indistintamente utilizados neste trabalho.

Cabe observar também que, por se tratar de um meio atípico de prova, não há, em nossa legislação, nenhum conceito expresso de prova emprestada, sendo incumbindo à doutrina a tarefa de formular o conceito e delimitar seus contornos.

Cândido Rangel Dinamarco, citado por Taissa Fontoura (2005, p. 139), conceitua o instituto como o traslado da documentação de prova constituída em outro processo de natureza jurisdicional.

Para Ada Pellegrini Grinover, citada por Melchíades Rodrigues Martins (2006, p. 170), “a prova emprestada é aquela que é produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro, visando gerar efeitos em processo distinto.”

Gisele Kodani (2004, p. 270) formula conceito muito próximo ao apresentado por Ada Pellegrini Grinover, de acordo com a qual prova emprestada é a prova produzida em processo jurisdicional, para nele gerar efeitos, e transportada para outro processo, na forma de documento, conservando seu valor originário.

Já A. S. Valler Zenni, citado por Melchíades Rodrigues Martins (2006, p. 170), define a prova emprestada como “aproveitamento de prova produzida em um processo e que se amolda a outro, guarda identidade de relações jurídicas controvertidas e desde que uma das partes seja a mesma ou haja conexão de fatos e direitos nos dois processos”.

Eduardo Talamini (1998, p. 93) também vê o instituto como aproveitamento de atos processuais, e o conceitua da seguinte forma: “A prova emprestada 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”.

Luiz Vicente Cernicchiaro (1996, p. 127-128) critica tal entendimento e assevera que o termo utilizado para designar esse meio probatório – prova emprestada – gera dificuldade de entendimento, porquanto, à primeira vista, dá a impressão de prova colhida em um processo e aproveitada em outro, mas, em verdade, o que se empresta é o próprio fato e não a prova.

Esclarece, ainda, referido autor que a prova produzida em um processo é no outro simples fato e que para se converter em prova precisa ser analisada pelo órgão competente (juiz), com observância do meio de averiguação (normas processuais relativas à produção da prova e ao procedimento processual) e do princípio do contraditório. Sintetiza que: “A prova emprestada, portanto, é apenas um fato, suscetível de ser objeto de prova”.

A nosso ver, Luiz Vicente Cernicchiaro tem parcial razão. É que com o empréstimo há inequívoco aproveitamento do meio de prova, da atividade probatória já realizada em outros autos. Todavia, a capacidade, isto é, a eficácia desse meio para formar o convencimento do magistrado do processo que o recebe dependerá de sua livre valoração em cotejo com os demais elementos probatórios nele carreados.

Para nós, portanto, o conceito que melhor atende a essa circunstância é aquele segundo o qual prova emprestada é o meio probatório realizado em um processo judicial, em curso ou findo, e documentalmente reproduzido em outro com o fim de nele gerar efeitos.

3.2 Classificação.

Como mencionamos na seção anterior e na subseção 2.5.1, a prova emprestada classifica-se como prova atípica, uma vez esse meio de prova não está expressamente tipificado em lei. Assim sendo, não só o conceito, mas todo o instituto é criação da doutrina e da jurisprudência nacionais.

Contudo, vale ressaltar que já houve tentativa de normatização expressa do instituto por parte do professor Francisco Morato que sugeriu sua inserção no projeto do qual se originou o Código de Processo Civil de 1939. A norma legal sobre a prova emprestada teria a seguinte redação:

Serão recebidas em juízo, com sua força orgânica inicial, as provas colhidas em outro juízo ou processo, uma vez que, tendo sido produzidas em tela contenciosa, de acordo com as formalidades legais e versantes sobre idêntico fato, sejam as mesmas partes litigantes ou, não sendo as mesmas, haja identidade absoluta da relação jurídica em debate.

A prova transportada também é uma prova pré-constituída em relação ao processo que a recebe, porquanto foi produzida não com fins de fazer prova na demanda para a qual é translada, mas para a ação anterior. Porém, em relação ao processo em que é produzida ou do qual se origina, a prova transferida se enquadra como um meio causal de prova.

Quanto ao objeto, a prova emprestada pode ser direta ou indireta. Já em relação à fonte ela pode ser tanto pessoal quanto real. Mas, cabe frisar que ela é sempre transferida para o outro processo sob a forma de documento.

Impende salientar que Moacyr Amaral Santos, citado por Mariana Borges Rematoso (2010, p. 175), esclarece que a prova propriamente pré-constituída (produzida antes do processo sem a intenção de provar a veracidade de um fato em âmbito processual, como os recibos de pagamento de salários) não se caracteriza como prova emprestada, porquanto, em original ou cópia, possui o mesmo valor em qualquer juízo em que for apresentada.

3.3 Fundamentos e justificativas.

Na seção 2.1, concluímos que a prova é necessária para formar e justificar o convencimento do julgador sobre a veracidade ou não dos fatos afirmados pelas partes. Agora, analisaremos os fundamentos e justificativas que autorizam o empréstimo da prova.

Gisele Kodani entende que são fundamentos de admissibilidade da prova emprestada: a) o fato de que o destinatário da prova é o juízo, razão pela qual as provas não pertencem às partes, mas ao processo; b) a efetivação do princípio da economia processual e os princípios do devido processo legal, do acesso à ordem jurídica justa, ampla defesa e contraditório que

garantem o direito à prova; em caso de impossibilidade ou demasiada dificuldade de repetição da prova já produzida em outro processo⁶¹.

No entanto, em nosso entender, a admissibilidade da prova emprestada, em verdade, se justifica pelo ideal de justiça: dar a cada um o que é seu (NADER, 2011, p. 105), sendo que entendemos que é devido a cada um o que lhe for atribuído pelo direito material. Ideal no qual se inserem todos aqueles fundamentos referidos por Gisele Kodani e ainda outros.

Essa definição clássica de justiça sintetizada pela máxima de Ulpiano - justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu⁶² – é verdadeira e definitiva, vale para todos as épocas e todos os lugares, porquanto o que deve ser atribuído a cada um comporta adequação cultural e política.

A atualidade e perpetuação dessa máxima são confirmadas por Chiovenda, citado por José Roberto Freire Pimenta (1997, p. 123), ao afirmar que o processo, tanto quanto possível, deve dar a quem tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito. E, mais recentemente, por Otfried Höffe (2003, p. 57) que sustenta que as prescrições do Direito se resumem aos três princípios enfatizados por Ulpiano: viver honestamente, não lesar a ninguém e dar a cada um o que é seu.

Impende frisar que a justiça é um ideal realizável, senão em todos, ao menos em alguns casos. Por isso, sua concretização deve ser sempre buscada, já que a justiça só se torna viva quando deixa de ser apenas uma idéia, dá sentido e se incorpora às leis, é exercitada na vida social e praticada pelos tribunais (NADER, 2011, p. 107).

A realização da justiça no caso concreto impõe que a decisão judicial seja proferida em tempo razoável, com o menor dispêndio de atos e de dinheiro e principalmente com fundamento na verdade real ou, pelo menos, no que mais próximo dela se chegar. E o empréstimo da prova é instrumento hábil ao alcance dessa verdade, de forma célere e econômica e, portanto, da justiça.

O ideal de justiça se fundamenta, desdobra-se e corporifica-se no princípio do acesso à ordem jurídica justa, do qual são corolários os princípios da economia, celeridade e efetividade processual, da inafastabilidade e unidade da jurisdição. Também é a justiça que inspira a concepção instrumentalista do processo e autoriza o empréstimo da prova quando impossível ou difícil sua reprodução em outra ação processual.

⁶¹ Gisele Kodani (2004, p. 272-273) ressalta, ainda, que, excepcionalmente, nessa hipótese, sopesados os interesses em jogo, admite-se o transporte ainda que não preenchidos todos os requisitos de validade e eficácia da prova emprestada.

⁶² *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.*

Nas próximas subseções, passaremos a analisar os aspectos do ideal de justiça que fundamentam o empréstimo da prova.

3.3.1 Acesso à ordem jurídica justa.

A função primordial do Poder Judiciário é possibilitar o acesso à justiça, motivo pelo qual deve prestar com eficiência a jurisdição (XIMENES, 2000, p. 110). A razão de ser desse Poder se assenta no fato de que, monopolizada a força pelo Estado com a proibição da autotutela⁶³, a afirmação da titularidade de direito é destituída de sentido se não for acompanhada de mecanismos estatais para sua efetiva reivindicação (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11-12) e concretização.

O direito ao acesso efetivo⁶⁴ à jurisdição é um direito fundamental consagrado expressamente, em nosso ordenamento jurídico, no inciso XXXV do artigo 5º da CRFB. Todavia, é difícil definir o que é e em que consiste o “acesso à justiça”.

Reconhecendo essa dificuldade, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 08) afirmam que a expressão serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: a acessibilidade de todos e a produção de resultados individual e socialmente justos pela jurisdição estatal.

A acessibilidade de todos é garantida em nossa ordem jurídica pelo direito de ação abstratamente considerado e pela proibição de *non liquet*, além de outros mecanismos como as defensorias públicas, a isenção de pagamento de custas e emolumentos pelos reconhecidamente pobres, entre outros.

Mas, a simples garantia de acesso não assegura a produção de resultados justos. Esta, como se viu, só é possível se a decisão judicial for embasada na verdade real ou no que mais próximo dela for possível se chegar pela técnica e inteligência humana. Além disso, a solução

⁶³ O Poder Judiciário é um ente estatal de dominação para o exercício do Direito, no dizer de XIMENES, Julia Maurmann. Uma nova concepção de justiça no Brasil – análises sobre a Teoria de Rawls e de Höffe. Revista do Direito, Pelotas, n. 1, p. 114, jan./dez. 2000.

⁶⁴ De acordo com Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 15), a efetividade perfeita no acesso à justiça seria a completa igualdade de armas, isto é, a garantia de que a conclusão final do processo depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito, mas que afetam a afirmação e a reivindicação de direitos. Os próprios autores reconhecem que essa efetividade perfeita (igualdade perfeita) é utópica, já que as diferenças entre as partes não podem ser completamente eliminadas, mas nem por isso deve deixar de ser buscada.

da lide só é completamente justa se a decisão for efetivamente concretizada de forma econômica e célere.

A economia processual pode ser entendida como o objetivo de atingir o melhor resultado possível (máxima efetividade processual) com o menor esforço seja financeiro, seja processual.

Já a celeridade corresponde à obtenção da maior eficiência com a prática de menos atos processuais. A celeridade do trâmite processual é imperativa porque um Poder Judiciário que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável torna a justiça inacessível para muitas pessoas⁶⁵.

Como resume Nicolò Trocker, citado por José Roberto Freire Pimenta (1997, p. 118), uma Justiça morosa é um mal social porque provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), propicia a especulação e a insolvência, acentua a desigualdade entre os que podem esperar e aqueles que, esperando, têm tudo a perder e se transforma em instrumento de ameaça e pressão nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições da rendição.

Entretanto, temos que reconhecer que a morosidade processual é a regra no Brasil. Atento a esse fato, o legislador constituinte derivado, em 2004, através da Emenda Constitucional n. 45, alçou a razoável duração do processo à condição de direito fundamental – inciso LXXVIII⁶⁶ do artigo 5º da CRFB. Mas, esse mero reconhecimento formal não é capaz, por si só, de alterar a realidade, é necessário que sejam utilizadas técnicas que acelerem o desenvolvimento do processo sem que haja perda de qualidade na prestação jurisdicional.

Nesse contexto, a prova emprestada constitui um meio de prova ideal para o acesso à ordem jurídica justa, porquanto célere e barato.

Ocorre que o empréstimo da prova pode firmar o convencimento do juiz sobre a verdade (muitas vezes real), mantendo a qualidade da jurisdição, isto é, propiciando uma decisão justa. Ele também confere celeridade ao feito, ante a imediata juntada da prova ao processo e constitui um instrumento econômico, uma vez que o traslado se dá sob a forma de documento (economia de tempo e de dinheiro, dispensando a realização de perícia, por exemplo).

⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 20-21.

⁶⁶“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL, 2011).

O transporte da prova é, por conseguinte, um mecanismo que abrevia a dilação processual e diminui os custos do processo, permitindo uma distribuição racional do tempo do processo e do dinheiro público e privado (das partes).

Essa técnica processual ou instrumento ético que permite aproveitar o meio de prova já realizado em outro processo judicial viabiliza, outrossim, a terceira onda do movimento do mundo ocidental em prol do efetivo acesso à justiça⁶⁷ que procura procedimentos que protejam os direitos de pessoas comuns (despossuídas ou hipossuficientes, como os consumidores, locatários e empregados) (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 159).

O traslado da prova serve para tornar real e efetiva a vontade da lei material que o processo deve concretizar. Corporifica, pois, a noção do direito processual como instrumento⁶⁸ para efetivação do direito material. O Estado não pode ser indiferente ao ideal de justiça e deve buscar sua realização nos casos concretos, de modo que se o processo é o instrumento de realização da jurisdição, não há como se negar o traslado da prova.

O acesso à justiça também pressupõe que o juiz seja um sujeito ativo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 77), um verdadeiro partícipe do processo em busca de elementos para formar a sua própria convicção com o fito de proferir a decisão mais justa para o caso concreto. Daí a necessidade de legitimar e difundir a técnica do empréstimo da prova *ex officio*.

Como já dizia Ísis de Almeida (1995, p. 67), as partes procuram provar uma verdade que as favoreça, o juiz, porém, busca, efetiva e imparcialmente, a verdade que estabilize as instituições e propicie a paz social. Assim, o juiz não pode ser um mero espectador no processo contemporâneo e com maior razão no processo do trabalho que é instrumento para efetivação de direitos fundamentais que asseguram a dignidade da pessoa humana.

O acesso à ordem jurídica, no que concerne à justiça da decisão proferida no processo jurisdicional de solução de conflitos, pressupõe, destarte, não só o direito de ação, mas também a produção de resultados justos que podem ser alcançados através do transporte da prova.

⁶⁷ A primeira onda se refere ao acesso à assistência judiciária, a segunda à legitimação ativa para a defesa dos direitos difusos, conforme Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 31).

⁶⁸ Instrumento não das partes e de seus interesses, mas do Estado para atuar as normas jurídicas corretamente e coagir os jurisdicionados a observarem o ordenamento jurídico e atingir seu escopo maior que é o bem estar da sociedade. Quanto mais o resultado da atividade jurisdicional se aproximar da realização do direito material, mais perto se estará da verdadeira paz social, nos dizeres de José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 13-14).

3.3.1.1 Os princípios da inafastabilidade e da unidade da jurisdição.

Os princípios da inafastabilidade e da unidade da jurisdição também decorrem do direito de acesso à justiça. Quando o Estado instituiu o monopólio da jurisdição, tornou inafastável o direito do indivíduo de submeter sua demanda à solução jurisdicional.

Vale sublinhar que a tutela conferida aos direitos pelo Estado para realmente propiciar a paz social deve ser justa e efetiva. A decisão deve chegar o mais próximo possível da verdade real e o magistrado não pode deixar de julgar sob o fundamento de que as partes não diligenciaram na produção das provas para concretizar o ideal de justiça.

A jurisdição é o poder-dever estatal de dizer o direito, de solucionar a lide. E como poder, ainda que se apresente especializada (Justiça Federal, Estadual, Eleitoral, Militar e do Trabalho) e fracionada em órgãos (Tribunais e Varas) é una e indivisível.

Antônio Carlos de Araújo Cintra e outros (1991, p. 125) asseveram que a jurisdição em si mesma é tão una e indivisível quanto o próprio poder soberano, a divisão em espécies se liga a problemas da distribuição da “massa de processos”, à competência, portanto, e não da jurisdição em si mesma.

Nesse passo, a reprodução da mesma prova em vários processos atenta não só contra os princípios da economia e da celeridade processual, mas também contra o princípio da unidade da jurisdição. Ora, o meio de prova produzido de forma legítima e regular é sempre o mesmo em todos os tempos e lugares, o que pode mudar é a sua valoração pelo julgador.

3.3.2 Impossibilidade ou dificuldade de reprodução da prova.

O empréstimo da prova, muitas vezes, se faz necessário porque o meio de prova produzido em um processo não pode ou muito dificilmente pode ser reproduzido em outro.

Há impossibilidade de reprodução quando a fonte da prova não existe mais. A prova não pode ser reproduzida, quando, exemplificativamente, a testemunha que se pretendia ouvir já tiver falecido, ou um estabelecimento a ser periciado já tiver sido desativado.

Nesse sentido, é clara a Orientação Jurisprudencial n°. 278 da SBDI-1 do C. Tribunal Superior do Trabalho (BRASIL, 2011) ao preceituar, *in verbis*, que:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PERÍCIA. LOCAL DE TRABALHO DESATIVADO.

A realização de perícia é obrigatória para a verificação de insalubridade. Quando não for possível sua realização, como em caso de fechamento da empresa, poderá o julgador utilizar-se de outros meios de prova. (grifamos).

A dificuldade, por sua vez, não está relacionada apenas à reprodução material, mas também ao ônus que o refazimento do meio probatório pode acarretar à economia e à celeridade processual. A perícia multidisciplinar em um estabelecimento, por exemplo, embora não seja materialmente impossível, normalmente, é muito cara e morosa, o que justifica o empréstimo da perícia realizada em outra relação processual.

Dessa forma, é inviável a reprodução daquela prova em ações repetitivas, cuja causa de pedir e pedidos são idênticos, como no caso de postulação de adicional de insalubridade ou periculosidade contra o mesmo empregador por estarem os autores submetidos ao mesmo ambiente de trabalho.

Nessas situações, apenas um laudo produzido, com pleno atendimento ao contraditório, pode ser utilizado como meio de prova. Entendemos, no entanto, que sendo possível a reprodução da prova, qualquer das partes pode justificadamente recusar o empréstimo, desde que arque com os custos da nova perícia e a reprodução não implique ofensa ao direito da outra à razoável duração do processo.

A utilização da prova emprestada caminha, pois, no sentido moderno de acesso à jurisdição, uma vez que, tal qual nas ações de cunho coletivo ou múltiplas propostas pelo sindicato ou pelo MPT, a produção de uma única prova, em um único feito, basta para atingir inúmeras relações jurídicas e concretizar os direitos trabalhistas de incontáveis trabalhadores.

Diante disso, toda vez que a reprodução da prova for impossível ou difícil, o transporte da prova deve ser autorizado, pois viabiliza que o fim do processo - a justiça - seja alcançado com o menor dispêndio de tempo e dinheiro.

3.4. Prova emprestada e princípio da oralidade.

Cabe esclarecer que parte da doutrina e da jurisprudência não admitem o transporte da prova por entender que esse procedimento afronta o princípio da oralidade. Contudo, não

partilhamos desse entendimento. Nesta seção, trataremos desse princípio e demonstraremos a compatibilidade do empréstimo da prova com os seus múltiplos aspectos.

Primeiramente, incumbe delimitar o tema.

O princípio da oralidade tem fundamento nas garantias constitucionais da adequada tutela jurisdicional, devido processo legal e acesso à justiça (artigo 5º, incisos XXXV e LIV da CRFB).

Segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2002, p. 482), Antônio Carlos de Araújo Cintra e outros (1991, p. 290), os subprincípios da imediação ou da imediatidade; da identidade física do juiz; da concentração dos atos processuais na audiência e da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias são corolários do princípio da oralidade.

Podemos dizer que o conjunto que compõe o princípio da oralidade estabelece como diretriz a necessidade de contato pessoal, direto e recente do magistrado com os elementos que formarão sua convicção quanto aos fatos discutidos na causa e propicia a escolha da melhor decisão para o caso concreto (TALAMINI, 1998, p. 97).

De acordo com o princípio da oralidade propriamente dito, os atos processuais devem ser praticados preferencialmente de forma oral.

Já em conformidade com o princípio da imediação o juiz deve colher diretamente a prova, a fim de que receba diretamente o material de que se servirá para julgar e evite a realização de atos processuais inúteis, irrelevantes, impertinentes e procrastinatórios.

O princípio da identidade física do juiz estabelece que o mesmo juiz que concluiu a audiência de instrução e julgamento deve solucionar a lide, cuja razão de ser é a melhor condição que o juiz que viu e ouviu os depoimentos tem para pronunciar a decisão mais justa para a lide e motivar o seu convencimento.

Impende esclarecer que o juiz que apenas iniciou referida audiência, mas não a concluiu, não está obrigado a julgar a ação, conforme se depreende da disposição expressa do artigo 132 do CPC⁶⁹⁷⁰. Da mesma forma, se não foi colhida prova oral em audiência, não se aplica o princípio da identidade física.

⁶⁹ Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. (BRASIL, 2012).

⁷⁰ No mesmo sentido, entende José Augusto Rodrigues Pinto, citado por Luiz Eduardo Gunther e Cristina Maria Navarro Zornig (2011).

De acordo com o princípio da concentração, os atos processuais, tanto quanto possível, devem ser realizados em uma única audiência⁷¹. Esse princípio visa evitar a morosidade processual.

Vale destacar que não trataremos, por ser estranho ao tema dessa dissertação, do princípio da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias.

Com fundamento nos subprincípios da imediação e da identidade física do juiz, que impõem que a decisão seja proferida pelo mesmo juiz perante o qual a prova foi realizada, parte da doutrina afirma que o transporte da prova não é permitido por nossa legislação e outra que ele só pode ser admitido quando sua reprodução for impossível ou difícil.

Deve-se ter em mente, todavia, que nenhum princípio é absoluto e que a oralidade não constitui, por si mesma, uma garantia absoluta. Ela é sempre um meio, um instrumento para o alcance de outros valores, razão pela qual cede lugar toda vez que existam outros mecanismos que atinjam o mesmo fim por ela visado e garantam o exercício de outro princípio com ela em choque (TALAMINI, 1998, p. 97).

Assim, pela técnica da ponderação de valores⁷², por vezes, a aplicação de um princípio deve ser afastada para que, em certo caso concreto, outro seja aplicado. É o que ocorre com os princípios da imediação e da identidade física do juiz quando se trata de prova emprestada, pois, aqui, deve-se prestigiar o direito de acesso à ordem jurídica justa, mais explicitamente à produção da prova com economia e celeridade processual.

Ademais, Antônio Carlos de Araújo Cintra e outros (1991, p. 290-291) apontam que o complexo de idéias e caracteres que representam a oralidade sofreram na prática inúmeras restrições no sistema processual brasileiro consubstanciadas nos artigos 132, 330 e 522 do CPC.

O próprio artigo 132 do CPC, ao positivizar esses subprincípios em nossa ordem jurídica, estabeleceu algumas exceções (convocação, licenciamento, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria do juiz da instrução), ainda que permita que o juiz sucessor, em qualquer hipótese, repita as provas produzidas.

⁷¹ Art. 336. Salvo disposição especial em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência.

Parágrafo único. Quando a parte, ou a testemunha, por enfermidade, ou por outro motivo relevante, estiver impossibilitada de comparecer à audiência, mas não de prestar depoimento, o juiz designará, conforme as circunstâncias, dia, hora e lugar para inquiri-la. (BRASIL, 2011).

⁷² De acordo com Luís Roberto Barroso (2004, p. 357), a técnica da subsunção para determinar a norma aplicável é insuficiente quando há colisão de valores, razão pela qual a dogmática desenvolveu a técnica da ponderação. Referida técnica consiste em um raciocínio complexo capaz de trabalhar multidericionalmente os distintos elementos normativos incidentes sobre os fatos litigiosos e produzir a regra concreta que vai reger a hipótese.

A incidência da imediatidade e da identidade física do juiz também é mitigada pela produção da prova através das cartas rogatória, de ordem e precatória, da produção cautelar da prova e do próprio reexame da prova pelo tribunal em caso de recurso.

Vale ressaltar que a imediatidade, nesses casos, continua existindo, uma vez que o juiz perante o qual se produz a prova passa a atuar como juiz da causa. Não há que se falar, outrossim, em nenhuma violação ao devido processo legal nem ao contraditório, porquanto o procedimento de produção da prova é o mesmo, estabelecido por norma federal, não sendo violados os princípios processuais, as partes são cientificadas para a audiência, para acompanharem a instrução e nela intervir.

Ademais, devemos considerar que mesmo a prova produzida perante um juiz incompetente é válida em prestígio aos princípios da economia e da celeridade, isto é, da própria efetividade processual, já que a lei imputa nulos somente os atos decisórios exarados pelo juiz incompetente (§ 2º do artigo 113 do CPC⁷³).

Cabe ressaltar, ainda, que, no processo do trabalho, conforme o enunciado da Súmula n. 136 do TST⁷⁴, em pleno vigor, mesmo após a extinção das juntas de conciliação e julgamento pela Emenda Constitucional 24 de 1999, o princípio da identidade física do juiz nem sequer é aplicável.

O princípio da oralidade, destarte, não é empecilho ao empréstimo da prova. Ao magistrado caberá conferir à prova em geral e, em especial, a produzida em outros autos e perante outro juiz o valor que reputar devido, exatamente porque não teve contato direto com os depoentes, os peritos e as partes.

Nesse sentido, Eduardo Talamini (1998, p. 97) elucida que:

(...): precisamente porque não teve participação direta e imediata na atividade de produção originária da prova, o Juiz, em face de outros elementos probatórios com ela incompatíveis, pode conferir-lhe fundamentadamente valor menor do que aquele que receberia se tivesse sido produzida diretamente no segundo processo. Isso, entretanto, não é peculiaridade da prova emprestada. Pode acontecer em qualquer caso em que não se dê a imediação do Juiz com as provas (colheita por carta; substituição de Juiz no curso do processo ...).

⁷³ Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.

§ 1º Não sendo, porém, deduzida no prazo da contestação, ou na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, a parte responderá integralmente pelas custas.

§ 2º Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente. (BRASIL, 2011).

⁷⁴ Súmula n. 136 do TST. JUIZ. IDENTIDADE FÍSICA.

Não se aplica às Varas do Trabalho o princípio da identidade física do juiz. (BRASIL, 2012).

3.5 Aplicabilidade ao processo do trabalho.

Ante a compatibilidade com os princípios do direito processual do trabalho e a omissão da CLT sobre referida espécie de prova, já que atípica, o empréstimo da prova é plenamente possível nessa seara do direito processual.

Ademais, a prova emprestada corretamente aplicada ao processo do trabalho, isto é, com observância do direito ao contraditório e à devida fundamentação, é importante instrumento para reversão da inefetividade dos direitos trabalhistas constitucionalmente assegurados.

Não há dúvidas de que a promulgação da CRFB iniciou, há mais de vinte anos, a virada democrática do Brasil. Todavia, é notório que os direitos fundamentais nela consagrados, incluídos os do trabalho, ainda que formalmente gozem de aplicabilidade imediata, continuam sendo descumpridos. E essa inobservância se dá por diversos fatores, dentre eles a morosidade e a ineficiência do Poder Judiciário, que podem ser minorados através do empréstimo da prova.

Manoel Antonio Teixeira Filho (2010, p. 98) assevera que, em decorrência da economia processual que pode acarretar, a prova emprestada incide ainda com mais intensidade no processo do trabalho.

A massificação da sociedade e a incapacidade do legislador disciplinar toda a dinâmica social são outros fatores que autorizam o empréstimo da prova no processo do trabalho. À compreensão desses dois fenômenos dedicaremos as subseções seguintes. Quanto à economia e à celeridade nos reportamos ao que foi expandido na subseção 3.3.1.

3.5.1 Massificação dos conflitos de interesse.

Outro fundamento para a admissibilidade do transporte da prova na seara trabalhista é a grande ocorrência de conflitos de massa (TEODORO, p. 104), ou seja, de controvérsias repetitivas de natureza coletiva e classista. Esses conflitos são oriundos da aglutinação dos trabalhadores em um mesmo ambiente de trabalho, da concentração de capitais por grandes conglomerados que se valem da mão de obra de muitos e também da globalização.

Devemos ter em mente que a massificação se estende da estrutura da sociedade e do relacionamento entre os povos até os comportamentos e as relações sociais mais simples. Desse modo, os interesses postulados perante o Poder Judiciário já não dizem respeito apenas a um indivíduo determinado ou isolado ou a um certo grupo como os direitos de primeira e segunda geração, direitos de liberdade e de igualdade, respectivamente.

Os novos direitos complementam os direitos adquiridos pelas outras duas dimensões e têm como objeto central a solidariedade e a fraternidade (TEODORO, p. 116), razão pela qual passam a pertencer, ao mesmo tempo, a todos, porquanto são difusos, insuscetíveis de apropriação individual, não têm titulares determinados e formam a terceira geração de direitos fundamentais (TEODORO, p. 110) (direito à paz, autodeterminação dos povos, qualidade de vida e ao meio ambiente, por exemplo).

Impende salientar que, atento à violação em massa de direitos dos trabalhadores, o Ministério do Trabalho e Emprego reconheceu a existência de grupos homogêneos de exposição, através da Instrução Normativa nº 1 de 1995 que dispõe sobre a Avaliação das Concentrações de Benzeno em Ambientes de Trabalho (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2011).

O grupo homogêneo de exposição é definido como grupo de trabalhadores que experimentam exposição semelhante de farinha, de modo que o resultado fornecido pela avaliação da exposição de qualquer trabalhador do grupo seja representativo da exposição do restante dos trabalhadores do mesmo grupo.

A Instrução Normativa do Ministério do Trabalho, contudo, não se esquece dos casos particulares e especifica que, independentemente da avaliação do grupo, qualquer desvio individual em relação aos limites de concentração estabelecidos deve ser investigado, relatando-se as possíveis causas e as medidas recomendadas ou adotadas.

Essa normatização, ainda que pelo Poder Executivo, representa grande avanço contra as lesões em massa perpetradas por alguns empregadores. Ocorre que a avaliação do grupo, em regra, dispensa a avaliação de cada indivíduo o que imprime maior celeridade à perícia técnica e aponta no sentido de que uma perícia pode ser usada, através do empréstimo da prova, por vários trabalhadores em lides que tenham como fundamento a mesma situação fática.

A inegável existência de lesões em série aos direitos dos trabalhadores, exemplificativamente, ao meio ambiente de trabalho, à saúde, moralidade, ao emprego e à remuneração, podem ser solucionados com muito mais rapidez e eficiência com o uso do

empréstimo da prova. Assim sendo, o enfrentamento dos conflitos de massa autoriza, a nosso ver, o empréstimo da prova no processo do trabalho.

3.5.2 Evolução da dinâmica social.

É notório que o Poder Legislativo não consegue acompanhar as mudanças operadas com rapidez na complexa sociedade contemporânea impulsionadas pela implantação do Estado Democrático de Direito, pela globalização e pela massificação (TEODORO, p. 125-126). Embora exista uma excessiva normatização, a qualidade dessas normas é, no mínimo, duvidosa (TEODORO, p. 125).

Para enfrentar essa deficiência legislativa, surge um tipo novo de norma, mais aberta⁷⁵, os princípios passam a ocupar a centralidade do sistema jurídico e o Poder Judiciário além de impor sanções contra a violação das normas tipificadas no ordenamento jurídico, passa a exercer a missão de efetivar os direitos constitucionalmente assegurados. Ao juiz compete, destarte, elaborar a norma e adaptar o ordenamento jurídico ao caso concreto. Ele passa, pois, a efetuar escolhas políticas no momento da interpretação e aplicação da norma (TEODORO, p. 125).

Desse modo, como afirma Maria Cecília Máximo Teodoro, “De fato, ao magistrado cabe atuar de maneira mais ativa, o que significa encontrar no ordenamento jurídico instrumentos válidos e legítimos que colaborem para seu maior contato com a realidade (TEODORO, p. 126)”.

Nesse contexto, ganha especial relevo o empréstimo da prova, já que através dessa técnica processual plenamente sustentada e promovida pelo princípio constitucional do acesso à ordem jurídica justa, o magistrado passa a ter mais um meio para conhecer a realidade e para concretizar os direitos trabalhistas através de seu julgamento.

É que, como já tivemos oportunidade de dizer na subseção 3.1, o acesso à ordem jurídica justa exige a busca da verdade real. A compreensão dessa realidade e a aplicação do transporte da prova ao processo do trabalho permitem a solução tanto dos conflitos individuais quanto dos de massa e a efetivação do ideal de justiça especialmente em nossas

⁷⁵ Surgem as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.

complexas sociedades, porquanto viabiliza a efetividade do direito à prova e das normas trabalhistas.

Para nós, portanto, as partes poderão requerer no processo do trabalho, com a inicial ou a defesa a produção de uma prova emprestada ou se se tratar de fato que se tornou litigioso, após essas fases processuais, requerer o transporte da prova posteriormente. E, ao juiz, indicado pelas partes o *thema probandum*, competirá apreciar a admissibilidade ou não das provas propostas e o seu transporte de outros processos, determinar o empréstimo de ofício e valorar a prova transportada.

O transporte da prova permite, pois, que o juiz use o próprio sistema processual em favor da justiça que deve responder aos anseios sociais e demonstra a tomada de consciência do juiz e das partes acerca do papel ativo que devem desempenhar para a efetivação dos direitos trabalhistas.

3.6 Requisitos de admissibilidade.

Não há consenso doutrinário acerca da natureza dos requisitos (admissibilidade, legitimidade, validade e eficácia) da prova emprestada nem quanto à sua enumeração.

O dissenso, em grande parte, se deve ao fato de que alguns doutrinadores se equivocam quanto aos conceitos de admissibilidade e eficácia da prova. Dessa forma, entendem ser requisitos de admissibilidade (para a produção da prova), requisitos para sua eficácia e vice-versa.

Cumpra, pois, analisar as posições doutrinárias a respeito.

Eduardo Cambi (2006, p. 53) e Jorge Augusto Buzetti Silvestre (2010, p. 16) falam em requisitos de admissibilidade do transporte da prova. Luiz Rodrigues Wambier, citado por Mariana Borges Rematosa (2010, p. 183) entende que os requisitos se referem à legitimidade da prova, enquanto Melchíades Rodrigues Martins (2006, p. 171 e 173) menciona condições para a validade da prova emprestada. Por fim, Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho, Eduardo Talamini (1998, p. 95) e Gisele Kodani (2004, p. 273) entendem que os requisitos concernem à validade e à eficácia da prova emprestada.

Arruda Alvim e Eduardo Cambi (2006, p. 53) enumeram como requisitos de admissibilidade a identidade de fatos e a presença das mesmas partes nos dois processos. O último jurista citado, todavia, admite o empréstimo da prova quando apenas a parte contra a

qual for requerido tiver participado do primeiro processo (dito espelho), por entender que dessa forma não há ofensa ao contraditório (2006, p. 53).

Já Jorge Augusto Buzetti Silvestre (2010, p. 16) entende que são três os requisitos de admissibilidade da prova emprestada: a) prova obtida por meios lícitos; b) prova produzida entre as mesmas partes, com obediência ao contraditório; c) identidade entre os fatos provados e probandos. Aduz, todavia, que os dois primeiros requisitos podem ser flexibilizados.

Luiz Rodrigues Wambier, citado por Mariana Borges Rematoso (2010, p. 183), aponta como requisitos de legitimidade da prova trasladada: a produção válida no processo de origem e a observância do contraditório no processo de origem e no processo para o qual é trazida.

Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho, também citado Mariana Borges Rematoso por (2006, p. 184) propugna como requisitos de validade e eficácia da prova emprestada: a identidade de partes ou de seus sucessores; a identidade dos fatos e a rigorosa observância das formalidades legais na produção da prova.

Eduardo Talamini (1998, p. 95) afirma que a presença da parte contrária e do juiz são os aspectos essenciais estabelecidos pela CRFB (artigo 5º, incisos XXXV; XXXVII⁷⁶; LIII⁷⁷ e LV) para a validade e eficácia das provas e de admissibilidade da prova emprestada. Ressalva que quanto a esta basta a presença no primeiro processo da parte contra a qual a prova será usada.

Gisele Kodani (2004, p. 271) aponta como requisitos constitucionais e legais de validade e eficácia da prova emprestada, os seguintes elementos:

- a) participação, em contraditório, no processo em que a prova foi realizada, daquele contra quem se pretende o empréstimo;
- b) prova produzida em processo jurisdicional;
- c) identidade entre os fatos provados no processo originário e os probandos no processo para o qual se pretende transportar a prova⁷⁸;

⁷⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; (BRASIL, 2011).

⁷⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; (BRASIL, 2011).

⁷⁸ Embora admita a propriedade da observação de Eduardo Talamini (KODANI, 2004, p. 276) de que não se trata de requisito específico da prova emprestada, mas de pressuposto genérico de pertinência e relevância para admissão de qualquer meio de prova.

- d) observância das formalidades legais para a colheita da prova no processo anterior;
- e) observância das formalidades legais para a colheita da prova documental no segundo processo.

Melchíades Rodrigues Martins (2006, p. 171 e 173) fala em quatro condições para a validade da prova emprestada:

- a) a parte contra quem a prova é produzida deverá ter participado do contraditório na construção da prova;
- b) identidade entre os fatos do processo anterior com os fatos a serem provados;
- c) seja impossível ou difícil a reprodução no processo em que se pretenda demonstrar a veracidade de uma alegação; e
- d) anuência das partes.

Entende mencionado jurista que a anuência das partes é um dos requisitos mais importantes, embora excepcionalmente o empréstimo da prova possa se dar de ofício. Afirma que as partes devem ter conhecimento prévio do conteúdo da prova e dos motivos pelos quais a regra - a produção da prova nos mesmos autos – deve ser afastada, sob pena de violação ao contraditório, bem como devem ter o direito de apresentar contraprova (MARTINS, 2006, p. 171 e 173).

Ausente a concordância de uma das partes, para Melchíades Rodrigues Martins, portanto, o transporte será inadmissível, em regra, afinal as partes possuem o direito subjetivo à participação em todos os atos processuais e especialmente na produção da prova. O próprio autor admite, contudo, em situações especialíssimas, o traslado sem a anuência das partes.

Na jurisprudência, também há muitos julgados trabalhistas atuais que só admitem o traslado da prova quando houver a anuência de todas as partes⁷⁹.

Cleber Lúcio de Almeida (2011), por seu turno, assevera que, para evitar excessiva limitação ao uso da prova emprestada, só existem dois requisitos para sua admissibilidade no

⁷⁹ Como as decisões exaradas nos acórdãos referentes aos processos nº 0000346-81.2011.5.03.0025 RO; 0001129-82.2010.5.03.0001 RO e 0001836-84.2010.5.03.0022 RO provenientes do E. TRT da 3ª Região . A decisão 0000346-81.2011.5.03.0025, relatada pelo Exmo. Desembargador Márcio Ribeiro do Valle e publicada em 14/10/2011, por exemplo, consigna expressamente que:

“(...) *Ab initio*, tem-se que a perícia realizada nos autos do processo 01675-2005-242-02-00-6 somente pode ser acolhida como prova emprestada **com a anuência de ambas as partes, em face do respeito ao princípio do contraditório. É que o princípio da economia processual não se sobrepõe à garantia constitucional da parte ao "due process of law", dentro do qual a segurança ao contraditório se afigura uma das máximas.** Para garantir a celeridade, **autoriza-se a prova emprestada quando os fatos a serem demonstrados guardam identidade, estando vinculada a medida à concordância dos litigantes.**

Por isso, a perícia realizada em outro caderno processual somente poderá ser aproveitado pelo Julgador se as partes anuírem no seu emprego, o que não se verificou no presente processado.

Logo, a perícia (01675-2005-242-02-00-6) não se presta como prova emprestada para o julgamento destes autos. (...)” (grifamos). (MINAS GERAIS, 2011).

processo do trabalho: identidade de fatos e regularidade de produção (observância do contraditório).

Vale ressaltar que todos os doutrinadores citados se referem aos elementos que autorizam o transporte da prova e de acordo com as fases do procedimento probatório, sobre as quais tratamos na seção 2.9, a análise desses elementos ocorre na fase de admissão da prova. Entendemos, pois, que se tratam de requisitos de admissibilidade do transporte da prova.

Como a admissibilidade da prova se relaciona com o cabimento, a utilidade e a conveniência da produção da prova; entendemos que são requisitos para a admissibilidade do empréstimo da prova: a identidade entre os fatos controversos e o respeito ao princípio do devido processo legal.

Para nós e como demonstraremos nas subseções seguintes, a identidade de partes, a impossibilidade ou dificuldade de reprodução do meio de prova e a produção do meio em processo jurisdicional não são requisitos de para sua admissibilidade, mas fatores que podem influir na eficácia probatória da prova emprestada.

Insta salientar, ainda, que a observância ao princípio do devido processual como requisito de admissibilidade da prova emprestada não é absoluta, porquanto, mesmo quando ausente, não se pode impedir peremptória e a aprioristicamente o exercício do direito fundamental à prova⁸⁰. Já que, em casos extremos de colisão entre os princípios do direito à prova e do devido processo legal, a aplicação da técnica da ponderação de valores para solução do conflito pode autorizar o traslado da prova sem o preenchimentos de todos os seus subprincípios.

3.6.1 Identidade da matéria fática.

A identidade entre o fato probando do processo originário e o que receberá a prova é pressuposto lógico do transporte da prova⁸¹⁸². É que, em verdade, não se admite a produção

⁸⁰ Embora não se olvide que há doutrinadores que entendem que o princípio do contraditório é absoluto. Neste sentido, Theodoro Júnior; Nunes (2009, p. 121).

⁸¹ Para Ada Pellegrini Grinover, citada por Mariana Borges Rematoso (2010, p. 193), a identidade fática é questão de relevância ou pertinência da prova e não de admissibilidade da prova emprestada.

⁸² Nesse sentido, vale transcrever parte do acórdão proferido nos autos nº 0002032-95.2010.5.15.0062, TRT da 15º Região, relatado pelo Exmo. Desembargador Manuel Soares Ferreira Carradita e publicado em 14/10/2011.

de nenhuma prova que não se relacione com os fatos controvertidos. Isso, por óbvio, não quer dizer que as lides devem ter o mesmo objeto, ou seja, que se discuta nos dois processos a mesma relação jurídica.

Trata-se de questão de lógica porque não há nenhuma utilidade ou necessidade na produção e no transporte de prova acerca de alegação de fato estranho à lide. Também não há razão para se admitir o empréstimo de prova sobre fato irrelevante, impertinente ou incontroverso nos autos.

Ademais, vale destacar que, quanto maior a identidade entre os fatos dos processos, maior influência, isto é, maior a aptidão do meio de prova emprestado para formação do livre convencimento do magistrado.

3.6.2 Respeito ao princípio do devido processo legal.

O princípio do devido processo legal está consagrado no inciso LIV do artigo 5º da CRFB. Esse princípio se subdivide em dois subprincípios ou duas fases: devido processo legal adjetivo⁸³ (*procedural due process*) e devido processo legal substantivo (*substantive due process*)⁸⁴⁸⁵.

O devido processo legal substantivo ou princípio da proporcionalidade, sobre o qual já nos detivemos linhas atrás, expressa a idéia de justiça, de razoabilidade que abre amplo espaço ao Poder Judiciário para apreciar o mérito dos atos do Poder Público. Ele enseja a verificação da compatibilidade entre os meios e os fins visados, bem como da legitimidade desses fins (BARROSO, 2004, p. 220).

Aqui, interessa-nos apenas o princípio do devido processo legal em sua vertente processual ou adjetiva, que pode ser definido como “o processo que é justo e apropriado”

“(…) Assim, **embora se trate de matéria fática, existe efetiva identidade de matérias, consubstanciada na declaração das partes registrada em ata de audiência (fl. 337) no sentido de que o reclamante estava sujeito às mesmas condições de trabalho experimentadas pelo autor do processo 1210/2009-9 e de se utilizar a prova emprestada daqueles autos. Portanto, diante da identidade fática apresentada, prevalece o entendimento segundo o qual existem elementos de prova nos autos que corroboram a existência de rigoroso controle de jornada**, afastando a incidência do entendimento da Orientação Jurisprudencial n. 332, da SDI-1, do Col. TST. (...)” (grifamos). (SÃO PAULO, 2011).

⁸³ Segundo terminologia empregada por BROCHADO (2002, p. 128).

⁸⁴ Luís Roberto Barroso (2004, p. 218-219) afirma que o princípio do devido processo legal remonta à cláusula *law of the land* inscrita na Magna Charta inglesa de 1215 e, remetendo-se ao direito norte americano, fala em duas fases sucesivas e não excludentes do desenvolvimento desse princípio: *procedural due process* e *substantive due process*.

⁸⁵ No mesmo sentido, BROCHADO (2002, p. 128-129).

(BROCHADO, 2002, p. 129) ou como “o direito de regular a administração da justiça pelos juízes e tribunais⁸⁶. É, por conseguinte, uma garantia voltada à regularidade do processo, resguardando especialmente o direito de acesso à justiça, ao contraditório e à ampla defesa (BARROSO, 2004, p. 219).

Os procedimentos judiciais podem variar de acordo com as circunstâncias, porém, por força do princípio do devido processo legal adjetivo, devem seguir as formas estabelecidas pelo ordenamento jurídico com a preservação dos princípios da liberdade e da justiça⁸⁷.

São desdobramentos do devido processo legal, entre outros, o direito ao contraditório, à ampla defesa, à prova, ao julgamento público por juiz competente, independente e imparcial e à motivação das decisões.

Vale registrar que, em face de sua amplitude, o princípio do devido processo engloba os requisitos de observância das formalidades legais e do contraditório para admissibilidade do traslado da prova, apontados por alguns dos doutrinadores e indicados na seção 3.6., os quais passaremos a analisar nas subseções seguintes.

3.6.2.1 Princípio do contraditório.

A dialeticidade do conflito de interesses determina a participação em contraditório das partes, ainda que não efetiva, isto é, apenas oportunizada, razão pela qual a inobservância desse princípio gera a nulidade da sentença. O respeito ao contraditório é, destarte, condição de validade de qualquer meio probatório (BEDAQUE, 2011, p.120).

O princípio do contraditório originariamente concebido como uma garantia formal de bilateralidade – direito das partes de serem informadas da prática de um ato processual e de serem ouvidas, chamado de princípio do contraditório estático – evoluiu para, na contemporaneidade, compreender também o direito delas influírem no desenvolvimento e no resultado do processo (princípio do contraditório dinâmico) (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 109).

Desse modo, o princípio do contraditório garante, em sua concepção estática, a simétrica paridade de armas entre as partes, ou seja, a igualdade de tratamento. Já, em sua vertente dinâmica, impõe ao juiz o dever de provocar o prévio debate das partes sobre

⁸⁶ De acordo com Pinto Ferreira, citado por BROCHADO (2002, p. 137).

⁸⁷ De acordo com José Alfredo de Oliveira Baracho, citado por BROCHADO (2002, p. 129).

quaisquer questões de fato ou de direito relevantes para a solução da lide, garantindo assim a chamada igualdade de chances (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 120 e 122).

Essa evolução decorreu do advento do Estado Democrático de Direito, no qual os cidadãos têm direito de participar da tomada de decisões sobre a criação das normas, tanto das gerais e abstratas (lei) quanto concretas (decisões judiciais) ⁸⁸. A nota ética do processo, portanto, está na observância desse princípio.

Especificamente, sobre o direito à construção participada da decisão judicial ou do direito no caso concreto, Cleber Lúcio de Almeida (2007, p. 20) nos revela que:

Francesco Carnelutti já falava na estrutura dialética do processo e em construção participada e em contraditório da decisão judicial, afirmando que no processo o contato entre as partes se resume em um diálogo, com caráter histórico (reconstituição dos fatos envolvidos na lide) e crítico (confronto entre fatos e direito), por meio do qual as partes colaboram com o juiz na procura de “elementos da decisão, isto é, as razões e as provas” e acrescentando que “a ação não corresponde a uma parte, e sim a cada uma das duas. Sua bilateralidade é de sua utilidade. A atividade de cada parte no processo favorece a finalidade deste, sempre que se integrar e retificar por meio do contraditório [...]. Em virtude do sentido contrário dos interesses dos litigantes, a bilateralidade da ação se desenvolve, pois, como contradição recíproca; por isso, o contraditório corresponde a um dos princípios fundamentais do processo civil.

O princípio do contraditório é constituído por um complexo de garantias processuais que conferem às partes os direitos a (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 126):

- a) cientificação regular durante todo o procedimento que lhes permita o efetivo exercício do direito de defesa;
- b) prova, possibilitando-lhes sua obtenção sempre que houver relevância para o deslinde da controvérsia;
- c) assistir pessoalmente à produção da prova e de se contrapor às alegações de fato ou às atividades probatórias da parte contrária e do juiz;
- d) de ser julgado por um juiz imune ao seu próprio conhecimento dos fatos controversos, isto é, que decida a lide unicamente com base nas provas e elementos adquiridos no próprio processo;
- e) uma decisão fundamentada, na qual todas as questões e defesas apresentadas pelas partes sejam apreciadas e decididas de forma racional, adequada e tempestiva.

A observância a todos esses direitos assegura o debate participativo da lide e legitima a jurisdição estatal, porquanto o resultado do processo é fruto da colaboração (ou

⁸⁸ De acordo com Maria Cecília Máximo Teodoro (2011, p. 94), a presença de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados são o ponto de partida para a participação dos atores de uma sociedade pluralista na construção da norma.

comparticipação) das próprias partes e não uma atividade isolada do juiz, bem como evita a nulidade dos julgamentos surpresa⁸⁹.

Dessa forma, a produção do meio de prova em contraditório, seja no processo em que se originou, seja no que a recebe, é requisito indispensável para a admissibilidade do empréstimo da prova.

Todavia, não se exige a expressa manifestação da partes, mas tão somente que lhes seja facultado manifestar tempestivamente sobre o requerimento, a produção e o valor probante do meio de prova no processo espelho e no que a receberá. Optando pela inércia, a parte sofrerá os ônus decorrentes de sua não manifestação, mas o processo se desenvolverá normalmente.

Não se há que falar, outrossim, de anuência das partes como requisito de admissibilidade da prova emprestada. A necessidade de concordância impede o exercício do direito à prova, por deixar ao arbítrio exclusivo da outra parte o traslado da prova.

Dessa feita, requerido ou determinado de ofício o empréstimo da prova, competirá ao juiz decidir fundamentadamente sobre a produção da prova, investigando se a prova foi produzida sob o crivo do contraditório e permitindo às partes se manifestarem em todas as fases de produção da prova no processo que receberá a prova, sob pena de nulidade.

3.6.2.1.1 Identidade de partes.

Impende ressaltar, ainda, que alguns autores⁹⁰ e magistrados só admitem o traslado da prova quando há identidade de partes nos dois processos, enquanto outros exigem que, pelo menos, a parte contra a qual se pretende o empréstimo tenha participado do processo originário⁹¹. Entendemos que tal fato se deve a um certo equívoco quanto ao exercício do contraditório⁹².

⁸⁹ Baseados em normas ou fatos estranhos à dialética defensiva de uma ou ambas as partes, conforme definição de Corrado Ferri, citado por Humberto Theodoro Júnior e Dierle Coelho Nunes (2009, p. 125).

⁹⁰ Como Jorge Augusto Buzetti Silvestre (2010, p. 16).

⁹¹ Adotam esse entendimento: Eduardo Cambi (2006, p. 53); Eduardo Talamini (1998, p. 95); Gisele Kodani (2004, p. 271-277) e Martins (2006, p. 171 e 173).

⁹² De acordo com Eduardo Talamini, em citação de Mariana Borges Rematoso (2010, p. 195), o empréstimo da prova será válido se a parte prejudicada pela inobservância do contraditório requer o seu transporte, porquanto pode renunciar a esse direito.

⁹³ Como elucidada Darci Guimarães Ribeiro, citado por Antunes et al (2000, p. 32), a prova emprestada não precisa ser colhida entre as mesmas partes, porquanto o requisito de sua validade é a observância do contraditório e não as mesmas partes.

Certo é que havendo lide posterior entre as mesmas partes na qual o mesmo fato seja discutido, a mesma conclusão probatória deve prevalecer sob pena de prolação de decisões conflitantes. Neste caso, para Moacyr Amaral Santos, citado por Carla Heidrich Antunes et al (2000, p. 32), a prova emprestada conserva a mesma eficácia do processo em que foi realizada. Ainda que formal, a verdade jurídica deve ser uma só.

Para nós, no entanto, basta que o meio de prova tenha sido produzido em contraditório no processo originário, uma vez que, em matéria de prova, o princípio do contraditório impõe, sob pena de cerceamento de defesa, que as partes possam requerer a produção de determinada prova; participar da realização da prova e manifestar-se sobre a prova produzida⁹⁵.

E, por força do mesmo princípio, as partes do processo que receberá a prova poderão se manifestar sobre todos os aspectos de sua produção nos dois processos e o seu valor probante. Os litigantes do processo para o qual a prova será transladada poderão, portanto, fiscalizar a regularidade de todo o procedimento probatório e influir no resultado da lide, cumprindo os fins visados pelo princípio do contraditório⁹⁶.

Ademais, como já mencionado, a prova emprestada é sempre uma prova documental e, quanto a esse tipo de prova, o CPC, subsidiariamente aplicável ao processo do trabalho, determina expressamente que se possibilite a manifestação da parte contrária a seu respeito⁹⁷.

Moacyr Amaral Santos, citado por Mariana Borges Rematoso (2010, p. 184), corrobora nosso entendimento ao aduzir que no “sistema do juiz ativo”, em que o julgador tem “predominante função” na formação da prova, a negativa de valor à prova emprestada de processo entre terceiros teria de ser acolhida “com certa reserva”, vez que “a prova é do juízo”.

Afirma, ademais, o mencionado jurista que, se a prova é formada pelo juízo, há que se presumir que foi feita com as necessárias garantias à descoberta da verdade, razão pela qual a prova emprestada é eficaz mesmo que produzida sem a presença da mesma parte no processo original e ainda contra ela (ANTUNES ET AL, 2000, p. 32).

⁹⁴ Trascrevemos, no Anexo I, entendimento jurisprudencial analítico sobre os requisitos de admissibilidade da prova emprestada exarado em capítulo pertinente do acórdão proferido nos autos do processo n. 00237-2007-012-18-00-7, TRT 18ª Região, relatado pelo Exmo. Desembargador Mário Sérgio Bottazzo e publicado em 21/08/2007.

⁹⁵ Conforme Eduardo Silva da Silva, citado por Mariana Borges Rematoso (2010, p. 173).

⁹⁶ Em sentido contrário, Eduardo Talamini (1998, p. 96-97), aduz que é insuficiente permitir ao prejudicado pelo empréstimo da prova o exercício do contraditório apenas no processo que a recebe, já que essa garantia não consiste apenas na defesa em face da prova já produzida, ela assegura também o direito de participação efetiva em toda atividade judicial o que permite à parte fiscalizar e influenciar todo o desenvolvimento da instrução probatória.

⁹⁷ “Art. 398. Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias.” (BRASIL, 2011).

Fredie Didier Junior, Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga⁹⁸ admitem a prova emprestada no processo em que não há identidade de nenhuma das partes argumentando que todas as partes estão na mesma situação, ou seja, não participaram da relação processual anterior e poderão exercer o contraditório no processo que receberá a prova.

Cabe frisar que, embora não seja requisito de admissibilidade, a identidade parcial ou a inexistência de identidade entre as partes dos processos pode influenciar na valoração da prova, isto é, no valor que pode ser atribuído à prova pelo juiz.

3.6.2.1.2 Prova jurisdicional.

Por não observarem os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do contraditório, não se admite, *a priori*, o empréstimo de prova realizada em procedimento extrajudicial⁹⁹, como as obtidas no processo administrativo, no inquérito administrativo ou criminal e em juízo arbitral.

Em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição, não se conhece, em regra, em processo judicial de prova realizada em procedimento extrajudicial e, por lógica, não há que se falar em seu empréstimo. Ocorre que as partes têm direito de que a prova seja produzida sob a fiscalização do órgão jurisdicional e sob o pálio do complexo sistema de garantias processuais, especialmente do direito ao contraditório.

Não se pode admitir, em princípio, portanto, o empréstimo de prova obtida em processo administrativo, já que o processo é dirigido por uma das partes interessadas – o ente administrativo - que decide sobre a produção de prova e também julga. Insta salientar que parte dos autores¹⁰⁰ admite o transporte se os princípios da publicidade e do contraditório tiverem sido observados.

Quanto ao inquérito, cabe destacar que se trata de peça meramente informativa e inquisitorial¹⁰¹, com o fim de instrução prévia da autoridade competente para que tome as medidas cabíveis, razão pela qual não produz prova.

⁹⁸ Citados por REMATOSO, Mariana Borges. A (in) eficácia da prova emprestada. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 11, n. 41, p. 186, jan./mar. 2010.

⁹⁹ Para Hernando Devis Echandía, citado por Gisele Kodani (2004, p. 274), independentemente de ter sido colhida judicial ou extrajudicialmente, a prova pode ser emprestada ao processo judicial desde que a parte contra a qual se pretende o empréstimo tenha participado de sua produção.

¹⁰⁰ Entre os quais Hernando Devis Echandía, conforme Mariana Borges Rematoso (2010, p. 208).

¹⁰¹ Nesse procedimento, não é observado, obrigatoriamente, o direito ao contraditório.

Entendemos, no entanto, que a conclusão fática do inquérito pode orientar ou informar o magistrado, constituindo um indício que deve ser comprovado por outros elementos processuais, como declaração das partes, testemunhas ou documentos.

Impende frisar que Jorge Augusto Buzetti Silvestre (2010, p. 17) propugna a flexibilização dos requisitos de admissibilidade da prova emprestada de tal modo a permitir o empréstimo de prova realizada em inquérito, ainda que as partes não sejam idênticas e principalmente quando a testemunha falecer ou ficar impossibilitada de depor e quando se tornar impossível ou difícil a repetição da prova em juízo (por exemplo, o exame pericial).

Parte da doutrina também não admite o transporte de prova realizada pelo Poder Judiciário estrangeiro. Realmente, o princípio da soberania impõe a inafastabilidade e o prestígio da jurisdição brasileira, motivo pelo qual, em regra, a prova deve ser produzida perante autoridade integrante do Poder Judiciário nacional.

Moacyr Amaral Santos, citado por Mariana Borges Rematoso (2010, p. 206), exige, para admissibilidade do empréstimo de prova sobre fato ocorrido no Brasil e produzida perante o poder judiciário estrangeiro, que o meio probatório seja admitido pelo ordenamento jurídico nacional e que sua produção tenha sido feita com observância às garantias legais nele estabelecidas. Se o fato ocorreu no exterior, observa-se-á as regras do sistema jurídico estrangeiro sobre o direito probatório, nos termos do que preceitua o artigo 13 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)¹⁰².

Eduardo Talamini, citado por Mariana Borges Rematoso (2010, p. 195) preconiza que o empréstimo da prova produzida através desses procedimentos será válido se a parte desfavorecida o postular ou com ele anuir. Entendemos, todavia, que, diante da impossibilidade ou dificuldade de reprodução do meio probatório e o do respeito ao direito de provar, desde que observado o direito ao contraditório, nos moldes *sus*o expendidos, deve ser admitido o empréstimo da prova obtida em procedimento administrativo e perante a autoridade jurisdicional estrangeira.

¹⁰² Art. 13. A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça. (BRASIL,2011).

3.6.2.2 Observância das formalidade legais.

O transporte da prova só pode ser admitido quando observados todos os requisitos legais para sua produção válida no processo originário. Assim, por exemplo, no caso de empréstimo de uma prova testemunhal todos os ditames legais para sua produção devem ter sido observados (artigos 400 a 419 do CPC subsidiariamente aplicáveis ao processo do trabalho). Será inválido, portanto, o transporte de uma prova testemunhal se não foi permitido à parte contraditá-la no processo originário (§ 1º do artigo 414 do CPC¹⁰³).

Impende esclarecer que, se o processo do qual a prova se origina ainda estiver em curso e o vício de validade for sanado, não haverá nenhum óbice ao transporte da prova.

Cabe ressaltar, ainda, que a prova emprestada, independentemente de sua classificação no processo originário, é sempre, quanto ao meio ou modo de produção, uma prova documental (BEBBER, 2003, p. 118)¹⁰⁴. Por esse motivo, a validade do transporte depende da observância das regras legais atinentes à produção desse tipo de prova. Daí falar a doutrina que a observância das formalidades da produção da prova documental no processo que recebe a prova também é um requisito para sua validade (KODANI, 2004, p. 274).

¹⁰³ “Art. 414. Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarando o nome por inteiro, a profissão, a residência e o estado civil, bem como se tem relações de parentesco com a parte, ou interesse no objeto do processo.

§ 1º 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, apresentada 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.

§ 2º A testemunha pode requerer ao juiz que a escuse de depor, alegando os motivos de que trata o art. 406; ouvidas as partes, o juiz decidirá de plano.” (BRASIL, 2011).

¹⁰⁴ Esse entendimento é o prevalecente na jurisprudência como se extrai do acórdão proferido nos autos do processo n. 0143500-96.2008.5.15.0133 ,TRT da 15ª Região, relatado pelo Exmo. Desembargador Helcio Dantas Lobo Junior e publicada em 14/10/2011, cuja fundamentação no particular passamos a transcrever:

“(…) Em princípio, cumpre deixar claro que, **a prova emprestada, quando trasladada aos autos com anuência das partes, ingressa sob a forma documental, mesmo se tratando de prova oral.**

O contraditório referente a uma prova emprestada deve limitar-se à discussão acerca dos fatos ali descritos com os demais elementos dos autos.

Tratando-se de prova trazida aos autos, com a anuência das partes, é vedado-lhes questionar quanto aos possíveis vícios na sua formação, já que a presunção, tendo sido produzida em Juízo, é de total observância aos Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório.

Deixo claro, ainda, que tanto os depoimentos pessoais, como os testemunhais, produzidos na prova emprestada, servem como documento nestes autos e serão valorados da mesma forma. (...)” (grifamos). (SÃO PAULO, 2011).

3.6.2.2.1 Prova obtida por meio ilícito.

Aprofundaremos nesta subseção o tema já apresentado no item 2.5.1.

Por se tratar de um meio atípico de prova, isto é, não previsto em lei, nos termos do artigo 332 do CPC, subsidiariamente aplicado ao processo do trabalho, a prova emprestada só é admissível, em regra, quando moralmente legítima.

Não se pode deixar de mencionar, contudo, que parcela da doutrina e da jurisprudência admite o conhecimento da prova obtida por meio ilícito sob certas circunstâncias, o que também autorizaria seu empréstimo.

Cabe ressaltar que existem três teorias sobre a admissibilidade das provas ilícitas: a) teoria obstativa; b) teoria permissiva e c) teoria intermediária (SILVESTRE, 2010, p. 16)¹⁰⁵.

De acordo com a primeira teoria, ainda predominante no direito brasileiro (BEDAQUE, 2011, p. 148), a prova obtida por meio ilícito é sempre absolutamente inadmissível. Em contraposição, a teoria permissiva apregoa ser essa prova sempre admissível, porquanto a ilicitude é do meio e não propriamente do conteúdo da prova, razão pela qual aquele que produziu a prova deve ser sancionado, mas a prova aproveitada. Já segundo a teoria intermediária, a prova ilícita será admitida quando, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, os valores jurídicos e morais que se quer efetivar através da prova forem mais importantes que a inobservância dos preceitos legais concernentes à sua produção em juízo.

A teoria intermediária nos parece ser a mais coerente¹⁰⁶. Em muitos casos, a solução da demanda com efetiva justiça só será possível através da apreciação da prova ilícita. Mais uma vez, será o princípio da proporcionalidade que guiará o magistrado na consideração dos casos concretos e no sopesamento entre o direito à prova e a licitude do meio probatório.

Não se pode, pois, negar peremptoriamente a utilização da prova obtida por meio ilícito e nem permiti-la indiscriminadamente. É sempre o meio termo, que concede à prudente análise do caso concreto e dos valores em colisão, que salvaguarda o próprio sistema, cujo fim é a justiça.

Entendemos, por conseguinte, que a vedação à produção das provas obtidas por meios ilícitos não é absoluta (BEDAQUE, 2011, p. 155). Em verdade, nenhum princípio é absoluto,

¹⁰⁵ No mesmo sentido, sem conduto nomear as três correntes José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 148-149).

¹⁰⁶ Compartilham desse entendimento Jorge Augusto Buzetti Silvestre (2010, p. 16) e José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 151).

mesmo quando alçado à condição de garantia constitucional (BEDAQUE, 2011, p. 152). O Direito é o fato valorado transformado em norma e essa também é relativa (BEDAQUE, 2011, p. 155).

3.7 Procedimento para o empréstimo da prova.

O transporte da prova, independentemente de sua forma (documental, material ou testemunhal) no processo em que foi realizada, se dá sempre por meio documental, através de certidão, cópia autenticada ou aceita como fiel pelas partes e extraídas do processo em que foi produzida.

Embora alguns doutrinadores¹⁰⁷ afirmem que todos os elementos documentais em que se consignou a atividade probatória¹⁰⁸ devam ser trazidos para o processo em que a prova será reaproveitada, entendemos que esse traslado é apenas conveniente. É que a validade da prova jurisdicionalmente produzida é presumida e à parte contrária ao empréstimo incumbe demonstrar a existência de vício no processo anterior¹⁰⁹.

Todavia, sob pena de não conhecimento, todas as peças atinentes à prova propriamente dita devem ser transladadas. Ocorre que não é lícito à parte cindir a prova, valendo-se dela apenas no que lhe beneficia e ocultando a parte que lhe prejudica.

Cabe à parte interessada e ao juiz (no caso de empréstimo de ofício), em princípio, pois, trasladar todo o conjunto probatório. Assim, por exemplo, no empréstimo de prova pericial devem ser juntadas cópias autenticadas das folhas do processo que documentaram a decisão que definiu o objeto da perícia; os quesitos das partes e do juiz; o laudo pericial; os quesitos de esclarecimento do laudo e as respostas do perito, se existentes; as manifestações dos assistentes técnicos; eventual termo de oitiva do perito e dos assistentes em audiência, etc.

A parte contrária, por sua vez, tem o direito de se manifestar tanto sobre o empréstimo, quanto sobre o valor da prova transportada. Ou seja, a manifestação se restringirá à ausência dos requisitos de admissibilidade da prova emprestada (vício do processo originário por falta de citação, inobservância do direito ao contraditório, por exemplo) e à contraprova do fato que se pretendia demonstrar com o empréstimo. Dessa forma, não há que se falar em

¹⁰⁷ Entre os quais Eduardo Talmini (1998, p. 93).

¹⁰⁸ Como o requerimento da prova, o deferimento de sua produção, etc.

¹⁰⁹ Nesse sentido, Hernando Devis Echandía, citado por Eduardo Talmini (1998, p. 94).

nomeação de assistente técnico, formulação de quesitos, reperguntas, etc., sob pena de se desvirtuar os principais fatores que determinam o empréstimo da prova – a economia e a celeridade processuais.

Por se tratar de prova documental, o empréstimo da prova deve observar as disposições legais acerca da produção desse meio probatório (artigos 396 a 399 do CPC). Dessa forma, em face da prova emprestada, não cabe reinquirição de testemunhas nem indicação de assistentes técnicos (VEZZONI, 2005, p. 21).

A prova emprestada, por conseguinte, deverá ser juntada aos autos a que se destina, em regra, com a inicial ou com a resposta, se o transporte for requerido, respectivamente, pelo autor ou pelo réu (artigo 396 do CPC¹¹⁰).

Quando a controvérsia acerca do fato surgir posteriormente, as partes poderão, em qualquer tempo, requerer o transporte de sua prova. Nesse caso, estar-se-ia diante de um documento novo, isto é, destinado a provar fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos (artigo 397 do CPC¹¹¹).

Em estrita obediência ao direito ao contraditório, preceitua o artigo 398 do CPC que sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá a outra no prazo de cinco dias. Em face de sua importância, já tratamos em tópico apartado do princípio do contraditório – seção 3.6.2.1.

3.8 Valoração da prova emprestada.

O aspecto essencial da prova emprestada é se apresentar sob a forma documental, mas manter as características do meio originário para sua valoração como, por exemplo, testemunho ou perícia. É esse fato que lhe confere regime jurídico específico, diverso, pois, do da prova documental e da essência original da prova que se emprestou (TALAMINI, 1998, p. 94).

Dessa forma, o documento trasladado de um processo para outro não configura prova emprestada, porquanto mantida a mesma forma não há diferença de valor entre a prova

¹¹⁰ Art. 396. Compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações. (BRASIL, 2011).

¹¹¹ Art. 397. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos. (BRASIL, 2011).

original e a transportada. Ademais, o documento é prova pré-constituída também em relação ao processo originário e, como visto, pode ser juntado por simples cópia ou cópia autenticada no processo que se pretende o empréstimo (TALAMINI, 1998, p. 94).

Entretanto, mesmo assumindo a forma documental, a prova emprestada poderá ter a mesma eficácia probatória que obteria¹¹² no processo em que foi produzida, porquanto já ficou superada a concepção de que a prova transportada teria um valor menor¹¹³.

A prova emprestada tem, por conseguinte, o mesmo *status* da prova que seria produzida na relação processual para a qual é transferida, ou seja, a potencialidade de convencimento (eficácia) não depende de onde a prova foi realizada, mas da sua capacidade para demonstrar os fatos ocorridos segundo a prudente análise do juiz.

Assim, a prova emprestada deve ser livremente valorada pelo juiz do processo para o qual foi transportada como se nele houvesse sido originariamente realizada. O juiz pode, destarte, conferir a esse meio de prova o mesmo valor que lhe foi atribuído no processo no qual foi produzida, valor diverso (maior ou menor) ou até mesmo desconsiderá-la como meio de prova.

Ocorre que se está diante de uma nova relação processual e o juiz que vai decidí-la possui liberdade para formar o seu convencimento sobre os fatos narrados pelas partes e decidir a lide com fulcro em todo o conjunto probatório carreado aos autos.

Alguns doutrinadores, no entanto, traçam diretrizes para a determinação do valor da prova emprestada. Moacyr Amaral Santos, citado por Mariana Borges Rematoso (2010, p. 182), por exemplo, disciplina que:

- a) a prova emprestada guarda a eficácia do processo em que foi colhida, na conformidade do poder de convencimento que trouxe consigo;
- b) a eficácia e a aproveitabilidade da prova emprestada, de natureza oral, estão na razão inversa da possibilidade de sua repetição no processo;
- c) a eficácia da prova emprestada, de natureza oral, equivale à da produzida mediante precatória.

Outros¹¹⁴ asseveram que a eficácia da prova emprestada, se correlaciona com a identidade ou não entre as partes processuais. Dessa feita, havendo identidade de partes a prova

¹¹² O tempo verbal foi usado corretamente pelo autor (obteria), uma vez que a determinação da eficácia probatória dependerá da livre apreciação de cada julgador, de modo que não alcançada a eficácia máxima no processo de origem, a prova pode alcançá-la no processo para o qual é trasladada ou atingida a eficácia máxima naquele não ter nenhum efeito sobre a formação do convencimento do juiz, isto é, não ter eficácia alguma no processo para o qual é transportada.

¹¹³ Defendida por Bentham; Sabatini e Florian, de acordo com Eduardo Talamini (1998, p. 94).

transladada teria, *a priori*, a mesma eficácia do processo em que foi produzida. Todavia, em caso de identidade parcial entre as partes ou processo entre terceiros, pode haver distinção entre o valor atribuído à prova no processo originário e no processo que a recebe.

Dessa forma, para parte da doutrina, se o empréstimo é requerido por quem participou do processo em que a prova foi constituída, ela não produzirá efeito contra aquele que dele não participou, uma vez que não teve oportunidade de exercer o direito ao contraditório durante a realização da prova. O juiz poderá, contudo, considerá-la como subsídio probatório (adminículo de prova/indício de prova¹¹⁵).

Entretanto, se o terceiro requerer o transporte, a prova será plenamente eficaz, já que o *ex adverso* exerceu amplamente o direito ao contraditório no processo em que a prova foi realizada e poderá se manifestar sobre ela e seu traslado para o processo atual. Alguns autores¹¹⁶ enfatizam, ademais, que, se a prova for reconhecida na sentença do processo originário, guardará a mesma eficácia original contra quem nele foi parte.

Outros doutrinadores, contudo, entendem que a prova emprestada para demanda em que não há identidade de partes ou em que esta é parcial tem valor relativo, ou seja, de mero adminículo de prova.

Como já mencionamos, existem juristas que entendem que a própria admissibilidade da prova está intimamente ligada à impossibilidade ou dificuldade da reprodução da prova, requisito do empréstimo da prova¹¹⁷. Entendemos, entretanto, ser um erro restringir o empréstimo da prova a esses casos, uma vez que os princípios da economia e da celeridade processual impõem a racionalização e aconselham o aproveitamento dos atos processuais validamente realizados.

É que, a nosso ver, a impossibilidade ou a dificuldade da reprodução do meio de prova pode influenciar na eficácia da prova emprestada para provar as alegações de fato. Dessa forma, em princípio, quanto maior a facilidade de reprodução da prova menor sua eficácia probatória.

Há também autores que distinguem entre a eficácia da prova produzida em um juízo e trasladada para outro de natureza diversa¹¹⁸. De acordo com essa corrente, se a prova só pode ser produzida perante um juízo em razão da competência material (como, por exemplo, no

¹¹⁴ Entre os quais Mariana Borges Rematoso (2010, p. 197).

¹¹⁵ Vale lembrar que indício é o fato conhecido a partir do qual se conclui (se presume) a existência de um fato desconhecido, com base na ordem normal das coisas (o que ordinariamente acontece).

¹¹⁶ Nesse sentido, doutrina Rita Mascaro Ippolito Andrade, citada por Mariana Borges Rematoso (2010, p. 199).

¹¹⁷ Entre os quais Melchíades Rodrigues Martins (2006, p. 171 e 173) e Ladislau Fernando Rohnelt, citado por Mariana Borges Rematoso (2010, p. 180-181).

¹¹⁸ Jorge Américo vaticina nesse sentido, segundo Mariana Borges Rematoso (2010, p. 201).

juízo criminal), quando trasladada conserva o mesmo valor. Mas, se a prova pode ser produzida em qualquer juízo, seu valor será reduzido na proporção da facilidade de sua reprodução.

Quanto à prova produzida em juízo estrangeiro, quando admissível seu traslado, há autores que lhe atribuíam à mesma eficácia do processo originário¹¹⁹ e outros que entendem que o juiz brasileiro só pode dela extrair presunções¹²⁰.

Antônio Carlos Marcato (2011) esclarece que as provas produzidas no estrangeiro para serem utilizadas no Brasil são dispensadas do *exaquetur*¹²¹. Adverte que valerão como prova os atos processuais probatórios produzidos em país estrangeiro, desde que vertidos para o português, registrados em cartório de registro de títulos e documentos e acompanhados de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado; e, se autenticado por via consular, será dispensado o seu registro.

O Antônio Carlos Marcato (2011) entende, contudo, que a prova oral só tem valor probante se produzida perante o juiz natural da causa, observados os princípios da oralidade e da imediatidade, razão pela qual, para ele, é inútil o empréstimo de prova dessa natureza colhida em processo estrangeiro. E, em relação às provas periciais, assevera que poderão ser utilizadas no processo brasileiro, desde que entre as mesmas partes, mas que sua validade e eficácia poderão ser objeto de debate, à luz do contraditório, perante o juiz natural da causa, que lhes atribuirá o valor que repute merecido.

Não vislumbramos motivos para mencionada distinção, desde que observados os requisitos legais para a produção da prova e o princípio do contraditório, a prova produzida perante a jurisdição estrangeira deve ser independentemente de sua natureza e da identidade de partes admitida no processo brasileiro. Ademais, como explicado alhures, não entendemos ser absoluta a necessidade de submissão ao princípio da oralidade para o empréstimo da prova.

A eficácia da prova emprestada de processo administrativo, quando indispensável para o exercício do direito à prova, é de mero elemento de convicção do magistrado para alguns autores¹²².

¹¹⁹ Lodovico Mortara, citado por Mariana Borges Rematoso (2010, p. 206-207), acrescenta que essa eficácia depende da identidade de partes, observância das garantias processuais, da legalidade da forma e que o meio de prova não seja excluído pelo direito brasileiro.

¹²⁰ Carlo Lessona, de acordo com citação de Mariana Borges Rematoso (2010, p. 207).

¹²¹ O *exaquetur* é expressão do sistema de controle limitado dos atos e das decisões estrangeiras, de tal sorte que não terão eficácia em território nacional, em princípio, aqueles ainda não homologados previamente pelo Superior Tribunal de Justiça.

¹²² Entre os quais Mariana Borges Rematoso (2010, p. 210).

Em regra, desde que observados os princípios da publicidade e do contraditório, a prova produzida em processo penal guarda seu valor original quando trasladada para processo de natureza diversa (REMATOSO, 2010, p. 214). No entanto, se as garantias do processo penal forem menores que as do processo para o qual a prova será trasladada, para alguns juristas, a prova valerá apenas como presunção, isto é, terá valor relativo (REMATOSO, 2010, p. 214).

Insta salientar que quanto à existência do fato e sobre sua autoria provadas no processo criminal, o artigo 935 do CC¹²³ é claro ao determinar o empréstimo da prova ao processo cível.

Não obstante tais diretrizes, para nós, em todos os casos, a eficácia da prova dependerá sempre da análise do conjunto probatório carreado aos autos, da natureza e das circunstâncias da causa, bem como das condições em que foi produzida no processo espelho. É com fundamento nessa análise que o juiz, formará seu livre convencimento e conferirá à prova emprestada eficácia plena, nenhuma eficácia ou a considerará mero adinículo de prova.

¹²³ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no júízo criminal. (BRASIL, 2011).

4 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ.

Até aqui, tratamos da teoria geral da prova, da técnica da ponderação de valores, da prova emprestada e da compatibilidade desse instituto com o processo do trabalho. Agora, analisaremos a atribuição de poderes instrutórios ao juiz com fim de demonstrar que o empréstimo da prova pode e deve ser determinado de ofício pelo magistrado.

Os poderes, deveres¹²⁴ ou poder-dever-função¹²⁵ do juiz instruir a lide estão assentados nos institutos fundamentais do processo: jurisdição, ação, defesa e processo (BEDAQUE, 2011, p. 30).

Em nosso entender, o principal escopo da jurisdição é a pacificação social. É fazer atuar o ordenamento jurídico para obter a justa composição do conflito¹²⁶. Assim, não pode o juiz, a quem compete o exercício dessa função estatal, permanecer inerte quanto à obtenção da verdade sobre os fatos que deve julgar.

Impende destacar que a jurisdição, em nosso ordenamento jurídico que adota o princípio da inércia, salvo raríssimas exceções¹²⁷, só é exercida quando provocada pela parte a quem interessa a atuação do Direito no caso concreto¹²⁸. Assim, em regra, somente através da iniciativa da parte, ou seja, da propositura da ação e observados os limites objetivos apresentados pelas partes, por força do princípio da adstrição ou da correlação, pode o juiz exercer os seus poderes instrutórios.

Todavia, uma vez iniciado, cessa o domínio das partes sobre o processo. Ante o caráter público¹²⁹ e o princípio do impulso oficial, pode o magistrado determinar a produção das provas que entender necessárias para formar seu convencimento sobre as questões de fato controvertidas (BEDAQUE, 2011. p. 61).

Nesse sentido, Manoel Antonio Teixeira Filho (2010, P. 33) assevera que:

Não se pode ignorar, ademais, que o processo é dotado de um conteúdo eminentemente ético, que autoriza o julgador, sempre que entender necessário, a

¹²⁴ Como entende Elio Fazzalari, citado, em nota de rodapé, por Maurício Lindenmeyer Barbieri. (2011, p. 58).

¹²⁵ De acordo com Trícia Navarro Xavier (2008, p. 173).

¹²⁶ Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, citado, em nota de rodapé, por José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 35).

¹²⁷ Como no caso da iniciativa oficial para a ação de inventário estabelecida pelo artigo 989 do CPC.

¹²⁸ A norma é inobservada tanto espontaneamente pela parte, no caso de lide, quanto nos chamados processos necessários, nos quais a aplicação da norma somente pode ocorrer através da intermediação da jurisdição, conforme aduz José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 34).

¹²⁹ A visão publicista do processo é mais adequada à atual ciência do Direito, uma vez sua adoção realça a autonomia e a instrumentalidade do processo. Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque (2011. p. 40).

sobrepor-se à negligência da própria parte para tomar a iniciativa de procurar, onde se encontre, a verdade real. O veto que a lei impõe a iniciativa ao magistrado é restrito à deflagração do processo (CPC, art. 262), não abrangendo a iniciativa quanto ao descobrimento da verdade real. É oportuno lembrar que o juiz do trabalho possui ampla liberdade na direção do processo (CLT, art. 765) e que o juiz, de modo geral, pode determinar *ex officio*, a produção de provas (CPC, art. 130). (grifamos).

Outro instituto basilar do processo é o direito à ampla defesa, contraponto do direito de ação, e cujo fundamento é o princípio da isonomia. Aquele que provocou a jurisdição já teve oportunidade de demonstrar suas razões, motivo pelo qual quem sofrerá os efeitos do exercício do direito de ação também deve ser ouvido (BEDAQUE, 2011. p. 62).

Já o processo é o instrumento através do qual a jurisdição se concretiza. Ele é o procedimento em contraditório através do qual se desenvolvem o direito de ação e de defesa e o Estado faz incidir a norma ao caso concreto com fim de obter um provimento justo e manter a paz e a harmonia sociais (BEDAQUE, 2011. p. 74).

Vale lembrar, mais uma vez que, a justiça da decisão depende da verdade real que pode ser desvelada mais facilmente através do exercício do contraditório, cujo fundamento lógico é a defesa (BEDAQUE, 2011. p. 67). Desse modo, deve o juiz zelar para que o direito à ampla defesa não sofra restrições, suprindo sua falta ou agindo de forma complementar à atuação das partes, autor e réu, em matéria de prova.

Afinal, todos os sujeitos processuais têm interesse no resultado final do processo: as partes buscam uma decisão favorável às suas pretensões - a vitória - e o juiz busca efetivar a norma jurídica, realizar o ideal de justiça e obter a pacificação social.

As partes visam à satisfação de seus próprios interesses individuais, agem, pois, com parcialidade. O juiz visa o interesse geral – a justiça – age, por conseguinte, norteado pela imparcialidade. As primeiras trazem aos autos, quando aptas socioeconômica, cultural e financeiramente a tal mister, via de regra, os elementos de prova a elas favoráveis, enquanto ao juiz compete encontrar a verdade real, razão pela qual lhe são conferidos poderes instrutórios.

Compete, dessa forma, ao magistrado manter o equilíbrio e a isonomia da relação processual, agindo de forma imparcial e reproduzindo de ofício tão próximo quanto possível a realidade fática. Verificando, destarte, que provas importantes e necessárias ao esclarecimento dos fatos não foram apresentadas, deve o juiz determinar *ex ponte propria* a sua produção.

Ademais, de acordo com os princípios do contraditório dinâmico e de cooperação entre as partes e o tribunal, a norma do caso concreto deve ser construída por todos os partícipes do processo. Por isso, o juiz deve colher dados do fato concreto e procurar a

solução mais justa para fazer valer concretamente os direitos trabalhistas previstos na CRFB (TEODORO, p. 92).

Cabe ressaltar que alguns doutrinadores (XAVIER, p. 2008, p. 177) entendem que é dever funcional do julgador instruir o processo, motivo pelo qual sua inércia caracteriza *error in procedendo* e é passível de sanção.

Em breve síntese, podemos concluir que a iniciativa probatória do juiz decorre, natural e logicamente, de sua própria função jurisdicional, do dever de dar impulso ao processo, do interesse público na solução justa da lide, dos princípios do contraditório e da cooperação processual.

4.1 Poderes instrutórios do juiz e sua efetivação.

Embora, em nosso ordenamento jurídico, os poderes instrutórios do juiz estejam expressamente consagrados nos artigos 130 do CPC e 765 da CLT, há certa, senão grande, resistência à sua efetivação (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 52) ou, no dizer de alguns, “polêmica quanto ao seu alcance”¹³⁰.

Há, na verdade, dissenso a respeito da viabilidade da concessão de poderes instrutórios ao juiz na ciência do Direito¹³¹. Cabe frisar que, embora a tendência seja a ampliação desses poderes (BEDAQUE, 2011, p. 83)¹³², ainda existem ordenamentos jurídicos, fortemente influenciados pela concepção privada do Direito, que não admitem o exercício dos poderes instrutórios pelo juiz e outros em que eles são bem limitados¹³³¹³⁴.

Os juristas que não vislumbram a possibilidade de concessão de poderes instrutórios ao juiz o fazem, ao nosso entender, devido a uma interpretação equivocada dos princípios do

¹³⁰ A expressão é de Alexandre Freitas Câmara (2007, p. 34).

¹³¹ Conforme assevera Alexandre Freitas Câmara (2007, p. 33).

¹³² A doutrina estrangeira aponta o Brasil, Itália, Alemanha, México, Argentina, Áustria e Rússia entre os países que consagram amplos poderes instrutórios ao juiz, conforme nos informa José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 93).

¹³³ No Direito espanhol, fortemente influenciado pelo princípio do dispositivo, não são conferidos poderes instrutórios ao juiz, já nos Direitos sueco, colombiano há restrições quanto a prova testemunhal e documental, de acordo com José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 84-85).

¹³⁴ No Direito americano, em face da adoção do sistema *adversary*, o juiz é passivo e não tem poder de iniciativa probatório, enquanto nos direitos alemão e francês esses poderes são muito amplos, segundo Alexandre Freitas Câmara (2007, p. 37).

dispositivo, da igualdade processual e da imparcialidade¹³⁵, baseada na concepção privada do processo¹³⁶ e na ideologia liberal, bem como da teoria do ônus da prova.

Passaremos a analisar cada um desses argumentos nas subseções a seguintes.

4.1.1 Princípio do dispositivo.

A maioria dos doutrinadores entende que o princípio do dispositivo proíbe ao juiz a iniciativa probatória. Às partes competiria o ônus de provar suas alegações e gozariam, ainda, da livre disposição de seus direitos através da renúncia, da desistência, da confissão, do reconhecimento do pedido e da inércia processual (BEDAQUE, 2011, p. 94).

Não compartilhamos de tal entendimento. O princípio do dispositivo além de se aplicar apenas à relação jurídica de direito material e não à relação jurídica processual¹³⁷, engloba, em sentido amplo, tão somente a necessidade de provocação da jurisdição pelas partes (princípio da inércia) e a vinculação do juiz aos fatos alegados pelas partes (princípio da correlação ou da adstrição)¹³⁸¹³⁹. Esse princípio não impõe, portanto, que as provas devam ser, necessária e exclusivamente, requeridas e produzidas pelas partes.

Ademais, ainda que as partes possam dispor do direito material, o Estado tem interesse em que a jurisdição seja prestada da melhor maneira possível (BEDAQUE, 2011, p. 101), solucionando a lide com celeridade e justiça. As partes podem, pois, estabelecer limites quanto aos fatos a serem investigados, mas não podem restringir os meios de prova utilizados pelo juiz para o alcance da verdade (BEDAQUE, 2011, p. 102).

Cabe ressaltar, ainda, que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema inquisitorial quanto à produção da prova, conferindo um papel ativo ao juiz nessa matéria (BEDAQUE, 2011, p. 103). Atento a essa circunstância, o C. TST, na Súmula 74¹⁴⁰,

¹³⁵ Como, por exemplo, Glauco Gumerato Ramos (2011, p. 29), para quem, o juiz que determina a prova de ofício rompe com o compromisso de imparcialidade e deve ser substituído.

¹³⁶ Como exposto por (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 52).

¹³⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 98.

¹³⁸ De acordo com Devis Echandía, citado por José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 96), entende que o princípio do dispositivo também engloba a vinculação do juiz às provas produzidas.

¹³⁹ Como já tivemos oportunidade de destacar, nem mesmo esses princípios são dogmas inafastáveis.

¹⁴⁰ Súmula 74 – CONFISSÃO.

I - Aplica-se a confissão à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor.

consagrou o entendimento de que, embora seja considerada confessa a parte que não comparecer à audiência em prosseguimento na qual deveria depor, quando expressamente intimada com essa cominação, a vedação de produção de provas somente se aplica às partes, não afetando o exercício, pelo magistrado, do poder/dever de conduzir o processo.

Observado, pois, o princípio do contraditório, instrumento capaz de evitar qualquer arbítrio, não há nenhum mal no exercício de ampla iniciativa probatória pelo juiz (BEDAQUE, 2011, p. 83). Afinal, o magistrado também deve contribuir para o bom resultado do processo, já que ele não pode ser indiferente à justiça (BEDAQUE, 2011, p. 82).

4.1.2 Princípios da igualdade processual e da imparcialidade.

Parte da doutrina sustenta que o juiz seria parcial ao determinar a produção da prova cujo resultado beneficiasse uma das partes (BEDAQUE, 2011, p. 115). Entende que essa determinação beneficiaria a parte negligente com seus ônus processuais e o magistrado tenderia a decidir de acordo com a prova por ele mesmo produzida (BEDAQUE, 2011, p. 115).

Entendemos, contudo, que a produção de ofício da prova não implica quebra da igualdade nem da imparcialidade¹⁴¹.

A imparcialidade e a igualdade de tratamento são concebidas como o deferimento de iguais oportunidades e a proibição de distinções em razão das próprias pessoas ou fundadas em preferências pessoais do magistrado¹⁴². A produção de ofício da prova com observância do contraditório, por conseguinte, não viola tais garantias.

Ora, quando o juiz determina a realização do meio de prova sobre fato que não lhe parece suficientemente esclarecido, o faz com intenção de decidir de forma justa a lide e não tem como saber (ou não deveria saber) qual das partes será beneficiada e nem mesmo se tal meio será considerado para formar seu convencimento (BEDAQUE, 2011, p. 117).

Ao se pensar por esse enfoque, também se poderia dizer que seria parcial o juiz que deixasse de determinar a produção da prova necessária ao seu esclarecimento sobre os fatos e,

II - A prova pré-constituída nos autos pode ser levada em conta para confronto com a confissão ficta (art. 400, I, CPC), não implicando cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores.

III- A vedação à produção de prova posterior pela parte confessa somente a ela se aplica, não afetando o exercício, pelo magistrado, do poder/dever de conduzir o processo. (BRASIL, 2011).

¹⁴¹ Nesse sentido também José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 116).

¹⁴² De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, citado por BEDAQUE (2011, p. 123).

por essa razão, julgasse o processo em favor da parte beneficiada por essa omissão (BEDAQUE, 2011, p. 117).

De fato, o exercício de amplos poderes instrutórios pelo juiz não favorece a qualquer das partes, mas à justiça, porquanto propicia a apuração mais completa dos fatos e aumenta a probabilidade de que a lide seja resolvida em favor de quem realmente tem razão, ou seja, daquele cuja situação jurídica esteja protegida pela norma de direito material (BEDAQUE, 2011, p. 117).

E ao Estado e à sociedade interessa que vença exatamente aquele que tem razão, de modo que não há parcialidade, mas correta atuação do julgador quando ele se vale de seus poderes instrutórios e adequado funcionamento da função jurisdicional¹⁴³.

Lado outro, os poderes instrutórios são concedidos ao juiz para que ele busque a verdade real e essa busca não caracteriza tratamento desigual das partes (BEDAQUE, 2011, p. 121), ao contrário efetiva a igualdade entre elas.

A plena disponibilidade das provas pelas partes é que viola a igualdade substancial (BEDAQUE, 2011, p. 121)¹⁴⁴. O processo deve garantir às partes a defesa efetiva de seus direitos, a sustentação de suas razões e a produção de suas provas. Essa garantia não pode ser meramente formal, razão pela qual o juiz seria parcial se assistisse passivamente a inércia da parte devida a fatores culturais, técnicos e econômicos e não à real intenção de não manifestar e assim dispor do direito (BEDAQUE, 2011, p. 105-106).

A atividade do juiz, especialmente em matéria de prova, é que efetiva a igualdade real das partes na relação processual. Social, cultural e economicamente diferentes na relação de direito material, fato notório nas relações de trabalho, que de um lado apresentam o trabalhador hipossuficiente e de outro a empresa, ente organizado e coletivo por natureza, as partes continuam diferentes na relação processual. Para equilibrar essa situação e alcançar a igualdade substancial entre elas, o juiz deve tratá-las desigualmente na medida de suas desigualdades¹⁴⁵¹⁴⁶.

A interferência do juiz para corrigir essas desigualdades não o torna parcial, pois visa impedir que uma das partes vença o processo porque é socioeconômica e culturalmente mais

¹⁴³ Conforme José Carlos Barbosa Moreira e Eduardo Talamini, citados, em notas de rodapé, por BEDAQUE (2011, p. 118).

¹⁴⁴ Entendida como igualdade jurídica, técnica e econômica, como doutrina Ada Pellegrini Grinover, citada em nota de rodapé por José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 105).

¹⁴⁵ Segundo José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 106), cresce a cada dia o número de defensores de que somente um comportamento ativo do julgador faz com seja respeitado um dos princípios processuais de maior relevância social: o da igualdade real das partes. Trata-se de poderoso instrumento, que possibilita ao magistrado corrigir as desigualdades econômicas presentes na relação processual.

¹⁴⁶ Maria Cecília Máximo Teodoro (2011, p. 64) compartilha da mesma concepção de igualdade substancial.

favorecida e está mais bem representada que a outra e não porque tem o direito que alega ter¹⁴⁷.

É notório que a hipossuficiência pode impossibilitar que a parte demonstre em juízo o direito que efetivamente tem. Não se pode aceitar passivamente que se chegue, por essa razão, a uma decisão destoante da realidade fática, logo, injusta. Uma decisão fundamentada nessas bases corresponde ao verdadeiro fracasso da atividade jurisdicional (BEDAQUE, 2011, p. 109). Daí ser fundamental a atuação do juiz para ultrapassar essa distorção e efetivar a justiça no caso concreto.

Impende destacar, também, que o processo, como instrumento ético, não permite que se deixe exclusivamente às partes ou a uma delas, em detrimento da(s) mais fraca(s) o seu direcionamento e a construção da decisão, pois isso desvirtuaria o exercício da jurisdição – atividade puramente estatal e pública¹⁴⁸.

Cabe frisar que a estrita submissão ao princípio do contraditório e a motivação analítica e completa da decisão são mecanismos suficientes para evitar qualquer possível vinculação do juiz ao resultado da prova por ele produzida, mantê-lo absolutamente imparcial¹⁴⁹ e assegurar a igualdade real entre as partes.

4.1.3 Teoria do ônus da prova.

Parte da doutrina entende que a teoria do ônus da prova inviabiliza¹⁵⁰ ou torna muito reduzida a possibilidade de determinação de ofício de realização da prova, porquanto, omissa a parte, não competiria ao magistrado suprir seu ônus trazendo aos autos a prova que lhe competia (BEDAQUE, 2011, p. 126).

De acordo com essa vertente, o julgador só poderia usar seus poderes instrutórios se, depois de concluída a atividade probatória das partes, ficasse em dúvida e não pudesse julgar

¹⁴⁷ Conforme Teresa Arruda Alvim Wambier, citada em nota de rodapé por José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 105-106).

¹⁴⁸ Como nos adverte Cândido Rangel Dinamarco, citado, em nota de rodapé, por José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 107).

¹⁴⁹ Nesse sentido, Michelli Taruffo, citado por José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 117).

¹⁵⁰ Nesse sentido, entende Munir Karam, citado, em nota de rodapé, por José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 130).

segundo o seu livre convencimento ou em conformidade com a teoria do ônus da prova. A determinação da prova *ex officio* dependeria, portanto, da existência de dúvida¹⁵¹.

Fora dessa circunstância, o uso do poder instrutório pelo juiz configuraria abandono da teoria do ônus da prova e violaria o princípio da igualdade entre as partes, uma vez que permitiria que a parte inerte demonstrasse suas razões (BEDAQUE, 2011, p. 126).

Para essa corrente, a violação a esses dois institutos seria ainda maior na seara trabalhista porque o artigo 852-D da CLT, aplicável ao processo do trabalho como um todo e não apenas ao rito sumaríssimo, imporá, como limites aos poderes instrutórios do juiz, o ônus da prova e a imparcialidade (MARTINS, 2006, p. 175).

Tal posicionamento não nos parece correto. Ele parte de uma premissa equivocada sobre o momento em que deve ser aplicada a teoria do ônus da prova. Para essa vertente doutrinária, concluída a instrução, aplicar-se-ia a teoria do ônus da prova e havendo dúvida poderia o magistrado determinar a produção da prova. Todavia, como *susso* mencionado, essa teoria disciplina regras de julgamento, motivo pelo qual somente se aplica no momento da decisão.

Dessa forma, toda a atividade probatória (incluída a do juiz) é anterior à incidência da teoria do ônus da prova (BEDAQUE, 2011, p. 129-130). Ademais, a determinação da prova de ofício não elimina a utilidade prática dessa teoria, uma vez que essa diligência pode não ter êxito e a lide não pode ficar sem solução. Nem há que se falar, como já se viu, em violação ao direito das partes ao igual tratamento processual.

Na verdade, a iniciativa probatória do juiz pode reduzir em muito o âmbito de aplicação da teoria do ônus da prova, mas isso não é uma desvantagem para a ciência jurídica. Ao revés, isso é de todo desejável, porquanto significa que a lide se resolveu com base em fatos devidamente esclarecidos, aumentando a probabilidade da justiça da decisão e não em regras técnicas de distribuição de ônus processuais (BEDAQUE, 2011, p. 30).

Assim, diante de uma instrução insuficiente, deve o juiz realizar a prova necessária à formação de seu convencimento, convertendo inclusive o julgamento em diligência. Entretanto, se mesmo após essa providência o fato permanecer obscuro, a controvérsia deve ser decidida, de acordo com a teoria do ônus da prova, com solução contra a parte que tinha o ônus de prová-lo (BEDAQUE, 2011, p. 132 e 127-128).

Por derradeiro, insta salientar que o juiz, em regra e para não prejudicar a celeridade, já que é notório o grande número de autos processuais distribuídos todos os dias a cada

¹⁵¹ Essa é a posição adotada por Arruda Alvim e Nelson Nery Junior, segundo José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 126).

magistrado, não pode determinar a produção de toda e qualquer prova e substituir a iniciativa que compete às partes de acordo como o artigo 333 do CPC. Todavia, provas imprescindíveis segundo a natureza do litígio, devem ser ordenadas de ofício, já que o dever de julgar de acordo com a verdade real, que está ao alcance do juiz, supera as regras do ônus da prova e o primado da celeridade¹⁵².

4.1.4 Ideologia liberal.

Não bastasse a insuficiência da declaração legal, a efetividade do direito pode ser obstada pela construção de armadilhas ideológicas. Não é possível ignorar a íntima relação entre a teoria e a prática (CAPLAN, 2008, p. 276). A forma como os direitos são pensados, reflete na forma como são (ou não) levados à efetividade prática (CAPLAN, 2008, p. 277).

Diríamos mais. Cada momento histórico estabelece relações recíprocas de causa e efeito entre os fatores filosóficos, sociais, econômicos, políticos, científicos e jurídicos (TEODORO, p. 17). Não há dúvidas, portanto, de que as teorias sustentadas pelos grupos que detêm a hegemonia do sistema de valores sociais são mais aceitas que as teorias defendidas pelos grupos excluídos ou vitimizados¹⁵³.

E são aceitas, ainda que o indivíduo não as perceba. Os teorizadores sustentam, na maioria das vezes e com sinceridade, a neutralidade de seu pensamento e seu comprometimento com a produção de idéias desvinculadas de suas concepções pessoais ou do contexto histórico e social. E isso ocorre justamente porque um dos traços fundamentais da ideologia é fazer com que se pense que as idéias são independentes da realidade histórica e social. Embora, na verdade, seja essa realidade que torna possível as idéias elaboradas compreensíveis (CAPLAN, 2008, p. 277). Como adverte Jorge Luiz Souto Maior, citado por Maria Cecília Máximo Teodoro (2011, p. 100) “muitas vezes as próprias idéias escondem suas verdadeiras intenções, sendo esse o campo de atuação da ideologia.”

O estudo do Direito, portanto, não é neutro¹⁵⁴. Ele se conecta de modo indissociável ao contexto socioeconômico e político de sua época (TEODORO, 2011, p. 21), ou seja, o momento histórico determina o Direito (TEODORO, 2011, p. 36). Assim, não se pode ignorar

¹⁵² Conforme entendimento de Humberto Theodoro Junior, citado por Melchíades Rodrigues Martins (2006, p. 175).

¹⁵³ Como os trabalhadores, as mulheres, as crianças, os idosos, os pobres.

¹⁵⁴ Como quer fazer crer a ideologia liberal, propagada através da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

que a concepção de Estado influencia toda a sociedade em seus múltiplos aspectos e determina a postura do juiz¹⁵⁵.

É por isso que, no Estado Liberal que prega a neutralidade e despreocupação estatal com os valores sociais, o juiz se limita a uma atitude passiva de mero aplicador da lei (juiz boca da lei) (TEODORO, 2011, p. 46). No Estado Social, o juiz, com fulcro nos princípios constitucionais, constrói o sentido e a finalidade das normas (TEODORO, 2011, p. 77). Ao passo que, no Estado Democrático de Direito, em que vivemos o paradoxo entre o ressurgimento do liberalismo e a tentativa de manutenção das conquistas do Estado social, impõe-se uma postura mais ativa do juiz para efetivação dos direitos sociais (TEODORO, 2011, p. 124).

Mas, não há dúvidas de que a ideologia predominante, em nossa sociedade¹⁵⁶, é a liberal burguesa (ou neoliberal). Embora existam, na contemporaneidade, duas linhas de pensamento filosófico, ambas possuem matizes liberais. Uma com nítida tentativa de retomada de um liberalismo adaptado e reinventado, outra um pouco mais atenuadora e que preza pela conservação dos direitos formalmente garantidos no ordenamento jurídico¹⁵⁷.

É que, na mesma medida em que surgem novos direitos, surge também uma forte ideologia de contenção. Assim, no Estado Democrático de Direito, a sociedade informatizada e globalizada delinea os direitos de fraternidade e solidariedade, chamados direitos de terceira geração, e também faz propagar rapidamente, em todas as esferas sociais, a ideologia neoliberal que visa contê-los, gerando uma massa de cidadãos apolíticos e acríticos, terreno fértil para a consolidação das ideologias dominantes (neoliberais) (TEODORO, 2011, p. 114).

A partir dessa constatação, compreende-se o lugar de destaque que é conferido aos direitos civis e políticos (pensados como direitos eminentemente individuais pela ideologia dominante) sobre os demais – direitos fundamentais ou humanos (CAPLAN, 2008, p. 277), bem como porque muitos juristas negam ao juiz o amplo exercício dos poderes instrutórios.

A nosso ver, a ideologia liberal é tão forte entre os membros do Poder Judiciário brasileiro que ele reflete, ainda hoje, o velho dogmatismo jurídico de um modelo normativo formal, no qual a aplicação do direito se limita à mera subsunção dos fatos à norma de maneira isolada da realidade, de forma impessoal e passiva.

¹⁵⁵ Nesse diapasão, vale registrar que Maria Cecília Máximo Teodoro demonstra, em sua obra *O Juiz Ativo e os Direitos Trabalhistas*, através de uma análise exaustiva, como ocorrem essas interações.

¹⁵⁶ Para não dizer em praticamente todo o mundo.

¹⁵⁷ De acordo com Maria Cecília Máximo Teodoro (2011, p. 36).

Pode-se identificar, pelo menos, seis entraves à efetividade dos direitos fundamentais em geral e em especial ao direito à prova impostos pela ideologia hegemônica, quais sejam:

- a) a autocontenção judicial;
- b) a idéia de que os direitos sociais não são direitos fundamentais;
- c) a dicotomia entre direitos humanos e direitos fundamentais;
- d) a teoria da geração de direitos humanos ou fundamentais;
- e) a distinção entre direitos positivos e direitos negativos e suas conseqüências em relação à exigibilidade de direitos;
- f) a prevalência do direito privado sobre o direito público.

Todavia, devido à delimitação do tema proposto na presente dissertação, trataremos apenas dos entraves que tem maior incidência sobre o exercício de amplos poderes instrutórios pelo juiz – a autocontenção judicial e a prevalência do direito privado sobre o direito público.

4.1.4.1 Autocontenção judicial.

A autocontenção ou autorrestrrição significa uma postura contida, passiva dos juízes, para não dizer inerte, quando estes se deparam com casos difíceis, que exigem, em certa medida, o exercício criativo da jurisdição (PEREIRA, 2011). Essa atitude reduz a interferência do Judiciário nos demais Poderes e limita a área de aplicação da Constituição em favor das esferas eminentemente políticas (VITÓRIO, 2011, p. 76).

A autocontenção judicial tem forte matiz neoliberal e se fundamenta no princípio da separação dos poderes¹⁵⁸. Ela representa um retrocesso das conquistas processuais obtidas durante o Estado Social e, indubitavelmente, acarreta a inefetividade dos direitos fundamentais de modo geral e, em especial, do direito à prova e, por conseguinte, impossibilita o acesso à ordem jurídica justa.

Quando a lei ou a doutrina proíbem um postura ativa dos magistrados ou estes adotam a autocontenção, a jurisdição se aproxima de uma atividade burocrática, despe-se de seu caráter pacificador, assiste inerte às atividades das partes e reduz a solução do processo à

¹⁵⁸ Nesse sentido, Teodolina Batista da Silva Cândido Vitória (2011, f. 76).

questão de sorte (XAVIER, 2008, p. 173), isto é, à sorte de ser a parte técnica, cultural, econômica e juridicamente mais favorecida.

É a opção, quase sempre inconsciente, pela autocontenção que, muitas vezes, leva os magistrados a não utilizarem amplamente o poder instrutório que possuem em decorrência do direito de acesso à justiça consagrado na CRFB e expressamente pelo CPC e pela CLT. Esse perverso imobilismo, essa timidez faz letra morta do direito à prova e relega a justiça a um ideal inatingível.

É o que ocorre, por exemplo, quando se veem decisões que não admitem o transporte da prova por não estar o instituto devidamente disciplinado por lei, que exigem a presença absoluta e concomitante de vários requisitos ou que simplesmente entendem que o juiz não deve agir em matéria de prova.

A autocontenção judicial era a inequívoca linha de atuação do Poder Judiciário no Brasil até o advento da Constituição de 1988 (BARROSO, 2010). Contudo, com o advento da Constituição Cidadã, o ativismo judicial vem ganhando prestígio entre os juristas.

Mas, como nos informa Ivan Alemão, a década de 1990 ainda foi marcada pelo absentismo tanto do C. TST quanto dos juízes e desembargadores regionais do trabalho, influenciados pela máxima liberal de reduzir direitos para garantir empregos e pelo comodismo, ou seja, levados pelo afã de reduzir o número de instruções e julgamentos (ALEMÃO, 2003, p. 34).

De acordo com esse autor, são atos que demonstram essa autocontenção no âmbito do C. TST naquele período:

- a) a edição da Súmula 330, que reconhecia a eficácia liberatória das homologações dos termos de rescisão contratual;
- b) edição da Instrução Normativa n. 4, que, a título de uniformização, criou formalidades que, na prática, impediam o conhecimento dos dissídios coletivos; e
- c) a iniciativa do projeto de lei que visava à criação das comissões de conciliação prévia e impunha a submissão do conflito à elas como condição da ação ou pressuposto de sua admissibilidade.

Quanto à primeira instância, Ivan Alemão, referindo-se ao TRT da 1ª Região, aponta que essa tendência se verificaria pelo vultoso número de extinções de ações por descumprimento das formalidades legais (ALEMÃO, 2003, p. 34-35).

Contra a autocontenção judicial, os jurisdicionados devem provocar e os membros do Poder Judiciário adotar o ativismo judicial. Tema sobre o qual dos debruçaremos especificamente em outro tópico.

Cabe, contudo, mencionar que o ativismo judicial é uma atitude do magistrado, é a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

4.1.4.2 Prevalência do direito privado sobre o direito público.

No liberalismo e no neoliberalismo¹⁵⁹, há uma superavaliação do individualismo (TEODORO, 2011, p. 34), motivo pelo qual apregoa-se que o Estado deve ser mínimo e não deve intervir nas relações privadas. Vigem as máximas: Deixai fazer, deixai ir e deixai passar¹⁶⁰!

A dicotomia entre Estado e sociedade civil patrocinada pelo neoliberalismo, contudo, é puramente ideológica. Sem que se perceba, ela nega a importância do Estado na construção da justiça social, permite que a força estatal seja usada para manter e aumentar a opressão e a injustiça e proteja os interesses das classes dominantes¹⁶¹.

Essa cisão tem, portanto, inequívoco reflexo na ciência do Direito, cujos teóricos passam a promover a distinção entre o direito público e o direito privado como esferas estanques, incomunicáveis e impermeáveis. O direito privado seria destinado a regular as relações entre os particulares, enquanto o direito público a disciplinar a estrutura, organização e funcionamento do Estado.

Como bem explicita Maria Cecília Máximo Teodoro, no modelo neoliberal, ante a supremacia do interesse privado, declara-se a igualdade meramente formal, impõe-se deveres de abstenção ao Estado e consagram-se liberdades negativas. O Código Civil, por conseguinte, desempenha a função de Constituição e está sempre a favor do sujeito livre e igual (TEODORO, 2011, p. 36).

Mesmo com o advento do Estado Democrático de Direito, é fato que muitos juristas ainda têm uma mentalidade preponderantemente privatista, atribuindo maior força às normas infraconstitucionais do que às normas constitucionais, de natureza política e pública mais evidente (BARROSO, 2010).

¹⁵⁹ Nesse em menor medida.

¹⁶⁰ Tradução livre de *laissez faire, laissez aller e laissez passer*.

¹⁶¹ Conforme Jorge Luiz Souto Maior, citado por Maria Cecília Máximo Teodoro (2011, p. 113).

Há, pois, ainda hoje, uma tendência de verificar a subsunção do fato primeiramente à lei e uma grande dificuldade em desenvolver o hábito de verificar a conformidade da lei com os preceitos constitucionais, como se o ordenamento infraconstitucional pudesse estar acima da Constituição.

É em razão, também, dessa separação entre o público e o privado, que a doutrina costuma atribuir ao processo natureza privada e não pública e a diferenciar a influência da natureza do direito material sobre direito processual. Sustenta-se, assim, que as partes podem livremente dispor do processo e que se o direito for indisponível, o processo deve ser dirigido de modo a encontrar a verdade real e ao juiz é permitido produzir provas de ofício. Todavia, se disponível o direito, pouquíssimos são os poderes instrutórios do julgador.

Essa distinção, entretanto, deve ser superada para que o Estado seja mais atuante na sociedade civil e passe a ser instrumento de realização dos direitos fundamentais e dos anseios sociais (TEODORO, 2011, p. 113).

Embora o processo nasça e se desenvolva em razão de uma relação de direito material na maioria das vezes privada, ele é, antes de tudo, instrumento para o exercício da jurisdição, razão pela qual a relação processual possui caráter público. No processo existem, portanto, dois interesses em jogo: o interesse das partes na efetivação de seus direitos materiais e o interesse do Estado e da sociedade de que a norma jurídica de direito material seja observada e que a resolução do conflito se faça de forma justa (BEDAQUE, 2011, p. 135-148).

Ainda que as partes possam dispor do direito material através de renúncia, reconhecimento do pedido, transação, etc., não podem dispor do direito processual, isto é, do desenvolvimento técnico e formal do processo, em face da preponderância do interesse público.

Dessa forma, uma vez iniciado o processo e enquanto a solução do problema permanecer nas mãos do Estado, independentemente da natureza do direito material (público ou privado, disponível ou indisponível), compete ao juiz a sua direção e não somente às partes. Não se pode, portanto, restringir os poderes instrutórios do magistrado, cuja atividade se desenvolve em colaboração com as partes e não sob o domínio delas (BEDAQUE, 2011, p. 135-148).

4.1.4.3 Superando a ideologia neoliberal.

Embora a ideologia neoliberal seja hegemônica atualmente, há formas para superá-la, efetivar o direito à prova e ampliar o exercício do poder instrutório pelos magistrados, com o fim de se concretizar os direitos fundamentais do trabalho e realizar o ideal de justiça.

A consciência dessa hegemonia e de suas conseqüências na esfera social, política, econômica e jurídica é o primeiro passo. A principal válvula de escape, entretanto, é a aplicação imediata dos princípios aos casos concretos, já que eles são instrumentos para adequada valoração do direito e para impedir os resultados pretendidos pela ideologia neoliberal.

O exercício da magistratura exige, destarte, uma sólida formação técnica aliada a uma boa formação social, uma consciência política da função e uma ética humanista. O juiz deve possuir conhecimentos filosóficos, sociológicos e éticos. Só com esse saber estará apto a valorar os objetos do mundo jurídico, criticar os princípios, conhecer os fatores socioculturais que determinam o comportamento humano, situar-se na realidade social e dar sentido aos dispositivos legais (TEODORO, 2011, p. 148-149).

É por essa razão que se mostra plenamente válida a proposta de Maria Cecília Máximo (2011, p. 133) Teodoro de uma reforma humana no Judiciário, ou seja, direcionada à formação ou re formação da consciência e da maneira como o direito e o mundo sobre o qual suas decisões repercutem são vistos e interpretados pelos magistrados.

Referida jurista (2011, p. 133), assevera que

O juiz passa a desempenhar seu papel social na medida em que perquire acerca de seus valores e concepções filosóficos e políticos individuais e investiga os pressupostos do caso sob julgamento. Só assim que ele poderá assumir um compromisso com a justiça social, com a dignidade da pessoa humana e com a democracia. Tal operação torna possível um julgamento mais amarrado à realidade e com maior responsabilidade na efetivação da justiça”.

Ademais, como assevera Luís Roberto Barroso, o papel do Poder Judiciário é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios, não de política, de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas (BARROSO, 2010).

O juiz tem, por isso, o dever de conhecer os alicerces da democracia - a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e o pluralismo político (TEODORO, 2011, p.

133) –, a si mesmo, isto é, os seus próprios valores, preconceitos e contingenciamentos morais e pesquisar a fundo a verdade fática (TEODORO, 2011, p. 138), a realidade social na qual está inserido e os efeitos de sua decisão na vida dos jurisdicionados e seus reflexos em toda a sociedade, para que possa filtrar as influências da ideologia neoliberal e efetivar, através de sua decisão, a justiça no caso concreto.

Lado outro, o neoconstitucionalismo¹⁶² prega que as normas constitucionais, sobretudo os princípios, modelam as relações sociais e podem ser aplicados diretamente pelos juízes quando da solução de qualquer controvérsia¹⁶³.

Os princípios são valores que o Direito reconhece como ideias fundantes do ordenamento jurídico e dos quais as regras não podem se afastar para que possam cumprir adequadamente seus fins, ou seja, para que o Estado possa cumprir a sua função ideal de transformar a realidade (TEODORO, 2011, p. 109-110).

A normatividade dos princípios viabiliza, portanto, a introdução de critérios axiológicos no momento de aplicação das normas, aproximando o Direito da Ética. A valorização dos princípios também confere maior poder aos juízes contra as arbitrariedades oriundas da lei ou da falta de lei, para assegurar a unidade do ordenamento jurídico, o efetivo direito à prova e, por fim, os direitos trabalhistas (TEODORO, 2011, p. 108-111).

Dessa forma, a inércia do juiz em matéria de prova desrespeita os princípios e os valores que constituem a base do próprio Estado brasileiro, que se pretende Democrático de Direito e visa implementar a igualdade e a melhoria das condições de vida das pessoas¹⁶⁴.

Ora, não se pode ignorar que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (artigo 1º incisos II, III e IV) e por objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º) nem que o processo é um dos meios ou instrumentos de efetivação desses valores e de realização desses objetivos.

Não é possível a construção de uma sociedade justa se a jurisdição não produz decisões lastreadas na verdade. É imperioso, destarte, que o juiz busque de ofício essa verdade para fazer atuar a vontade concreta da lei e resolver a lide de modo a pacificar a sociedade.

¹⁶² Adotado por Ronald Dworkin e Robert Alexy, conforme Ana Lucia Pretto Pereira (2011).

¹⁶³ De acordo com Ricardo Guastini, citado por Maria Cecília Máximo Teodoro (2011, p. 108).

¹⁶⁴ Como se depreende dos ensinamentos de Alexandre Freitas Câmara (2007, p. 38).

A ideologia neoliberal não pode, pois, cegar o magistrado. Não se pode dar primazia aos princípios da imparcialidade, do dispositivo, da igualdade (meramente formal) e à teoria do ônus da prova em detrimento da efetivação da justiça no caso concreto. O juiz deve se esforçar para concretizar os direitos trabalhistas (TEODORO, 2011, p. 103) o que, para nós, implica um aprimoramento pessoal e uma postura ativa.

4.2 Amplitude e limites dos poderes instrutórios do juiz.

A correta interpretação da CRFB e dos artigos 130 do CPC e 765 da CLT leva à conclusão de que os poderes instrutórios do juiz são amplos¹⁶⁵, mas isso não significa que sejam ilimitados.

A amplitude desses poderes permite ao magistrado a qualquer tempo (antes da prolação da sentença ou acórdão é óbvio) determinar a produção de qualquer meio de prova necessário à formação de seu convencimento.

Todavia, os poderes instrutórios são limitados por fatores gerais e fatores específicos. Os primeiros são oriundos dos princípios da demanda, da necessidade da prova, da celeridade, da motivação das decisões e do contraditório. Os segundos decorrem da técnica processual e correspondem à revelia.

O juiz não pode, em face dos princípios acima referidos e como já explicado alhures, determinar a realização de prova de forma arbitrária, nem sua atividade pode recair sobre fato estranho à lide, incontroverso ou não submetido ao prévio contraditório entre as partes.

A revelia implica a confissão ficta sobre os fatos alegados pelo autor. Não se admite, portanto, em regra e mesmo na ausência de provas, a atividade probatória do juiz em sentido contrário a essa presunção. Ocorre que, nesse caso, o legislador optou pela celeridade e efetividade do provimento jurisdicional, mediante cognição sumária, em detrimento da segurança jurídica (BEDAQUE, 2011, p. 164).

Todavia, viola a razoabilidade a consideração da veracidade de fatos inverossímeis, motivo pelo qual a doutrina e a jurisprudência têm mitigado os efeitos da *ficta confessio* e admitido a produção de prova mesmo de ofício sobre eles (BEDAQUE, 2011, p. 163).

¹⁶⁵ Esse é o entendimento, entre outros doutrinadores, de José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 168); Alexandre Freitas Câmara (2007, p. 36) e Fredie Didier Júnior e outros (2007, p. 52).

Ademais, a iniciativa probatória do juiz não pode implicar excessiva demora, sob pena de violar o princípio da razoável duração do processo. Se a produção da prova se demonstra inviável sob este ponto de vista, o magistrado deve julgar de acordo com as provas já carreadas aos autos ou de acordo com a teoria do ônus da prova (BEDAQUE, 2011, p. 165-166).

5 ATIVISMO JUDICIAL.

No presente capítulo, finalmente, passaremos à análise do ativismo judicial. Começaremos apresentando seu conceito, suas justificativas e causas, bem como apontaremos as condutas do magistrado que caracterizam uma postura ativista, entre as quais entendemos se incluir a determinação do empréstimo da prova de ofício. Depois, indicaremos seus limites e principais críticas: ofensa ao princípio da separação de poderes e possibilidade de abuso de poderes.

5.1 Conceito.

Ativismo judicial, protagonismo judicial, atividade judicial criadora mediante utilização da cláusula geral, direito judicial, judicialização da política e politização do Judiciário são denominações empregadas para identificar a atuação de um juiz que incorpora as vicissitudes do meio social, as conquistas das classes envolvidas, a própria evolução do Poder Judiciário e tem por fim a realização de direitos fundamentais (TEODORO, p. 150).

Luís Roberto Barroso, todavia, esclarece que ativismo judicial não se confunde com judicialização. Embora pertençam a um mesmo gênero, esclarece o autor que esses termos designam espécies distintas (BARROSO, 2010).

Para ele, o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance com o fim efetivar os direitos. Trata-se de um mecanismo para contornar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Ao passo que a judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: o ativismo depende da vontade do magistrado, mas a judicialização não, porque ela decorre da vontade do constituinte (BARROSO, 2010).

5.2 Justificativa e causas.

O ativismo judicial tem como principal justificativa a máxima promoção e prospecção dos direitos fundamentalmente assegurados (PEREIRA, 2011). Esse modo proativo de interpretação e aplicação das normas surgiu, na verdade, como reação à violação dos direitos fundamentais, isto é, da necessidade de protegê-los (MONTEIRO, 2010, p. 167).

No Brasil, o ativismo judicial tem como principais causas ou fatores de desencadeamento: a) a redemocratização; b) a constitucionalização abrangente e c) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade (BARROSO, 2010).

A redemocratização do país, cujo ponto culminante foi a promulgação da Constituição de 1988, fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como reavivou a cidadania, aumentando a demanda por justiça na sociedade brasileira.

A constitucionalização abrangente, por sua vez, trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. E, na medida em que uma questão é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.

Já o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade permite o controle de constitucionalidade das leis por qualquer juiz ou tribunal e que quase todas as questões políticas ou moralmente relevantes sejam apreciadas pelo STF (BARROSO, 2010).

5.3 Posturas ativistas.

Mas, quais os atos do magistrado identificam uma postura ativista? O ativismo se manifesta por meio de diferentes condutas, entre as quais a doutrina aponta como mais relevantes¹⁶⁶:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;

¹⁶⁶ Conforme Luís Roberto Barroso (2010) e Teodolina Batista da Silva Cândido Vítório (2011, f. 75).

(ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;

(iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Entendemos que a iniciativa probatória do magistrado, que pode se instrumentalizar através da determinação do empréstimo da prova de ofício, também se insere num contexto de ativismo judicial¹⁶⁷, já que o concebemos, tal qual Ronald Dworkin, como a forma de proteção dos direitos constitucionais pelo Poder Judiciário - “o caminho para a Corte cumprir sua função e servir os cidadãos pela Justiça pública¹⁶⁸”.

Ademais, a criatividade¹⁶⁹ está em interpretar os incisos XXXV, LIV, LV e LVI do artigo 5º da CRFB e a lei de modo a se concluir pela possibilidade do magistrado determinar, de ofício, o empréstimo da prova, com o fim precípua de garantir a efetividade do direito de acesso à ordem jurídica e os direitos do trabalhador¹⁷⁰.

Todavia, deixamos claro que defendemos um certo ativismo judicial, porquanto não ignoramos que devam existir limites e limitações a esse modo proativo de agir, nem fechamos nossos ouvidos para toda atual polêmica e controvérsia acerca do protagonismo judicial¹⁷¹.

Defendemos, pois, um ativismo conseqüente e responsável, fortemente articulado do ponto de vista da consistência discursiva (motivação) e da riqueza argumentativa (convencimento) e com ampla participação das partes na construção das decisões através do contraditório.

Passaremos à análise dos limites ao ativismo judicial na próxima subseção.

¹⁶⁷ Nesse sentido, destaca Juliano Ralo Monteiro (2010, p. 165), entre os vários instrumentos do Poder Judiciário para uma prática ativista, “a oficialidade dos juízes agirem em busca da verdade real”.

¹⁶⁸ Citado por Teodolina Batista da Silva Cândido Vitório (2011, f. 79).

¹⁶⁹ Cabe destacar que William Marshall, citado por Juliano Ralo Monteiro (2010, p. 163), refere-se a quatro dimensões do ativismo: a) contramajoritária; b) jurisdicional; c) criativa e d) remédio. Aqui, nos referimos à dimensão criativa, ou seja, no ativismo fundamentado em conceitos neoconstitucionalistas e pós-positivistas, que usa da melhor hermenêutica para criar novos direitos ou afirmar os direitos jusnaturalistas. Vale destacar que a dimensão contramajoritária é caracterizada pela não aceitação, pelo Poder Judiciário, das decisões tomadas pelo Executivo e pelo Legislativo; na jurisdicional as decisões judiciais são prolatadas de modo a alterar, corrigir ou melhorar o conteúdo das leis ou atos normativos; enquanto que através do ativismo remédio o Judiciário impõe obrigações positivas aos outros poderes com fulcro nas normas constitucionais programáticas.

¹⁷⁰ Citamos, como exemplo de ativismo judicial em matéria de prova, o posicionamento do MM. Juiz Sérgio Milito Bârea, confirmado pelo TRT da 15ª Região, através do acórdão proferido nos autos do processo n. 0158300-75.2008.5.15.0151, relatado pelo Exmo. Desembargador Fernando Da Silva Borges publicado em 15/07/2011, cujo capítulo pertinente transcrevemos no anexo II. SÃO PAULO.

¹⁷¹ Para alguns, também fruto da ideologia, como nos informa Teodolina Batista da Silva Cândido Vitório (2011, f. 79).

5.4 Limites do ativismo judicial.

A jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Para esse bom exercício, a conduta do magistrado não pode ser arbitrária, razão pela qual não pode implicar riscos para a legitimidade democrática nem uma politização indevida da justiça. Devemos ter em mente, outrossim, que o ativismo encontra limite na capacidade institucional do Poder Judiciário e nos efeitos sistêmicos da decisão (BARROSO, 2010).

O Judiciário como intérprete maior da CRFB não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo¹⁷². Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais e a concreção das cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas; em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos e não os membros do Poder Judiciário (BARROSO, 2010).

Lado outro, apesar do refluxo das concepções marxistas, não pode subsistir no mundo contemporâneo a crença na idéia liberal-positivista de objetividade plena do ordenamento e de neutralidade absoluta do intérprete. É que Direito é, em certa medida, política. Ora, sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis e sua aplicação não pode ser dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos. Os juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade interfere nos juízos de valor que formulam. A interpretação da CRFB, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente como: a justiça, a segurança e o bem-estar social (BARROSO, 2010).

Todavia, Direito não é política, no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas ou de submeter à vontade de quem detém o poder a noção do que é correto e justo. Uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução

¹⁷² Conforme Luís Roberto Barroso (2010), a possibilidade de um órgão não eletivo sobrepor-se a uma decisão dos chefes do Poder Executivo ou da maioria dos membros do Legislativo é identificada pela teoria constitucional como dificuldade contra majoritária.

plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta e mais justa, à luz dos elementos do caso concreto (BARROSO, 2010).

Dessa feita, cabe advertir que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo, já que emana do povo e em seu nome deve ser exercido, razão pela qual a atuação jurisdicional, na medida do possível, deve estar em sintonia com o sentimento social¹⁷³.

Cabe salientar, ainda, que a consonância da decisão com o anseio popular se dá em certa medida porque, em certos casos, o magistrado terá que atuar de modo contramajoritário para conservação e a promoção dos direitos fundamentais. Logo, a intervenção do Judiciário nesses casos, favorece e não é contra a democracia (BARROSO, 2010).

Ademais, a conduta do magistrado para ser justa deve atentar, também, para a capacidade institucional do Poder Judiciário, aos seus limites e aos efeitos sistêmicos da decisão. Embora a última palavra seja sempre do Poder Judiciário, em razão do sistema da separação de poderes, temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz o árbitro mais qualificado, seja por falta de informação, seja por falta de conhecimento específico (BARROSO, 2010).

Embora pela lógica do sistema, que impõe a inafastabilidade da jurisdição, os membros do Poder Judiciário tenham sempre a última palavra, em algumas raras situações, eles deverão prestigiar as decisões do Poder Legislativo ou do Executivo, cedendo o espaço para juízos discricionários dotados de razoabilidade (BARROSO, 2010).

Ocorre que o juiz normalmente está preparado para realizar a justiça do caso concreto, a chamada micro-justiça. Por essa razão, em casos excepcionais¹⁷⁴, ele pode não dispor das informações, nem do tempo, nem mesmo do conhecimento necessários para avaliar o impacto de determinadas decisões sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público (BARROSO, 2010).

No tocante à capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos, portanto, o Judiciário deve ter mais cuidado e verificar se, em relação à matéria tratada, um outro Poder, órgão ou entidade não teria melhor qualificação para decidir (BARROSO, 2010).

¹⁷³ Conforme Luís Roberto Barroso (2010) e BINENBOJM, citado por Teodolina Batista da Silva Cândido Vítório (2011, f. 57).

¹⁷⁴ É que o Poder Judiciário profere sim decisões de grande impacto social e econômico e na grande maioria das vezes o faz muito bem. A Justiça do Trabalho é um órgão com inúmeros exemplos, ante sua competência para solução dos conflitos coletivos do trabalho.

Em suma: nestas hipóteses, o Poder Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. No dizer de Luís Roberto Barroso, “ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui” (BARROSO, 2010).

5.5 Críticas ao ativismo judicial.

O ativismo judicial é uma tendência mundial irreversível, porquanto há uma preocupação mundial em adequar o Poder Judiciário às demandas do mundo atual. Esse fenômeno, todavia, não está imune a críticas.

As principais críticas doutrinárias ao ativismo judicial consistem nas seguintes assertivas:

- a) enfraquecimento aos poderes constituídos;
- b) falta de participação política e inversão democrática, já que os magistrados não são eleitos pelo povo;
- c) alienação popular e “clientelismo”;
- d) ausência de critérios objetivos, já que tudo poderia ser feito em nome do ideal de justiça¹⁷⁵.

Para melhor visualizar as críticas a esse modo proativo de agir que incorpora as vicissitudes do meio social, as conquistas das classes envolvidas na lide, a própria evolução do Poder Judiciário e que tem por fim a realização de direitos fundamentais, vale transcrever o entendimento de Moisés Mileib de Oliveira (2011, f. 130 e 141), segundo o qual:

(...) Em outros termos, interferências intensas do judiciário no âmbito político e social, mesmo que tragam benefícios aparentes, não podem ser aceitas por atentarem diretamente contra à democracia por desconsiderarem o texto constitucional e por imporem uma decisão que não é democraticamente construída. Nestes termos, o ativismo judicial equipara-se a uma forma de paternalismo, imbuído do espírito de urgência, que não crê no amadurecimento gradual do cidadão. Continua-se, assim, a edificar-se a realidade por meio do direito”.

(...), o mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia quanto o seu pouco uso, podendo-se dizer, à guisa de conclusão que, se antes tínhamos uma democracia com cidadania de “baixa intensidade” (O’DONNELL, 1993, p.133) ou seja, uma democracia na qual os preceitos formais de participação política ou de manifestação da vontade eram respeitados, mas o componente “liberal” da democracia, como direitos individuais, acesso à justiça, eram frequentemente

¹⁷⁵ Citadas, entre outras, por Juliano Ralo Monteiro (2010, p. 170).

violados; agora passamos a desfrutar de uma cidadania tutelada por meio de um judiciário ativista, messiânico, que, mesmo em um regime democrático, traz à tona a aceitação, por parte da sociedade, do paternalismo, forma velada de autoritarismo, que concebe a democracia apenas como questão secundária, numa atitude perversa que nega percurso histórico da cidadania realizando a desfragmentação do sujeito cidadão em sujeito cliente.

O mesmo dissertante (2011, f. 141) aduz, ainda, que:

(...) para se concluir que o ativismo judicial é um tipo disfarçado de paternalismo, logo, autoritarismo, que em desconsideração ao tempo histórico da cidadania e da democracia tenta adiantar o futuro lançando-nos, novamente, as nossas mais caras dificuldades históricas.

Portanto, não cabe ao judiciário resolver todos os problemas, dar a última palavra em matéria de ciência, definir o bem político e responsabilizar-se pelo bem-estar da sociedade. Ele só não pode como também não deve, se incumbir de tais tarefas, “sob pena de mergulhar-nos num inferno sofista frustrante, estéril e destruidor” (GARAPON, 2001, p. 265). O judiciário jamais nos livrará “do escrúpulo por ter que fazer política” (GARAPON, 2001, p. 265), porém ele poderá proteger continuamente o pacto democrático nos estimulando “a inventar uma nova cultura política” (GARAPON, 2001, p. 265), que permita aos cidadãos se reconhecerem e serem reconhecidos em seu, e pelo, seu direito.

Entendemos que todas as críticas ao ativismo podem ser resumidas em apenas duas: violação do princípio da separação de poderes e, portanto, à democracia, e à possibilidade de abuso de poderes pelos magistrados.

À essas principais críticas ao ativismo judicial dedicaremos as subseções 5.5.1 e 5.5.2.

5.5.1 Princípio da separação de poderes.

A teoria da separação de poderes constitui um dos pilares de sustentação das democracias modernas ao propiciar um sistema de freios e contrapesos ao exercício dos poderes estatais. Todavia, foi desenvolvida em um contexto liberal e precisa ser relida e reinterpretada para se adequar ao contexto socioeconômico atual (TEODORO, 2011, p. 154) e ao modelo do Estado Democrático de Direito.

Na contemporaneidade, os poderes estatais não cumprem mais tarefas rigidamente delimitadas, motivo pelo qual a divisão de poderes não pode ser vista de forma absoluta e desintegradora do sistema. Ela está mais associada à ideia de interpenetração, de equilíbrio e harmonia entre os entes estatais. Nesse sentido, estabelece o artigo 2º da CRFB que os

Poderes da União - Legislativo, Executivo e Judiciário – são independentes e não separados, bem como harmônicos entre si.

À CRFB coube, pois, estabelecer interferências legítimas nas decisões de um poder sobre o outro com o fito de evitar arbitrariedades e propiciar o equilíbrio necessário para a realização do bem comum (MONTEIRO, 2010, p. 162). O Poder Judiciário, dessa forma, não se limita mais a simplesmente dizer o direito, nem o Legislativo a criar as normas e o Executivo a aplicá-las. O próprio legislativo atribui ao Judiciário um verdadeiro poder normativo quando institui cláusulas abertas e positiva princípios.

O ativismo judicial, por conseguinte, não fere o princípio da separação de poderes em sua concepção contemporânea.

5.5.2 Abuso de poderes.

Não se pode olvidar que, nas mãos de juízes mal intencionados, isto é, desvinculados dos valores da justiça social e da democracia, o ativismo judicial pode ser utilizado para praticar injustiças.

Esse risco, no entanto, a nosso ver, é muito inferior aos benefícios trazidos à sociedade pelo protagonismo judicial e a prática tem demonstrado que esse tipo de magistrado é exceção.

Ademais, não há direitos ou poderes absolutos. O ativismo judicial, como demonstramos na seção 5.1, está sujeito a limites que asseguram a democracia e a efetivação da justiça, fim último do processo. E, também, como várias vezes dissemos, a observância dos princípios do contraditório e da motivação das decisões são mecanismos mais que suficientes para controlar a atuação judicial e evitar eventuais abusos.

A argumentação, a racionalidade apresentada pelo magistrado na fundamentação de suas decisões é, por conseguinte, suficiente para demonstrar se o teor de sua decisão resulta de “capricho ou idiosincrasias e predileções subjetivas dos juízes” ou se representa seu empenho em se manter “fiel ao sentimento de equidade e justiça da comunidade”¹⁷⁶. É, através dela, portanto, que o jurisdicionado e as instâncias superiores poderão aferir e corrigir eventuais distorções no ativismo judicial.

¹⁷⁶As expressões são de Mauro Cappelletti (1993, p. 98).

Insta, também, salientar que o aumento de poderes implica em maior responsabilidade do juiz, que deve, mais do que nunca, pautar sua atuação na ética, nos valores sociais e nos direitos fundamentais. Daí, mais uma vez, a importância do investimento pessoal e do Poder Judiciário na formação humanista do magistrado.

6. CONCLUSÃO.

O processo é o instrumento da jurisdição para alcançar o ideal de justiça que pressupõe decisão de mérito baseada na verdade real, proferida em tempo razoável e com economia. É a prova das alegações de fato que propicia o encontro dessa verdade, motivo pelo qual ela é considerada o núcleo, o coração do processo.

A prova é, em última análise, o próprio fundamento da decisão de mérito. Ela é tão importante que as partes possuem o direito fundamental de provar suas alegações e o juiz o poder-dever de determinar a produção da prova que entender necessária para a formação do seu convencimento.

A finalidade da prova, portanto, é a busca da verdade real, a demonstração em juízo dos fatos tal como ocorreram. A prova emprestada constitui um meio rápido e econômico de reproduzir nos autos essa verdade. Assim, deve ser admitida no processo quando requerida pelas partes, e, principalmente, ser determinada de ofício quando o julgador tiver conhecimento de que a prova necessária ao seu convencimento já foi realizada em outros autos.

Não se pode mais admitir um magistrado inerte em matéria de prova. Como principal interessado na correta atuação do direito material e na pacificação social, ele deve envidar esforços para, em contraditório, efetivar a igualdade substancial e realizar o ideal de justiça.

Nessa perspectiva e considerando a fundamentalidade dos direitos trabalhistas, o empréstimo da prova de ofício expressa um compromisso do magistrado com os escopos da jurisdição e com a realização de um Estado realmente democrático de Direito.

REFERÊNCIAS.

ALEMÃO, Ivan. Justiça sem mérito? Judicialização e desjudicialização da justiça do trabalho. **Justiça do Trabalho: Doutrina, Jurisprudência, Legislação, Sentenças e Tabelas**, Porto Alegre, v. 20, n. 239, p.30-39, nov. 2003.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. A legitimidade das decisões judiciais no estado democrático de direito. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, v. 45, n. 75, p.19-25 jan./jun. 2007

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **Direito processual do trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. 994 p. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=kZ9SvqqVT2oC&pg=PA471&lpg=PA471&dq=prova+transportada+no+processo+do+trabalho&source=bl&ots=dbgOIwsBBp&sig=pSvj4nGOzPRpXSxalSnp6muxhOE&hl=pt-BR&ei=MVT5Tb6mA9P2gAeNmOCdBQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CC8Q6AEwAw#v=onepage&q=prova%20transportada%20no%20processo%20do%20trabalho&f=false>. Acesso em: 27 maio 2011.

ALMEIDA, Ísis de. **Manual de direito processual do trabalho**. 7. ed. atual. e ampl., incluindo as leis modificadoras do CPC, de 13.12.94. São Paulo: LTr, 1995. 2 v.

ALMEIDA, Lúcio Rodrigues de. **Guia do processo do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1998. 320 p.

ALVES, Léo da Silva. Cuidado com a prova emprestada no processo administrativo. **Jornal Trabalhista Consulex**, 869, p. 06-07, 2001.

AMARAL, Leopoldino Marques do. **Poder judiciário: críticas e novas perspectivas**. Cuiabá: UFMT, 1997. 310 p.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. 252 p.

ANTUNES, Carla Heidrich et al. Prova emprestada: algumas considerações. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 28-37, maio/jun. 2000.

ASSIS, Carlos Augusto de. Poderes instrutórios. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 7, n. 39, p.207-210, jan./fev.2006.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo, LTr, 2003. 278 p.

BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. Poderes instrutórios no processo do trabalho. **Justiça do Trabalho**, Canoas, v. 208, p. 42-61, abr. 2001.

BARROS, Alice Monteiro de. Confissão – documentos- prova técnica: sistemática da realização das perícias. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord). **Compêndio de direito processual do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 335-348.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 427 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2010.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Sistema de direito processual: civil, tributário, trabalhista**. São Paulo: LTr, 1998. 432 p.

BEBBER, Júlio César. O novo código civil e a prova judiciária: breves considerações. **Revista Trabalhista: Direito e Processo**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p.113-128, abr./jun. 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 191 p.

BOTELHO, Ronaldo. Cobrança de indenização de contrato de seguro: inquérito policial e boletim de ocorrência. Validade como meio de prova. Conceito de prova emprestada. **Boletim Informativo Juruá**, 371, p. 23-24. jul. 2004.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. **Revisitando a teoria do fato jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 445-488.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. O ativismo judiciário negativo investigado em súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho. São Paulo: **Revista LTr**, n. 3, ano 74, p. 360-370.

BRASIL. Código Civil (2002). **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 nov. 2011.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jan. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 21 nov. 2011.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 21 nov. 2011.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 01 maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 21 nov. 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 nov. 2011.

BRASIL. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942). **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 09 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 21 nov. 2011.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Instrução Normativa n° 1, de 20 de dezembro de 1995**. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BD96D6A012BDA74DD71230F/in_19951220_01.pdf>. Acesso em: 27 out. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial n. 278 da SBDI-1. Adicional de insalubridade. Perícia. Local de Trabalho desativado. **Diário da Justiça**, 11 ago. 2003. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_pdf_atual.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 74. Confissão. **Diário da Justiça**, 20 abr. 2005. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_pdf_atual.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 136. Juiz. Identidade física. **Diário da Justiça**, 15 out. 1982. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_101_150.html#SUM-136>. Acesso em: 15 jan. 2012.

BRITO, Tarcísio Corrêa de. **O tema da formação de magistrados na construção de uma democracia judiciária ou de uma justiça democrática: qual(is) contradição(ões)?** Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_69/Tarcisio_Brito.pdf>. Acesso em: 25 out. 2011.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 126 p.

BROCHADO, Mariá. O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 39, n. 155, p. 125-141, jul./set. 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 153, p. 33-46, nov. 2007.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. Prefácio: Michele Taruffo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 479 p.

CAMPOS, Hadma Christina Murta. Ativismo judicial positivo e negativo: efeitos e limites. **Suplemento Trabalhista LTr**, São Paulo, n. 01, p.705-708, jan./dez. 2009.

CAPLAN, Luciana. Direitos Sociais na Constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. In: MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Maria de Fátima Coelho Borges (Coord.). **Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois**. São Paulo: LTr, 2008. p. 274-299.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. 168 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989. 96 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. 134 p.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil.** Tradução: Lisa Pari Scarpa. 4 ed. Campinas: Bookseller, 2005. 326 p.

CARVALHO, Frederico Reis Costa. Da prova. **Revista Consulex**, n. 157, p. 50-52. jun. 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ativismo judicial e política. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 13, n. 307, p. 58-60, out. 2009.

CATÃO, Adrualdo de Lima. Uma visão pragmática da noção de fato no direito: o caráter interpretativo do fato jurídico. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. **Revisitando a teoria do fato jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 01-23.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Prova emprestada. **Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, v. 88, p. 127-128, out. 1996.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** Prefácio do prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 320 p.

COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. **Revista de Processo**, 133, p. 85-120. mar. 2006.

DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx>>. Acesso em: 30 set. 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: Juspodivm, 2007. 561 p.

DIDIER JUNIOR, Fredie et al. **Curso de direito processual civil**: volume 2: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Salvador: Podivm, 2007. 619 p.

FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. **Mecanismos processuais para a solução de conflitos trabalhistas cumulados, massificados e repetitivos.** 2011. 213 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. “Ativismo judicial” para bom entendedor. **Jornal Trabalhista Consulex**, Brasília, v.27, n.1311, p.10, fev. 2010.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Direito à prova e dignidade humana**: cooperação e proporcionalidade em provas condicionadas à disposição física da pessoa humana (abordagem comparativa). São Paulo: LTr, 2007. 237 p.

FERRARI, Irany. Prova emprestada - Ausência de anuência da parte - Cerceamento de defesa. **Suplemento Trabalhista LTr**, São Paulo, v. 46, n.61, p. 272, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [198-]

FONTOURA, Taissa. Breves comentários a respeito da prova emprestada no processo do trabalho. **Suplemento Trabalhista LTr**, São Paulo, v. 35, p. 139-141. 2005.

GAVIORNO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro. O contraditório, as partes e o juiz. **Revista de Processo**, 148, p. 283-292. jun. 2007.

GOIÁS. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. Recurso Ordinário 00237-2007-012-18-00-7. Prova Emprestada. Recorrente: Marcus Vinícius Avelino De Alencar Ramos; Brasil Telecom S.A.; SPCC - São Paulo Contact Center LTDA. Recorrido: Os mesmos. Relator: Des. Mário Sérgio Bottazzo, Goiânia, **Diário Eletrônico de Justiça**, 21 ago. 2007. Disponível em: <http://www.trt18.jus.br:7090/pls/site/getpdf?p_id=46701&p_tipo=acordaos_2a_pdf>. Acesso em: 07 nov. 2011.

GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. **A identidade física do juiz e o processo do trabalho**. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/57322/>>. Acesso em: 04 out. 2011.

HERKENHOFF, João Batista. **O direito processual e o resgate do humanismo**. Rio de Janeiro: Thex, 1997. 164 p.

HÖFFE, Otfried. **O que é a justiça?** Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. 152 p.

JAKUTIS, Paulo. A prova emprestada e a imparcialidade do juiz. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 20, n. 236, p.13-19, fev. 2009.

JUCÁ, Francisco Pedro. Judicialização da política e politização do judiciário. **Ciência Jurídica**, São Paulo, v. 13, n. 85, p. 39-54, jan./fev. 1999.

KODANI, Gisele. Âmbito de aplicação da prova emprestada. **Revista de Processo**, São Paulo, 113, p. 268-280, jan./fev. 2004.

LANGFORD, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio-jurídica. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, n. 11, p. 99-133, dez. 2009.

LEITE, Samuel Corrêa. Prova emprestada no processo do trabalho. **Revista do TRT da 15ª Região**, Campinas, v. 2, p. 35-37, 1992.

LIMA, Júlio Geraldês de Oliveira. Horas extras: prova emprestada. **Jornal Trabalhista Consulex**, Brasília n. 971, p. 14. 23 jun. 2003.

LÔBO, Paulo. Fatos jurídicos como fontes das obrigações. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. **Revisitando a teoria do fato jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 489-507. .

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 208 p.

MACEDO FILHO, Cícero Martins de. Ativismo judicial. **Revista Jurídica Brasília**, v.13, n.304, p.48-51, set. 2009.

MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. **O ônus da prova no processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001. 640 p.

MALTA, Cristovão Piragibe Tostes et al. **Cardenos de direito processual do trabalho**: dissídio coletivo e provas do direito processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2002. 109 p.

MARCATO, Antônio Carlos. **Aspectos transnacionais do direito processual**. Disponível em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3019/aspectos-transnacionais-do-direito-processual>>. Acesso em: 19 ago. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 477 p.

MARTINS, Melchíades Rodrigues. Prova emprestada no processo do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v.32, n.123, p. 166-184, jul./set. 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. Prova pericial emprestada. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 20, n. 236, p. 07-19, fev. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 19ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010. 48 p.

MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **A produção da prova no direito processual**: o alcance e os limites do ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 232 p.

MINAS GERAIS. Horas extras - Ônus da prova. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário 0000346-81.2011.5.03.0025**. Recorrente: Casa Bahia Comercial LTDA. Recorrido: Ronnie Warleiy Rodrigues Santos. Relator: Des. Márcio Ribeiro do Valle, Belo Horizonte, 14 out. 2011 Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/consultaAcordaoPeloNumero.htm>>. Acesso em: 07 nov. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário 0000346-81.2011.5.03.0025**. Horas extras - Ônus da prova. Recorrente: Casa Bahia Comercial LTDA. Recorrido: Ronnie Warlleiy Rodrigues Santos. Relator: Des. Márcio Ribeiro do Valle, Belo Horizonte, **Diário Eletrônico de Justiça**, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/consultaAcordaoPeloNumero.htm>>. Acesso em: 07 nov. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário 0001129-82.2010.5.03.0001. Enquadramento Sindical. Atividade Preponderante Do Empregador. Recorrente: Banco Itaucred Financiamentos S.A e Outros. Recorridos: Valéria Peixoto De Almeida Ribeiro. Relator: Des. Márcio Ribeiro do Valle, Belo Horizonte, **Diário Eletrônico de Justiça**, 30 set. 2011. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/consultaAcordaoPeloNumero.htm>>. Acesso em: 07 nov. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário 0001836-84.2010.5.03.0022. Equiparação Salarial. Requisitos. Recorrente: Banco Santander (Brasil) S.A; Geraldo Magela Mansur; Ana Letícia de Moura Braga; Daniela Castro Ruas; Maria Helena Zeferino Pedra. Recorridos: Os mesmos. Relator: Des. Márcio Ribeiro do Valle, Belo Horizonte, **Diário Eletrônico de Justiça**, 23 set. 2011. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/consultaAcordaoPeloNumero.htm>>. Acesso em: 07 nov. 2011.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo judicial: Um caminho para concretização dos direitos fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 157-175.

MOURA, Edvaldo Pereira de. Proativismo judicial e democracia: uma relação de interdependência. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v.12, n. 282, p. 42-44, out. 2008.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 422p.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY; Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**: atualizado até 15.03.2002. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 1929 p.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidade e limites. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, p. 91-117, jan. 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Os Direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.104, n. 395, p. 35-49, jan./fev. 2008.

OLIVEIRA, Débora Costa. **O juiz e a prova trabalhista**. São Paulo: LTr, 2005. 95 p.

OLIVEIRA, Moisés Mileib de. **O ativismo judicial e a tutela da cidadania**: a postura ativista do judiciário e os riscos ao Estado Democrático de Direito. 2011. 163 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2001. 200p.

PEIXOTO, Bolívar Viégas. **Estudos de Direito Processual do Trabalho**. Belo Horizonte: Censi, 2000. 526p.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Jurisdição constitucional na Constituição Federal de 1988: entre ativismo e auto-contenção**. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/85/74>>. Acesso em: 24 out. 2011.

PESSOA, Flávia Moreira. As regras de repartição do ônus da prova devem limitar os poderes instrutórios do magistrado? **Justiça do Trabalho: Doutrina, Jurisprudência, Legislação, Sentenças e Tabelas**, Porto Alegre, v. 20, n. 238, p.54-57, out. 2003.

PESSOA, Flávia Moreira. Prova emprestada - exclusão da oitiva - hipóteses de cabimento. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n.190, p. 64-65, dez. 2004

PIMENTA, José Roberto Freire. Tutela específica e antecipada das obrigações de fazer e não-fazer no processo do trabalho. Cominação de prisão pelo juízo do trabalho em caso de descumprimento do comando judicial. **Revista TRT 3ª R.**, Belo Horizonte, 27 (57), p. 117-149, jul./dez. 1997.

PIMENTEL, Alexandre Freire. Estruturas lógicas do fato jurídico-processual telemático. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. **Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25-56.

PINHEIRO, Guilherme César. A ponderação de valores como supressora do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 193, p. 403-420, mar. 2011.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago./dez. 2000.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias/Elaboração Helenice Rêgo dos Santos Cunha. Belo Horizonte: PUC Minas, ago. 2010. 52 p. Disponível em: <http://www.pucminas.br/documentos/normalizacao_monografias.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2011.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos. Elaboração Helenice Rego Cunha. Belo Horizonte: PUC Minas, 9. ed. ver., ampl. e atual. conforme norma NBR 14.724 de abril de 2011. 52 p. Disponível em: <http://www.pucminas.br/documentos/normalizacao_monografias.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2012.

PROVA pericial emprestada - Validade Juntada nos autos dos embargos de devedor - Prova produzida no âmbito da ação monitória, que lhe é conexas, que atende aos requisitos legais - Prova que, ademais, foi, de certa maneira, e em parte, produzida nesses mesmos embargos, com a nova efetivação do contraditório válido. **Revista Forense**, A 103, v. 394, p. 293-317, nov./dez. 2007.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. 333 p.

RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, Porto Alegre, v.59, n. 402, p. 29-49, abr. 2011.

REMATOSO, Mariana Borges. A (in) eficácia da prova emprestada. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 11, n. 41, p.152-222, jan./mar. 2010.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. O Judiciário como poder político no século XXI. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 14, n. 38, p. 291-306, jan./abr. 2000.

RODRIGUES, Bruno Alves. Do sincrético ao ético: novos rumos para a jurisdição no Brasil. **Revista LTr**, São Paulo, v. 75, n. 02, fev. 2011.

SAMPAIO, Ronald Valentim Gomes. Invalidades processuais: considerações sobre os fundamentos de uma teoria. **Revista TRT 8ª Região**, 65, p. 131-158. jul./dez. 2000.

SANTOS, Guilherme Luís Quaresma Batista. Algumas notas sobre o contraditório no processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 36, n. 194, p. 69-97, abr. 2011.

SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 173, p. 271-284, jan./mar. 2007.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário 0002032-95.2010.5.15.0062. Execução das Contribuições Sociais de Terceiros (Sistema S). Incompetência da Justiça do Trabalho. Recorrente: JBS S.A; Anselmo Duarte. Recorrido: Os mesmos. Relator: Des. Manuel Soares Ferreira Carradita, Campinas, **Diário Eletrônico de Justiça**, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.trt15.jus.br/voto/patr/2011/068/06821911.rtf>>. Acesso em: 07 nov. 2011.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário 0143500-96.2008.5.15.013. Trabalhador rural - Labor por produção - Pagamento das horas extras com adicionais - Não incidência da OJ n.º 235 do C. TST. Recorrente: Usina Moema Açúcar e Álcool Ltda.; Alinete de Souza Pereira. Recorrido: Triângulo de Minas Serviços Agrícolas Ltda.; Empreiteira Severino S/C LTDA - ME. Relator: Des. Helcio Dantas Lobo Junior, Campinas, **Diário Eletrônico de Justiça**, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.trt15.jus.br/consulta/owa/documento.rtf?pAplicacao=DOCASSDIG&pId=3489382>>. Acesso em: 07 nov. 2011.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário 0158300-75.2008.5.15.0151. Recorrente: Imediato Organização Logística em Transportes LTDA.; Marcio Cesar Barbosa. Recorrido: AMBEV Brasil Bebidas LTDA. Relator: Des. Fernando da Silva Borges, Campinas, **Diário Eletrônico de Justiça**, 15 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.trt15.jus.br/consulta/owa/documento.rtf?pAplicacao=DOCASSDIG&pid=2564989>>. Acesso em: 07 nov. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 163 p.

SCHIAVI, Mauro. **Aspectos polêmicos da prova emprestada no processo do trabalho**. Disponível em: <www.lacier.com.br/.../Aspectos%20Polêmicos%20da%20Prova%20Emprestada%20no%20...> Acesso em: 16 jan. 2011.

SCHIAVI, Mauro. **Provas no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010. 189 p.

SILVA, Alexandre Garrido da Silva; VIEIRA, José Ribas. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 19-46, jul. 2008.

SILVA, Geocarlos Augusto Cavalcante da. Democracia e Ativismo Judicial. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 43-74, abr./jun. 2011.

SILVA, Rossana Claudya Silveiro. **A eficácia da prova emprestada**. Recife: Nossa Livraria, 2009. 146 p.

SILVESTRE, Jorge Augusto Buzetti. A flexibilização no uso da prova emprestada. **Revista Bonijuris**, Curitiba, v. 12, n. 558, p. 14-20, maio 2010.

SIQUEIRA, Roberta Arabiane. Construindo um direito à jurisdição social. **Justiça do Trabalho: Doutrina, Jurisprudência, Legislação, Sentenças e Tabelas**, Porto Alegre, v. 19, n. 221, p.135-142, maio 2002.

SIQUEIRA FILHO, Elio Wanderley de. A Produção de Provas e o Poder Criador do Juiz no Juizado Especial Federal. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 3, p.147-162, mar. 2002.

SOUZA, Débora Cardoso de. **Judicialização dos Direitos na Teoria da Ponderação e no Senso de Adequabilidade**. 2010. 241 f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

SOUZA, Elisângela Hoss de. **Da Utilização das Provas ilícitas no Processo Civil Brasileiro e a Ponderação de Interesses**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/DA%20UTILIZA%C3%87%C3%83O%20DAS%20PROVAS%20IL%C3%8DCITAS%20NO%20PROCESSO%20CIVIL%20BRASILEIRO%20E%20A%20PONDERA%C3%87%C3%83O%20DE%20INTERESSES.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2011.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 91, p. 92-114, jul./set. 1998.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. 334 p.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O juiz ativo e os direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011. 190 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 713 p. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 33, p. 05-18, nov./dez. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 168, p. 109-141, fev. 2009.

TRENNEPOHL, Terence Dornelles. Aspectos Teóricos Sobre o Contraditório e a Dialética no Processo Civil Moderno. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 13, p. 203-213. mar. 2007.

TRIGUEIRO, Victor Guedes. Teoria dos ilícitos processuais civis – plano da existência. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. **Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 655-680.

VANZ, Maria Cristina. **La circolazione della prova Nei processi civili**. Disponível em: <http://books.google.it/books?id=ZqfBP4c2ZG4C&pg=PA81&lpg=PA81&dq=310+comma+3+cpc&source=bl&ots=7aVK0dVcPM&sig=quwUOu8ks9mfqtH5jtnHwGWh25A&hl=it&ei=zPS2TtqeA6Pv0gHFG5WaBA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=5&sqi=2&ved=0CDkQ6AEwBA#v=onepage&q=310%20comma%203%20cpc&f=false>. Acesso em: 06 nov. 2011.

VEGAS JUNIOR, Walter Rosati. Aspectos práticos da prova pericial no âmbito do processo do trabalho. **Suplemento Trabalhista LTr**, São Paulo, v. 47, n. 73, p. 377-384, 2011.

VENDRAME, Antônio Carlos. A Prova Emprestada. **CIPA - Caderno Informativo de Prevenção de Acidentes**, Seção Perícia Judicial, São Paulo, v. 225, p. 46-47, 1998.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p.389-406, jul. 2008.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista Direito GV**, São Paulo, v.4, n.2 , p.407-440, jul. 2008.

VEZZONI, Marina. Prova Emprestada. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, Ribeirão Preto, v. 70, p. 19-25, out. 2005.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção do trabalhador no mundo globalizado. In PIMENTA, José Roberto Freire [et al] (Coord). **Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004. p. 155-183.

VIANA, Márcio Túlio. Aspectos gerais da prova no processo do trabalho. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord). **Compêndio de direito processual do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 335-348.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo Judicial como Instrumento de Concreção dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito: Uma Leitura à Luz do Pensamento de Ronald Dworkin**. 2011. 255 f. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

XAVIER, Trícia Navarro. O ativismo do juiz em tema de prova. **Revista de Processo**, São Paulo, n.159, p. 172-197, maio 2008.

XIMENES, Julia Maurmann. Uma nova concepção de justiça no Brasil – análises sobre a Teoria de Rawls e de Höffe. **Revista do Direito**, Pelotas, 1 (1), p. 109-121, jan./dez. 2000.

WALDRAFF, Célio Horst. Reflexões sobre a verdade e a prova no processo do trabalho. **O Trabalho - Doutrina**, Curitiba, fascículo 79, p. 1.903-1.916, set. 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. **Revista de Processo**, São Paulo, v.34, n.168, p. 53-65, fev. 2009.

ZECHIN, Agostinho. **Princípios do Direito do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.tvjustica.jus.br/documentos/Curso%20de%20Direito%20do%20Trabalho%20-%20Agostinho%20Zechin.doc>>. Acesso em: 28 set. 2011.

ANEXO A**ACÓRDÃO PROCESSO N. 00237-2007-012-18-00-7**

Segue transcrição do capítulo do acórdão, proferido nos autos do processo n. 00237-2007-012-18-00-7¹⁷⁷, TRT 18ª Região, relatado pelo Exmo. Desembargador Mário Sérgio Bottazzo e publicado em 21/08/2007, em que há análise minuciosa dos requisitos de admissibilidade da prova emprestada e cuja menção foi feita na nota de rodapé n. 218.

“CERCEAMENTO DE DEFESA. UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. INDEFERIMENTO.

A primeira reclamada (SPCC) argüiu a preliminar de nulidade, por cerceamento de defesa, diante do indeferimento de utilização da prova emprestada consistente nos depoimentos testemunhais colhidos no processo n. 1870/2006. Asseverou que:

“Conforme se pode depreender da leitura do termo de audiência da referida data, 09/03/2007, houve claro cerceamento de defesa quando do indeferimento do aproveitamento da prova emprestada, a qual continha depoimentos essenciais para comprovação do alegado em contestação.

Foram consignados protestos da ora recorrente.

Assim, o Exmo. Juiz da 12ª Vara do Trabalho de Goiânia, deixando de aceitar prova indispensável ao deslinde da lide, sem qualquer justificativa legal ou processual, afastou-se da verdade real.

(...)

Ora, Exa., certamente, o depoimento da Sr. Gisele Oliveira da Silva tomados nos autos de n.º 1870/2006 – contido na prova

¹⁷⁷ GOIÁS. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. Recurso Ordinário 00237-2007-012-18-00-7. Prova Emprestada. Recorrente: Marcus Vinícius Avelino De Alencar Ramos; Brasil Telecom S.A.; SPCC - São Paulo Contact Center LTDA. Recorrido: Os mesmos. Relator: Des. Mário Sérgio Bottazzo, Goiânia, 21 ago. 2007. Disponível em: <http://www.trt18.jus.br:7090/pls/site/getpdf?p_id=46701&p_tipo=acordaos_2a_pdf>. Acesso em: 07 nov. 2011.

emprestada – era imprescindível para o melhor esclarecimentos dos acontecimentos, sendo

fundamental para viabilizar uma decisão que alcance a verdade e a Justiça, sendo evidente o prejuízo sofrido pela recorrente.

(...)” (sic, fl. 464).

Sem razão.

De fato, conforme se observa da ata de fls. 406/411, o MM. Juiz *a quo* indeferiu o pedido de utilização da prova emprestada, **em virtude da discordância expressa do reclamante**, consignando que:

“A reclamada declara que pretende juntar prova emprestada, conforme cópia de depoimento ora exibido ao reclamante, prestado pela testemunha Gisele Oliveira da Silva nos autos do proc. 1870/06, da 7ª VT desta Capital. O reclamante manifestou-se nos seguintes termos:

'O reclamante não conhece a testemunha Gisele Oliveira da Silva. Em seu depoimento referida testemunha declara ter sido tele operadora e supervisora, porém, do reclamante daqueles autos, o qual o reclamante, Sr. Marcus, também não conhece. Assim, as questões trazidas pela prova emprestada não trazem qualquer similaridade com os fatos da presente ação.'

Ante a discordância do reclamante, indefere-se o requerimento da reclamada. Não tendo as partes outras provas a produzir, encerra-se a instrução “ (fl. 408).

Pois bem.

Prova emprestada é aquela transferida de um processo para outro. Em princípio, em que pese à inexistência de autorização legal expressa de “empréstimo de prova”, nada impede sua utilização porque “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” (CPC, art. 332). No mesmo sentido, a Constituição Federal diz que “são inadmissíveis, no processos, as provas obtidas por meios ilícitos” (CF, art. 5º, LVI).

Nem toda prova transferida de um processo para outro deve ser considerada “prova emprestada”, como adverte Manoel Antônio Teixeira Filho: "Esclareça-se que a prova

emprestada nada tem a ver com a pré-constituída, do mesmo modo que, em regra, só se refere à prova testemunhal, porquanto a documental e a pericial mantêm a sua eficácia mesmo fora dos autos ou do Juízo em que foram produzidas" (A Prova no Processo do Trabalho, Ed. LTr, 6ª ed., 1994, pág. 88).

Como se vê, o empréstimo de prova nada mais é que o aproveitamento da atividade probatória anteriormente desenvolvida. Esse empréstimo é desejável porque imprime celeridade e proporciona economia de energia processual, mas isto não significa que a prova possa ser transferida incondicionalmente. De fato, em primeiro lugar, é imprescindível que a parte contra quem a prova emprestada pretende ser produzida tenha participado do feito originário, em respeito ao contraditório (art. 5º, inciso LV da Constituição Federal). A utilização de prova emprestada stricto sensu (excluídas as provas pré-constituídas, documentais e periciais) contra parte que não participou de sua produção configura insuportável violência ao princípio do contraditório, e nisto não há divergência doutrinária e jurisprudencial.

E, em segundo lugar, é também indispensável que o contraditório seja observado no processo destinatário da prova transferida. Isto significa que a parte contra quem se pretende produzir a prova deve ser ouvida, e a eventual controvérsia nascida da oposição da parte à transferência deve ser fundamentadamente decidida pelo juiz.

Quando a prova foi produzida entre as mesmas partes que se controvertem no processo para o qual é emprestada, a prova em princípio tem sua eficácia inicial conservada, desde que respeitados seus requisitos de produção. Já quando a prova foi produzida em processo em que uma das partes do processo para o qual é transportada litigou com terceiro, é necessário considerar duas hipóteses: a primeira se dá quando a prova é trasladada por quem participou de sua produção no processo anterior. Neste caso, a prova não terá eficácia em relação à parte contrária, a qual não participou da produção, por ofensa ao contraditório. A segunda hipótese é a utilização da prova por quem não foi parte no processo anterior. Nesta situação, a prova conserva eficácia probatória, em princípio.

E, finalmente, é óbvio que os fatos em questão - o que foi objeto de prova no processo originário e aquele que se quer provar no processo destinatário - devem ser idênticos, isto é, deve tratar-se do mesmo fato controvertido. Se os fatos em questão não são idênticos, o juiz deve indeferir o pedido de transferência, não por ofensa ao contraditório, mas por inutilidade da prova que se quer transferir.

Dito isto, vejo que o reclamante não participou do processo em que foi colhida a prova que a reclamada/recorrente pretende emprestar, ou seja, a prova não foi submetida ao contraditório, e isto é o quanto basta para negar provimento ao recurso.

Rejeito.” (grifamos).

ANEXO B**ACÓRDÃO PROCESSO N. 0158300-75.2008.5.15.0151**

Segue transcrição do capítulo do acórdão, proferido nos autos do processo n. 0158300-75.2008.5.15.0151¹⁷⁸, TRT da 15ª Região, que confirmou o posicionamento ativista do MM. Juiz Sérgio Milito Bârea, relatado pelo Exmo. Desembargador Fernando Da Silva Borges e publicado em 15/07/2011, a que nos referimos na nota de rodapé n. 393.

“PRELIMINAR – NULIDADE – CERCEAMENTO AO DIREITO DE PRODUZIR PROVA.

A 1ª reclamada alega nulidade processual por cerceamento ao seu direito de produzir prova oral. **Alega que manifestou expressa discordância quanto à utilização de prova emprestada trazida pelo reclamante para instrução da presente reclamatória.**

Todavia, razão não lhe assiste.

Com efeito. A teor do que dispõe o artigo 130 do CPC, incumbe ao juiz indeferir as diligências inúteis, enquanto que o artigo 765 da CLT concede ao julgador ampla liberdade na condução do processo.

Óbvio que tais disposições não autorizam o cerceamento do direito de produção de provas.

In casu, o reclamante, admitido para exercer a função de ajudante, promovido posteriormente a motorista, afirmou na petição inicial que embora executando trabalho externo estava sujeito ao controle de jornada, a qual era habitualmente extrapolada.

Em defesa, a reclamada alegou, em síntese, que o reclamante desenvolveu serviços externos, o que impossibilitava o controle acerca da jornada praticada.

Por ocasião da audiência para colheita de provas, o MM. Juízo questionou as partes sobre a possibilidade de produção de prova emprestada, por considerar que

¹⁷⁸ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário 0158300-75.2008.5.15.0151. Recorrente: Imediato Organização Logística em Transportes LTDA.; Marcio Cesar Barbosa. Recorrido: AMBEV Brasil Bebidas LTDA. Relator: Des. Fernando da Silva Borges, Campinas, 15 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.trt15.jus.br/consulta/owa/documento.rtf?pAplicacao=DOCASSDIG&pid=2564989>>. Acesso em: 07 nov. 2011.

inúmeras ações semelhantes ali tramitam, tendo sido então oferecidos pela advogada do reclamante dois termos de audiência, um relativo ao processo n.º 406/2009 da 1ª Vara e o outro referente ao processo n.º 338/2009 da 2ª Vara, informando, ainda, que as suas testemunhas presentes na ocasião eram Sócrates Roberto de Lima e Roberto Carlos Damázio. A 1ª reclamada, ora recorrente, não concordou, apresentando sua testemunha Cláudio Severino da Silva e a 2ª reclamada, por sua vez, informou que não tinha testemunhas presentes.

O MM. Juiz de origem indeferiu o requerimento da 1ª reclamada para produzir prova testemunhal e determinou a juntada aos autos da prova emprestada, consistente nos depoimentos das testemunhas Sócrates, Roberto Carlos e Cláudio colhidos naqueles termos de audiência, sob protestos da 1ª reclamada por cerceamento de defesa. Assim, encerrou-se a instrução processual (fls. 433/434).

Na sentença, o magistrado ressaltou que tal ato não traz prejuízo às partes, em razão da identidade fática e da coincidência de partes, destacando que as testemunhas trazidas pelo autor e pela 1ª reclamada para prestarem depoimento foram as mesmas cujos depoimentos foram prestados em outras ações e aproveitados nestes autos, não havendo, portanto, o alegado cerceamento de defesa. Ao apreciar o pedido de horas extraordinárias e intervalo intrajornada, deferiu a pretensão por entender, com base no conjunto probatório, que havia controle de jornada por parte da 1ª reclamada, o que afasta a aplicação do art. 62, I, da CLT (fls. 449/451).

Ora, como bem destacado na decisão de origem, as declarações das testemunhas Sócrates, Roberto Carlos e Cláudio, prestadas sob compromisso e sob as penas da lei, retratam os mesmos fatos discutidos nos presentes autos, havendo identidade de funções com aquelas desempenhadas pelo reclamante, sendo também concomitantes os períodos de labor prestados para a reclamada.

Assim, ao indeferir a produção de prova testemunhal, o MM. Juízo a quo apenas impediu a repetição de prova, já produzida em outros autos, atuando em benefício da celeridade processual.

Nesse contexto, não vislumbro cerceamento ao direito de a reclamada produzir prova e, tampouco, nulidade a ser declarada.

Rejeito. (...)” (grifamos)