

Capítulo XV

Das Provas no Processo do Trabalho

1ª Parte – Teoria Geral das Provas no Processo do Trabalho

1.1. Do conceito e finalidade da prova

A palavra prova é originária do latim *probatio*, que, por sua vez, emana do verbo *probare*, com o significado de examinar, persuadir, demonstrar⁽¹⁾.

Ensina Nelson Nery Júnior⁽²⁾: “As provas são os meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico”.

Na feliz síntese de Giuseppe Chiovenda⁽³⁾: “Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes do processo”.

Diante da importância da prova para o processo, Carnelutti chegou a afirmar que as provas são o coração do processo, pois é por meio delas que se definirá o destino da relação jurídica processual.

No nosso sentir, provas são os instrumentos admitidos pelo Direito como idôneos, a demonstrar um fato ou um acontecimento, ou, excepcionalmente, o direito que interessa à parte no processo, destinados à formação da convicção do órgão julgador da demanda.

O Código de Processo Civil não define o conceito de prova, apenas no art. 332 assevera: “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 defesa”⁽⁴⁾.

Desse modo, além dos meios legais de prova elencados no Código de Processo Civil, há a admissão de qualquer meio moralmente legítimo de prova, vale dizer: o meio probatório que não atente contra a moral e os bons costumes. Com isso, nota-se a amplitude probatória que consagra o Código de Processo Civil, a fim de facilitar o acesso do cidadão à Justiça e a possibilidade de demonstrar a veracidade de suas alegações em juízo.

Enquanto os meios de prova são os instrumentos legais ou admissíveis em Direito para se demonstrar a veracidade das alegações em juízo, as fontes da prova são os fatos naturais ou humanos que tenham relevância na esfera jurídica, bem como as coisas corpóreas ou incorpóreas existentes na natureza ou criadas pelo homem, das quais se originam os meios de prova.

O direito à prova decorre do princípio do Devido Processo Legal⁽⁵⁾ consubstanciado no art. 5º, LIV, da CF⁽⁶⁾. Entretanto, a atividade probatória das partes no processo deve observar não só os ditames da lei processual, como da moral, segundo preconiza o art. 332 do CPC.

O objeto da prova são os fatos, pois o Direito deve ser conhecido pelo Juiz (*juria novit curia*), exceto as exceções do art. 337 do CPC.

O fato a ser provado deve ser relevante e pertinente ao esclarecimento do processo, ou seja, que possa influir na convicção do Juiz. Além disso, há necessidade de que haja controvérsia sobre sua existência. Vale dizer: que o fato seja afirmado por uma parte e contestado pela outra. Como observa José Frederico Marques⁽⁹⁾, “a contestação dá origem à controvérsia que, como conceito jurídico, não se confunde com a lide ou litígio”.

A finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os fatos relevantes e pertinentes da causa⁽¹⁰⁾.

Como bem adverte Manoel Antonio Teixeira Filho⁽¹¹⁾, a prova não tem apenas a finalidade de convencer, mas, sobretudo, restringir e nortear a formação do seu

5 Nesse sentido, argumenta com propriedade Antonio Carlos de Araújo Cintra: “Recentemente, porém, a doutrina se voltou para um estudo mais aprofundado e sistemático do direito à prova, com ênfase na perspectiva constitucional. Com efeito, o direito à prova se vincula às garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 11).

6 Art. 5º, LIV da CF: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

9 MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 81.

10 Como bem destaca Márcio Túlio Viana: “Se o juiz tem de conhecer os fatos, é a ele que a prova se destina. Afinal, como nota Russomano, a prova ‘é o pilar da sentença’. Mas ela também diz respeito aos outros personagens do processo, como as partes e o Ministério Público. Em última análise, afeta a sociedade por inteiro, pois é do interesse de todos a solução dos conflitos” (Aspectos gerais da prova no processo do trabalho. In: *Compêndio de direito processual do trabalho*. Estudos em Homenagem a Celso Agrícola Barbi. Coord. Alice Monteiro de Barros. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 340)

1 MINHARRO, Erolde Ribeiro Santos. In: *CLT interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Coords.: Costa Machado e Domingos Sávio Zainaghi. São Paulo: Manole, 2007. p. 771.

2 NERY JÚNIOR, Nelson et al. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 611.

3 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III, 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 109.

4 Também a Consolidação das Leis do Trabalho traz o conceito de prova para fins do Direito Processual

convencimento, pois sabemos que, por força de disposição legal (CPC, art. 131), o julgador não pode decidir contra a prova existente nos autos, sob pena de nulidade da sentença. O princípio da persuasão racional, adotado pelo CPC vigente, desautoriza o Juiz a julgar segundo a sua íntima convicção, impondo-lhe que o faça de maneira fundamentada; a fundamentação, no caso, é feita com vistas à prova produzida e traduz uma exigência constitucional (art. 93, IX).

Como bem destaca *Amauri Mascaro Nascimento*⁽¹²⁾: “A prova tem a finalidade de transportar, para o processo judicial, a realidade externa dos fatos que geraram a demanda, traduzindo-os para que possam ser conhecidos pelo juiz e para que sirvam de base para os debates entre as partes. Como meio destinado a levar para o processo a reconstituição dos fatos, poderá ter falhas e não cumprir com exatidão esse fim, situação na qual haverá a verdade real (concreta) diferente da realidade formal (imaginária), e esta prevalecerá. De nada adianta ter ocorrido ou não um fato se não pode ser provado. Desse modo, a importância da prova e da sua análise pelas partes e pelo juiz é fundamental para que o processo possa cumprir os seus fins”.

1.1.1. Da verdade para fins processuais (a superação dos conceitos de verdade real e formal)

A obtenção da verdade é o motivo e a finalidade última da prova no processo. Nesse sentido, é expressivo o art. 332, do CPC, quando assevera: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa” (o destaque é nosso).

No dizer de *Mittermaier*, a verdade é a concordância entre um ato ocorrido na realidade sensível e a ideia que fazemos dele.

Na clássica visão de *Carrara*, a certeza está em nós; a verdade está nos fatos.

Pensamos que a definição de verdade para fins processuais significa: *acontecimento que ocorreu na realidade, o qual não fora objeto de alteração por vontade humana ou alterado em razão de erro na sua percepção*.

A doutrina clássica costuma realizar uma divisão da verdade em *real* (também chamada substancial) e *formal* (também chamada processual ou verossimilhança). Verdade real é aquilo que aconteceu na realidade, independentemente da vontade humana. Verdade formal é a verossimilhança, ou seja, a verdade que se extrai dos autos do processo.

Como bem observa *Carlos Zangrando*⁽¹³⁾, “a verdade material é factual, ou real. Depreende aquilo que efetivamente acontece ou aconteceu. É fato imutável e independente da observação do agente. Por verdade formal se entenda aquela indagação baseada nas formas, que se busca mediante normas jurídicas e não apenas pela lógica, e unicamente em virtude dessas normas jurídicas substitui a verdade material”.

Durante muito tempo, a doutrina defendeu que no processo penal se persiga a verdade real (ou substancial), pois os interesses envolvidos são indisponíveis. Já no processo civil, que lida, em regra, com interesses disponíveis (patrimoniais), é suficiente ao julgamento a verdade formal. Desse modo, na esfera cível, o Juiz poderá julgar, com base em regra de ônus da prova, presunções, sem a necessidade de investigação mais profunda da verdade.

Tanto o processo civil como o trabalhista lidam com direitos fundamentais do cidadão como o patrimônio e, muitas vezes, os próprios direitos da personalidade, o que justifica também a busca da verdade real.

A obtenção da verdade real, inegavelmente, atende aos princípios de justiça e efetividade do processo, sendo, portanto, um dos escopos da jurisdição que é pacificar o conflito com justiça. Desse modo, a moderna doutrina defende a tese da superação da diferenciação entre verdade real e formal, dizendo que a verdade é uma só, a real, mas esta é praticamente impossível de ser atingida. Não obstante, todos que atuam no processo, principalmente o julgador, devem envidar esforços para se chegar ao acerto mais próximo da realidade (verdade substancial).

De outro lado, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição e da necessidade de se proferir uma decisão no processo, pois o atual sistema constitucional não admite o chamado *non liquet*, não é possível que o processo fique aguardando a obtenção da verdade real. Caso tal fosse autorizado, comprometeria a duração razoável do processo e inviabilizaria a tomada de decisão. Além disso, diante das divergências dos fatos invocados no processo pelas partes, das vicissitudes que enfrenta o processo e da falibilidade humana na interpretação dos fatos, é tarefa das mais difíceis para o julgador apurar a verdade real. De outro lado, o próprio julgador realiza valoração subjetiva dos fatos e da realidade.

1.2. Objeto da prova

O objeto da prova são os fatos. Excepcionalmente, a Lei exige a prova do direito. Mas nem todos os fatos são objeto, mas somente aqueles que se relacionam com a lide e sobre eles haja controvérsia. Como destaca *Vicente Greco Filho*⁽¹⁴⁾, nem todos os fatos, porém, devem ser submetidos a atividade probatória. Em primeiro lugar,

13 *Processo do trabalho*. Vol. 1. São Paulo: LTr, 2009. p. 680.

14 *GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro*. Vol. II, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

12 *NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito processual do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Saraiva,

apenas os fatos pertinentes ao processo e que suscitam o interesse da parte em demonstrá-los; os fatos impertinentes, isto é, não relacionados com a causa, devem ter sua prova recusada pelo juiz, sob pena de se desenvolver atividade inútil.

Como bem adverte *Fernando da Costa Tourinho Filho*⁽¹⁵⁾, “objeto da prova, diz Manzini, são todos os fatos, principais ou secundários, que reclamem uma apreciação judicial e exijam comprovação. Insta acentuar que a palavra fato, em matéria processual, principalmente no campo probatório, tem um conceito bastante amplo; compreende os diversos acontecimentos do mundo exterior, e, segundo Florian, esse conceito se estende e alcança coisas e lugares, pessoas e documentos. Tão extenso é seu conceito, sob o ponto de vista da prova, que Alcalá-Zamora chega a esta afirmação: é fato o que não é direito. Por isso, acrescenta o festejado mestre, a prova pode recair sobre fatos de natureza diversa (...)”.

O fato probando tem de ser controvertido, isto é, afirmado por uma parte e contestado pela parte contrária. Os fatos não controvertidos, como regra geral, não são objeto da prova, pois admitidos como verdadeiros no processo. Não obstante, situações há em que mesmo o fato não contestado pode ser objeto de prova, por exemplo: os fatos que não parecem verossímeis segundo o que ordinariamente acontece ou fora do padrão médio da sociedade, e também os fatos impossíveis ou pouco prováveis. Como bem adverte *Amador Paes de Almeida*⁽¹⁶⁾: “(...) não significa que os fatos não contrariados não possam ser objeto de prova, pois ao juiz, em face do princípio inquisitório, é dado exigir prova do alegado ainda que não contestado, ‘para o fim de formar com mais segurança o seu convencimento’, ou ainda que se faça necessária a prova do ato jurídico, quando a lei exija que esta se revista de forma especial”.

De outro lado, diz o art. 334 do CPC: “Não dependem de prova: I. os fatos 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”.

Como a CLT não tem regra própria no aspecto, o art. 334 do CPC resta aplicável ao Processo do Trabalho por força do art. 769 da CLT. Desse modo, passamos à análise dos quatro incisos do art. 334 do CPC sob a ótica do Direito Processual do Trabalho.

a) *fatos notórios*: Os fatos notórios são os de conhecimento comum, de uma determinada comunidade ou de determinada região, num determinado lapso de tempo.

Como bem adverte *Adalberto Martins*⁽¹⁷⁾, “o conhecimento notório não se confunde com conhecimento pessoal (aquele derivado de observação pessoal), e

tampouco coincide com o conhecimento absoluto, bastando o conhecimento relativo. Contudo, não se permite ao Juiz julgar com base em fatos de que tenha ciência pessoal e que não constam dos autos, excepcionando-se aqueles que Couture denomina ‘fatos evidentes’, e que ressaltam da experiência pessoal do magistrado”.

O conceito de fato notório é relativo, pois, se uma das partes sobre ele não tiver conhecimento ou se até mesmo o Juiz dele não conheça, é possível a produção de provas sobre a própria existência da notoriedade do fato.

Como bem adverte *Antonio Carlos de Araújo Cintra*⁽¹⁸⁾: “Pode-se dizer que são notórios os fatos cujo conhecimento faz parte da cultura normal própria de um determinado segmento social ao tempo em que é proferida a sentença. Trata-se de conceito eminentemente relativo, dado que a notoriedade se manifesta num determinado espaço físico e social, bem como num determinado momento. Tal conceito revela que o fato notório não é necessariamente conhecido por todos os integrantes do segmento social em que se manifesta e nada impede que o Juiz, por sua iniciativa, o verifique em almanaques, manuais, etc., até por meio de um consultor ou assessor. A dispensa da prova dos fatos notórios não implica dispensa de sua alegação pelas partes”.

Acreditamos, ao contrário do que pensam alguns doutrinadores, que o fato notório pode ser contestado. Se for contestado, deixa de ser notório e, portanto, deve ser provado.

Nesse sentido, destaca *Adalberto Martins*⁽¹⁹⁾ com suporte em *Tostes Malta e Manoel Antonio Teixeira Filho*:

“Em tese, é possível provar que determinado fato não é notório, e excepcionalmente o magistrado poderá exigir a prova da notoriedade do fato, mormente quando for desconhecido dele próprio”.

b) *fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária*: O fato confessado passa a ser tido no processo como verdadeiro. Entretanto, somente a confissão expressa dispensa a prova do fato. A confissão ficta, por ser relativa, pode ser elidida por provas em contrário.

c) *fato incontrovertido*: O fato incontrovertido é aquele que não é contestado. Também o fato admitido pelo réu, em razão da confissão, se torna incontrovertido.

Como destaca *Antonio Carlos de Araújo Cintra*⁽²⁰⁾, a admissão dos fatos como incontrovertidos no processo consiste “no reconhecimento pela parte da veracidade

15 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. III. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 204.

16 ALMEIDA, Amador Paes de. *CLT comentada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 392.

17 MARTINS, Adalberto. *Manual didático de direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Malheiros,

18 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 27.

19 MARTINS, Adalberto. *Manual didático de direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 156.

de afirmações de fatos feitas pelo adversário para colocá-las como pressuposto de suas próprias alegações (...) O melhor exemplo dessa forma de admissão é o referido pelo art. 326 do Código de Processo Civil, em que o réu, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, outro lhe opõe impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Isto se faz por via da contestação”.

d) *presunção de existência e veracidade*: Ensina Ísis de Almeida⁽²¹⁾ que “presunção é a dedução, a conclusão ou consequência que se tira de um fato conhecido, para se admitir como certa, verdadeira e provada a existência de um fato desconhecido ou duvidoso”.

A presunção não é propriamente um meio de prova, mas um raciocínio lógico por meio do qual, a partir da existência de determinadas coisas ou situações pela reiteração de suas ocorrências, se passa a acreditar na existência de outras.

Como destaca Adalberto Martins⁽²²⁾, com suporte em Couture: “A presunção pressupõe o concurso de três circunstâncias: um fato conhecido, um fato desconhecido e um nexos causal. Assim, justifica-se a afirmação de que a presunção é a ilação que se extrai de um fato conhecido sobre um fato desconhecido”.

As presunções podem ser absolutas (*juris et de juris*) ou relativas (*juris tantum*). São absolutas as presunções que não admitem prova em contrário e as relativas as que admitem.

Pensamos que na esfera do Direito Material do Trabalho não há espaço para as presunções legais absolutas, em razão do princípio da primazia da realidade que norteia esse ramo do Direito. Desse modo, o Juiz do Trabalho não deve atribuir caráter absoluto às presunções legais.

As presunções podem decorrer da lei ou da experiência comum do que ordinariamente acontece. Com relação a esta última espécie, tem comumente sido fixada pela jurisprudência.

Como destaca Ísis de Almeida: “A presunção comum tem na verossimilhança outro elemento essencial de sua formação, conjugando-se com os indícios. E aí entra a livre convicção do juiz na apreciação da prova. Sua experiência, seu poder de síntese, ao compulsar os elementos do processo, seus conhecimentos gerais, seu espírito observador terão de discernir a verdade por aquilo que apresenta todos os atributos de verdadeiro. Discernir, enxergar, é ato de dedução”.

Como exemplos de presunções legais, destacamos o art. 456, parágrafo único da CLT: “À falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal”, e também o art. 447 da CLT: “Na falta de acordo ou prova sobre condição essencial ao

contrato verbal, esta se presume existente, como se a tivessem estatuído os interessados na conformidade dos preceitos jurídicos adequados à sua legitimidade”.

Como exemplos de presunções jurisprudenciais, destacamos as seguintes Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho:

Súmula n. 12: “CARTEIRA PROFISSIONAL: As anotações apostas pelo empregador na carteira profissional do empregado não geram presunção *juris et de jure*, mas apenas *juris tantum*”.

Súmula n. 16: “NOTIFICAÇÃO: Presume-se recebida a notificação 48 (quarenta e oito) horas depois de sua postagem. O seu não recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo constitui ônus de prova do destinatário”.

Súmula n. 43: “TRANSFERÊNCIA: Presume-se abusiva a transferência de que trata o § 1º do art. 469 da CLT, sem comprovação da necessidade do serviço”.

Súmula n. 212: “DESPEDIMENTO — ÔNUS DA PROVA: O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado”.

Indício é uma circunstância conhecida e provada, por meio da qual se chega à conclusão de existência de uma outra coisa. Para Antonio Carlos de Araújo Cintra⁽²³⁾, “indícios são fatos conhecidos dos quais, por dedução, se infere fato desconhecido”.

Por exemplo, numa hipótese em que se discute a existência de relação de emprego, de um lado, reclamante pretende o reconhecimento de vínculo de emprego, de outro lado, a reclamada, em defesa, sustenta a tese de que o reclamante era vendedor autônomo. A existência de alguns indícios, como comparecimento a reuniões semanais, existência de cota mínima, área fixa de trabalho, ressarcimento de despesas, que pode autorizar o Juiz do Trabalho a reconhecer o vínculo de emprego.

1.3. Das máximas de experiência e a prova no Processo do Trabalho

As máximas de experiência são conhecimentos adquiridos pelo Juiz, pela sua cultura e pelo seu exercício funcional que o fazem presumir a existência de determinadas situações ou coisas. Como destaca Antonio Carlos de Araújo Cintra⁽²⁴⁾, “as regras da experiência comum se integram à cultura das pessoas e constituem pressuposto de sua visão das coisas e de suas decisões práticas na vida. Em consequência, não pode o juiz deixar de levá-las em conta no desempenho de suas funções, salvo quando haja norma jurídica específica que o impeça, notadamente, no campo do direito probatório, as disposições relativas à prova legal”.

21 ALMEIDA, Ísis de. *Manual das provas no processo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999. p. 108.

23 *Op. cit.*, p. 30.

O Código de Processo Civil não disciplinou as presunções, mas tratou das máximas de experiência, o que denota a importância de tal instituto no campo probatório. Com efeito, diz o art. 335 do CPC:

Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

No mesmo sentido o art. 852-D da CLT:

O juiz dirigirá o processo com ampla 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.

Conforme os referidos dispositivos, no nosso sentir, “as máximas de experiência constituem o conhecimento adquirido pelo Juiz durante sua vida e também pelo que normalmente acontece, considerando-se o padrão médio da sociedade. Esse conhecimento também pode advir de determinado comportamento ou fato que se repetem nos Processos”. Tais dispositivos são de grande utilização no Processo do Trabalho, cujas matérias discutidas em juízo são eminentemente fáticas.

No nosso sentir, o Juiz do Trabalho poderá utilizar-se das regras de experiência como as poderosas aliadas para valorar e interpretar a prova dos autos, principalmente se esta se encontrar dividida, se mostrar inverossímil, ou fora da razoabilidade. O referido art. 852-D da CLT realça a possibilidade de o Juiz dar valor especial às regras de experiência comum ou técnica.

Por fim, adverte-se que o Juiz, mesmo possuindo conhecimentos técnicos, se a matéria exige a prova pericial, ele não poderá dispensá-la.

1.4. Da prova do Direito no Direito Processual do Trabalho

O Direito, excepcionalmente, pode ser objeto de prova, nos termos do art. 337 do CPC, que assim dispõe: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”.

O Juiz é obrigado a conhecer a legislação federal. Se a parte invocar legislação estadual, internacional, consuetudinária, deverá comprovar o teor, bem como a vigência.

Na seara do Processo do Trabalho, são exemplos de espécies normativas em que a parte tem de demonstrar o teor e a vigência: acordos e convenções coletivas, usos e costumes, regulamentos de empresas, leis estaduais e municipais, que disciplinem

Quanto às Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil, como têm *status* de Lei Ordinária, o Juiz do Trabalho deve conhecê-las, não necessitando, a parte que as invocar, provar o teor e a vigência.

A prova do Direito se faz por meio de certidões com as publicações oficiais no Diário Oficial, e de outros Órgãos Oficiais. Não havendo impugnação, pensamos não haver necessidade de autenticação. Quanto ao direito costumeiro, pensamos ser possível a comprovação por meio de testemunhas.

Se a parte não juntar aos autos certidão autenticada sobre o teor e a vigência de tais normas, restam ao Juiz do Trabalho duas opções. São elas:

- a) determinar, com suporte no art. 284 do CPC e Súmula n. 263 do TST, que a parte junte tal documento em 10 dias sob consequência de indeferimento da inicial;
- b) julgar improcedente o pedido que tem suporte na norma jurídica que o Juiz não seja obrigado a conhecer, aplicando-se os arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC.

Acreditamos que a solução mais justa e razoável seja propiciar à parte a juntada do documento apto a provar o direito em 10 dias, sob as consequências do art. 359 do CPC, pois o Juiz, ainda que não obrigado, pode conhecer a existência da norma jurídica invocada pela parte, ou até mesmo a parte contrária não contestar a existência de determinada regra costumeira ou convencional.

1.5. Princípios da prova no Direito Processual do Trabalho

1.5.1. Necessidade da prova

Por este princípio, as partes têm o encargo de comprovar suas alegações em juízo. Não basta alegar, a parte deve provar. Diz a doutrina clássica que o sucesso do processo depende da qualidade da atividade probatória da parte. De outro lado, é bem verdade que a necessidade da prova depende do encargo probatório das partes no processo e da avaliação das razões da inicial e da contestação (arts. 818, da CLT e 333 e 334, do CPC).

Como bem adverte *Manoel Antonio Teixeira Filho*⁽²⁵⁾, “a necessidade está em que o Juiz não pode se deixar impressionar com meras alegações expendidas pelas partes, exigindo-lhe a lei que decida, que forme sua convicção, com apoio na prova produzida nos autos”.

1.5.2. Contraditório e ampla defesa

Trata-se do contraditório, na verdade, de um princípio fundamental do processo, verdadeiro mandamento obrigatório que influencia todas as fases do processo, principalmente o capítulo das provas no processo.

Por este princípio, as partes têm o direito de produzir todas as provas que a lei lhes faculta, tanto os meios legais como os moralmente legítimos (art. 332 do CPC). Também deve o Juiz assegurar às partes igualdade de oportunidades⁽²⁶⁾ quanto à produção das provas. De outro lado, toda prova produzida em juízo deve estar sob o chamado crivo do contraditório, ou seja, da prova produzida por uma parte, tem a parte contrária o direito de impugná-la. Em razão disso, a parte deve sempre ser cientificada das provas produzidas pelo adversário, tendo a faculdade de impugná-la.

1.5.3. Licitude e probidade da prova⁽²⁷⁾

A Constituição veda, no art. 5º, LVI, as provas obtidas por meios ilícitos, visando a resguardar o princípio da legalidade e também a dignidade do processo. Somente em algumas situações especiais, conforme destacaremos em capítulo próprio, à luz do princípio da proporcionalidade, ou regra de ponderação, o Juiz poderá admitir a produção da prova ilícita no Processo.

De outro lado, o art. 332, do CPC, também veda as provas moralmente ilegítimas no processo.

1.5.4. Oralidade

Como visto, o princípio da oralidade constitui um conjunto de regras destinadas a simplificar o procedimento, priorizando a palavra falada, com um significativo aumento dos poderes do Juiz na direção do processo, imprimindo maior celeridade ao procedimento e efetividade da jurisdição, destacando o caráter publicista do processo.

Hoje, o princípio da oralidade é próprio do Direito Processual Civil, embora no Processo do Trabalho ele tenha maior destaque em razão de ser o Processo do Trabalho, nitidamente, um procedimento de audiência e de partes.

Segundo a doutrina, a oralidade se decompõe nos seguintes subprincípios:

a) identidade física do Juiz: Segundo este princípio, o Juiz que instruiu o processo, que colheu diretamente a prova, deve julgá-lo, pois possui melhores possibilidades de valorar a prova, uma vez que colheu diretamente, tomou contato direto com as partes e testemunhas.

Nesse sentido, dispõe o art. 132 do Código de Processo Civil:

O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado,

26 Alguns autores asseveram que a igualdade de oportunidades constitui um princípio autônomo da prova.

27 O presente princípio será desenvolvido com maior profundidade na seção sobre a prova ilícita no

casos em que passará os autos ao seu sucessor. Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

Pensamos que a identidade física do Juiz se aplica ao Processo do Trabalho, pois o princípio da oralidade se exterioriza com maior nitidez nesta seara do processual. Além disso, inegavelmente, o Juiz que colheu diretamente a prova, teve contato pessoal com partes e testemunhas, formulou diretamente as perguntas que entendeu pertinentes, observou as expressões das partes ao depor, tem melhores condições de proferir sentença justa e que reflita realidade.

b) concentração: Por tal característica, os atos do procedimento devem se desenvolver num único ato, máxime a instrução probatória que deve ser realizada em audiência única.

Conforme destaca *Jorge Luiz Souto Maior*⁽²⁸⁾, a expressão máxima da concentração é a realização dos atos processuais em única audiência. Nessa audiência una, realiza-se a tentativa de conciliação, acolhem-se a petição inicial e a defesa, resolvem-se os incidentes processuais, fixam-se os pontos controvertidos, produzem-se as provas e prolata-se a decisão”.

c) imediatidade ou imediação do Juiz na colheita da prova: O Juiz do Trabalho, tem contato maior com as partes e testemunhas do processo, colhendo diretamente a prova, o que lhe propicia maior conhecimento da causa e melhores possibilidades de realizar a conciliação.

Nesse aspecto, relevante destacar a seguinte ementa:

Princípio da imediação — Meios de convicção mais seguros. Pelo princípio da imediação é o juiz de primeiro grau que tem melhor percepção sobre a verdade real e, portanto, melhores condições de proferir uma sentença satisfatória em que efetivamente se aplique o direito, pois faz a coleta direta da prova e encontra-se mais próximo dos fatos. Nesse contexto, somente a existência de prova robusta, contrária aos fatos apurados no juízo *a quo*, é capaz de amparar a reforma da sentença. (TRT 12ª R. – 3ª T. – RO-V n. 1379/2002.029.12.85-4 – Relª. Gisele P. Alexandrino – DJSC 8.6.04 – p. 209) (RDT n. 7 – Julho de 2004).

1.5.5. Aquisição processual da prova no Processo do Trabalho

Por este princípio, uma vez produzida a prova no processo, ela passa a pertencer ao processo, integrando o corpo processual, independentemente da parte que a produziu. Sob outro enfoque, o Juiz poderá formar sua convicção com qualquer elemento de prova produzida nos autos, independentemente de quem a produziu e também independentemente de quem detinha o ônus da prova.

Nesse sentido, é expressivo o art. 131 do CPC que assim dispõe:

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.

Diante do referido dispositivo legal de total pertinência com o Processo do Trabalho, o Juiz se vincula à prova do processo, ainda que não haja menção a elas pelas partes, na inicial ou na contestação.

Como bem adverte *Eduardo Cambi*⁽²⁹⁾:

“As provas, depois de ingressarem ou serem produzidas no processo, tornam-se públicas e passam a integrar um único conjunto, em que o resultado das atividades processuais são comuns a ambas as partes, não se levando em consideração o litigante que trouxe ou produziu o meio de prova (...). Por outro lado, o princípio da aquisição processual ou da comunhão das provas não implica a supressão da ideia de ônus da prova, porque essa noção é subsidiária, uma vez que não corresponde ao poder monopolístico de provas da parte onerada, servindo como regra de julgamento somente se as provas, que deveriam ser produzidas, não forem realizadas ou, se produzidas, são insuficientes para a formação do convencimento do juiz. Em suma, o ônus da prova não determina quem deve produzir a prova, mas quem assume o risco pela sua não produção”.

O presente princípio foi incorporado ao Anteprojeto do novo Código de Processo, em seu art. 259, *in verbis*:

O juiz apreciará livremente a prova, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na sentença as que lhe formaram o convencimento.

1.5.6. Livre-convencimento motivado do Juiz

Este princípio, também chamado pela doutrina de persuasão racional, possibilita ao Juiz firmar seu convencimento, livremente, sobre a verossimilhança dos fatos da causa, desde que apresente os motivos de sua convicção (arts. 131, do CPC e 93, IX, da CF);

1.5.7. Busca da verdade real

Embora muitos autores asseverem que na esfera do Processo Civil não se aplica este princípio, pois o processo não penal se contenta com a chamada verdade formal, qual seja: a que emerge dos autos, a moderna doutrina, em razão do caráter publicista

do processo e efetividade da jurisdição, tem se posicionado no sentido de que mesmo no campo processual civil o Juiz deve sempre buscar a verdade real, ou o acerto mais próximo da realidade. No Processo do Trabalho, a busca da verdade real é princípio que se encaixa perfeitamente no campo processual, inclusive por mandamento legal (art. 765, da CLT). Vale lembrar que o Direito do Trabalho tem como um dos seus princípios vetores o da primazia da realidade. Dizia *Carnelutti* que *prestigiar a realidade é prestar um tributo à verdade*.

Nesse aspecto, cumpre destacar a seguinte ementa:

Princípio da primazia da realidade — Aplicação. No confronto entre a verdade formal, contida em documentos, e a verdade real, que emerge dos fatos, prevalece esta última, tendo em vista a aplicação do princípio da primazia da realidade. Restando demonstrado nos autos que na realização de cursos a distância o empregado alega um número de horas incompatível com a realidade dos fatos, a postulação não merece ser provida. (TRT – 12ª R. – 3ª T. – Relª. Lília Leonor Abreu – Doc. n. 1377004 em 2.9.09 – RO n. 860/2008.023.12.00-7) (RDT n. 10 – outubro de 2009).

1.5.8. Aptidão para a prova

O presente princípio determina que deve produzir a prova não quem detenha o ônus processual (arts. 818, da CLT ou 333, do CPC), mas sim quem detenha melhores condições materiais ou técnicas para produzir a prova em juízo.

Também não se trata de inversão do ônus da prova previsto no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VIII), mas de se atribuir simplesmente o ônus da prova às partes que tenham melhores condições de produzi-la.

Trata-se na verdade da superação da regra do ônus da prova prevista nos arts. 818, da CLT e 333, do CPC, à luz dos princípios constitucionais do acesso à justiça, contraditório, ampla defesa e igualdade substancial dos litigantes, uma vez que no processo, em determinadas circunstâncias, a prova pode ser produzida com maior facilidade e efetividade por uma parte a qual não detém o ônus da prova.

Como bem adverte *Eduardo Cambi*⁽³⁰⁾:

“Como o escopo de buscar a mais efetiva tutela jurisdicional do direito lesado ou ameaçado de lesão, no Código Modelo o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade na sua demonstração, não requerendo qualquer decisão judicial de inversão do ônus da prova”.

O presente princípio se amolda perfeitamente ao Processo do Trabalho, considerando-se a hipossuficiência e a dificuldade probatória de produção de determinadas

provas pelo trabalhador, e as melhores condições de produção de determinadas provas pelo empregador, como nas hipóteses da prova do salário (art. 464, da CLT), da jornada (art. 74, § 2º, da CLT), etc.

De outro lado, o Juiz do Trabalho deve sempre atuar com equilíbrio, avaliando sempre as circunstâncias do caso concreto, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade ao aplicar o princípio da aptidão para a prova.

Como bem destaca *Carlos Alberto Reis de Paula*⁽³¹⁾:

“A aplicação no ônus da prova do princípio da aptidão atende ao escopo social do processo, que é eliminar conflitos mediante critérios justos (...). O fundamento para aplicação do princípio da aptidão está na justiça distributiva aliada ao princípio da igualdade, cabendo a cada parte aquilo que normalmente lhe resulta mais fácil. O critério será o da proximidade real e de facilidade do acesso às fontes de prova. Indiscutivelmente, o princípio será aplicado todas as vezes em que o empregado não pode fazer a prova a não ser através de documento ou coisa que a parte contrária detém. Partindo do princípio da boa-fé, que informa a conduta processual dos litigantes, todas as vezes que o documento, por seu conteúdo, for comum às partes, haverá também a inversão do ônus da prova, competindo ao empregador colacioná-lo, sob pena de serem admitidas como verdadeiras as alegações feitas pelo empregado”.

Nesse aspecto, relevante destacar a seguinte ementa:

Prova — Ônus — Aptidão. Não se deve cristalizar as regras atinentes ao ônus probatório, mas, antes, atender ao princípio da aptidão da prova, de modo que cabe a prova à parte que melhores condições tem para produzi-la. (TRT – 15ª R. – 1ª T. – RO n. 29672/03 – Rel. Francisco Alberto da M. P. Giordani – DJSP 3.10.03 – p. 60) (RDT n.11 – Novembro de 2003)

1.5.9. Princípio da lealdade processual e boa-fé

Na esfera das provas, o dever de lealdade das partes se robustece, pois a conduta ética das partes pode influenciar, decisivamente, na avaliação da prova.

Muitas vezes, presenciamos nos processos a parte dizer, em depoimento, versão completamente diversa da que alegou na inicial ou na defesa sobre alguns fatos, o que acabou prejudicando toda a atividade probatória.

Além disso, a falta de lealdade das partes pode acarretar a realização de inúmeras diligências probatórias inúteis, comprometer a duração razoável do processo, e levar o julgador a erro.

De outro lado, quando ambas as partes no processo agem com lealdade na produção das provas, a convicção do julgador se firma com precisão e, muitas vezes, se chega à verdade substancial.

O princípio da lealdade processual é destacado nos arts. 339 e 340 do Código de Processo Civil, aplicáveis ao Processo do Trabalho por força do art. 769, da CLT. Dispõem os referidos dispositivos legais:

Art. 339, do CPC:

Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Art. 340 do CPC:

Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte: I – comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II – submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária; III – praticar o ato que lhe for determinado.

1.6. A prova emprestada no Direito Processual do Trabalho

Segundo *Moacyr Amaral Santos*⁽³²⁾, prova emprestada é a “prova de um fato, produzida num processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, que pode ser trasladada para outro, por meio de certidão extraída daquele”.

Por outras palavras, a prova emprestada consiste no aproveitamento do material probatório produzido em outro processo, para o processo em questão (atual), desde que presentes determinados requisitos.

Como bem adverte *Cândido Rangel Dinamarco*⁽³³⁾, “não se incluem no conceito de provas emprestadas as meras cópias de documentos existentes em outros autos, porque cada documento vale por si próprio e pela eficácia que tiver: a circunstância de já ter prestado utilidade em um processo não altera a sua natureza nem influi em seu poder de convicção. Só as provas constituídas no processo são suscetíveis de autêntico empréstimo, a saber, a oral, a pericial e a inspeção judicial”.

A prova emprestada não está arrolada no Código de Processo Civil como um meio legal de prova, entretanto, inegavelmente, é um meio moralmente legítimo (art. 332 do CPC), razão pela qual é admitida pela doutrina e jurisprudência. Além disso, a utilização da prova emprestada propicia a observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, acesso à justiça e efetividade processual.

32 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. II. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 365.

33 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001.

De outro lado, alguns se mostram contrários à utilização da prova emprestada, em razão de esta violar alguns princípios probatórios, quais sejam:

- a) imediatidade do Juiz na colheita da prova;
- b) princípio da identidade física do Juiz;
- c) contraditório imediato na produção da prova.

Os argumentos acima mencionados não são, salvo melhor juízo, obstáculos para se evitar a utilização da prova emprestada, uma vez que o Tribunal, ao apreciar a prova produzida em primeiro grau, não a colhe diretamente, inobservando os princípios da imediatidade e identidade física do juiz. Além disso, a prova documental também é produzida antecipadamente, não havendo o contraditório na sua colheita, mas somente após sua juntada aos autos.

Acreditamos que não se possa impedir a utilização da prova emprestada, que foi legitimamente produzida em processo anterior, sob o argumento de ela desconsiderar, em tese, alguns princípios processuais na colheita da prova, pois não se pode obstar, a quem tem um direito, prová-lo em juízo por todos os meios legais, bem como moralmente legítimos, como decorrência lógica dos princípios constitucionais do acesso real e efetivo à Justiça, bem como do devido processo legal. Em razão disso, indeferir a produção da prova emprestada, por ser incompatível com alguns princípios processuais da prova, configura manifesto cerceamento de defesa.

Por outro lado, sempre que possível a produção ou renovação da prova no processo atual, esta deve ser deferida. Entretanto, nos casos em que não há possibilidade de se produzir a prova ou esta se tornar excessivamente dificultada, a prova emprestada é um recurso que não pode ser sonogado à parte.

A Consolidação das Leis do Trabalho nada dispõe sobre a prova emprestada, entretanto tal meio de prova é perfeitamente compatível com o Direito Processual do Trabalho em razão da omissão da Consolidação e compatibilidade com a sistemática processual trabalhista (art. 769 da CLT), uma vez que a prova emprestada propicia, no Processo do Trabalho, o acesso real do trabalhador à Justiça, efetividade processual e busca da verdade real⁽³⁴⁾.

No Processo do Trabalho, é comum a utilização da prova pericial emprestada quando o local de trabalho estiver desativado⁽³⁵⁾ ou se alterarem as condições

34 No Direito Material do Trabalho, este princípio é definido como *princípio da primazia da realidade*. Carnelutti dizia que prestigiar a realidade é prestar um tributo à verdade.

35 Nesse sentido, destaca-se a seguinte ementa: "PROVA EMPRESTADA — INSALUBRIDADE — PERÍCIA — DESATIVÇÃO DO LOCAL DE TRABALHO — PROVA EMPRESTADA — Embora a regra do art. 195, § 2º, da CLT determine a realização de perícia para a aferição de insalubridade no local de trabalho, é certo que a prova emprestada pode ser utilizada quando não houver as mínimas condições de reprodução das

ambientais (art. 420, III do CPC), e também dos depoimentos, tanto pessoais como de testemunhas produzidos em processo anterior⁽³⁶⁾, quando a prova oral não pode ser renovada no processo atual.

As partes, conjuntamente, podem pactuar a utilização da prova emprestada, como acontece, muitas vezes, quando há muitas ações com o mesmo objeto em face de uma mesma empresa.

A prova emprestada pode ser requerida por qualquer das partes, por estas em conjunto e até mesmo de ofício pode ser determinada pelo Juiz, à luz dos arts. 130 do CPC e 765 da CLT.

Destaca-se, em razão do princípio da unidade da jurisdição, que a prova emprestada pode ser produzida no Processo do Trabalho, mesmo que tenha sido colhida nas esferas criminal ou cível ou mesmo na Justiça Federal.

Nesse sentido, destacamos a seguinte ementa:

Prova emprestada. Possibilidade de que sejam consideradas as produzidas no processo criminal, relativo ao mesmo fato, pois perfeitamente resguardado o contraditório (RSTJ n. 104/304).

De outro lado, há algumas provas que somente podem ser produzidas na esfera criminal, como a interceptação telefônica⁽³⁷⁾. Desse modo, o Juiz do Trabalho não pode determinar uma interceptação telefônica. Entretanto, caso a interceptação tenha sido feita pelo Juiz criminal, esta prova poderá ser trasladada ao processo do trabalho. O fato de o Juiz trabalhista não poder colher a prova não significa que não possa importá-la do processo criminal em razão do caráter publicista do Processo do Trabalho e da busca da verdade real (art. 765 da CLT). Assim, por exemplo, se

suprido pela juntada de laudos emprestados de outros processos, desde que estabelecida perfeita correspondência entre a situação periciada e o caso *sub judice*, flagrando-se comprovadamente as mesmas condições ambientais a que estava o autor submetido" (TRT 2ª R. — RO 19990441149 — Ac. 20000541086 — 8ª T., Relª Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva — DOESP 16.1.2001).

36 Prova testemunhal — Juntada pertinente — Depoimento testemunhal indeferido — Livre condução do processo pelo juiz — Cerceamento de defesa — Nulidade não configurada. A pertinência da prova emprestada, face à harmonia entre o seu teor e os limites da *litiscontestatio*, autoriza o juiz a anexá-la aos autos, podendo inclusive determinar o encerramento da instrução processual, sem oitiva das testemunhas presentes, se convencido sobre a realidade fática controvertida (art. 765 da CLT c/c. art. 130 do CPC). Sua decisão não macula a ampla defesa, notadamente se o documento juntado contiver depoimento de testemunha levada pela própria parte que invoca a nulidade. Trabalho externo — Existência de mecanismos de controle da jornada de trabalho — Horas extras devidas. O vendedor externo que exerce suas atividades submetidas, direta ou indiretamente, a controle de horário, faz jus a horas extras. (TRT 15ª R. — 6ª T. — RO n. 532/2004.079.15.00-5 — Relª Maria Cecília F. Álvares Leite — DJSP 02.12.05 — p. 98) (RDT n. 01 — janeiro de 2006)

37 Art. 1º da Lei n. 9.296/1996: "A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e

em um processo trabalhista estiver sendo discutida uma justa causa por ato de improbidade do empregado e, na esfera criminal, em razão do mesmo fato, o empregado estiver sendo acusado de apropriação indébita, uma interceptação telefônica, determinada pelo Juiz de Direito, preenchendo os requisitos legais que comprovem o fato, poderá ser utilizada no Processo do Trabalho pela via da prova emprestada. Não seria razoável que o empregado, pelo mesmo fato, pudesse ser condenado na justiça criminal e revertida a justa causa no processo trabalhista em razão da vedação a que o Juiz do Trabalho pudesse utilizar a interceptação telefônica como prova emprestada no Processo do Trabalho. Vale destacar, nos termos do art. 935 do CC, que a responsabilidade civil é independente da criminal, entretanto, não se pode mais questionar a existência do fato ou quem seja o seu autor se estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

No mesmo sentido ensina Nelson Nery Júnior⁽³⁸⁾:

“Produzida no processo penal, a prova obtida mediante interceptação telefônica lícita (autorizada pela CF e pela LIT) pode servir como prova emprestada no processo civil. Trata-se de prova obtida licitamente, razão por que é eficaz no processo civil. O que a CF 5º, LVI veda é a eficácia da prova obtida ilicitamente. Como prova, no processo penal, terá sido obtida licitamente, sua transposição para o processo civil, por intermédio do instituto da prova emprestada, não ofende o dispositivo constitucional que proíbe a prova obtida ilicitamente”.

Como já sedimentado na jurisprudência, a prova produzida no inquérito deve ser reprisada em juízo, sob o crivo do contraditório, caso contrário, não podem autorizar eventual condenação do réu.

Nesse sentido, destacamos a seguinte ementa:

Não vale a prova emprestada, quando colhida sem caráter contraditório (v. CF 5º – LV, neste sentido), e sem a participação daquele contra quem deve operar, como é o caso de prova colhida em inquérito policial (RJTJESP 99/201).

No mesmo sentido, é o recente art. 155 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.690/2008, *in verbis*:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Considerando-se que a prova colhida no inquérito policial e civil público não observa o contraditório, questiona-se: a prova nele produzida pode ser transportada para o processo como prova emprestada?

De início devem ser repelidas, como provas emprestadas, as provas produzidas nos inquéritos civis públicos e penais, uma vez que não observam o contraditório. Entretanto, não se pode ignorar todo o trabalho realizado na fase de inquérito, bem como o material nele produzido, que pode influir no convencimento do julgador.

Autores há que atribuem à prova produzida no inquérito o *status* de documento.

No nosso sentir, a prova produzida em sede de inquérito pode ser utilizada como prova emprestada no processo judicial somente na seguinte situação: concordância de ambas as partes no processo. Em caso contrário, ou seja, havendo dissenso de pelo menos uma das partes, o tal material probatório não poderá ser utilizado como prova emprestada.

De outro lado, a prova produzida no inquérito, conjugada com outros elementos de prova produzidos no processo judicial sob o crivo do contraditório, é apta a firmar a convicção do julgador. No aspecto, relevante destacar a seguinte ementa:

Justa causa — Prova emprestada — Valoração. Os documentos extraídos de ação criminal contendo depoimentos vários, fortalecem o depoimento prestado pela única testemunha da reclamada, bem como as alegações de defesa. Configuração de ato de improbidade que justifica a demissão por justa causa. (TRT 15ª R. – 6ª T. – ROPS n. 15.849/2003 – Rel. Antônio Mazzuca – DJSP 13.6.2003 – p. 36) (RDT n. 7 – Julho de 2003)

1.6.1. Requisitos para utilização da prova emprestada no Direito Processual do Trabalho

Como toda prova produzida no processo, a prova emprestada deve preencher alguns requisitos para que possa ser utilizada no processo.

A doutrina e jurisprudência têm fixado alguns requisitos para que a prova emprestada conserve sua eficácia inicial. São eles:

- a) que tenha sido colhida em processo judicial entre as mesmas partes, ou uma das partes e terceiro⁽³⁹⁾;
- b) que tenham sido, na produção da prova, no processo anterior, observadas as formalidades estabelecidas em lei, mormente o princípio do contraditório⁽⁴⁰⁾;
- c) que o fato probando seja idêntico.

39 Para Dinamarco, “exige-se também que naquele processo tenha estado presente, como parte, o adversário daquele que pretenda aproveitar a prova ali realizada — porque do contrário esse sujeito estaria suportando a eficácia de uma prova de cuja formação não participou” (*Op. cit.*, p. 98).

40 “Não vale a prova emprestada, quando colhida sem caráter contraditório (v. CF 5º – LV, neste sentido), e sem a participação daquele contra quem deve operar, como é o caso de prova colhida em inquérito”.

38 NERY, JÚNIOR, Nelson *et al.* Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 7. ed. São

No nosso sentir, para que a prova emprestada possa ser admitida no processo, há a necessidade apenas de que no processo anterior a prova tenha sido colhida com as formalidades legais, observado o contraditório, e que o fato probando seja idêntico, ou se relacione, diretamente, com os fatos discutidos no processo em questão (atual). Não há necessidade de que, no processo anterior, figurem as mesmas partes ou uma parte e terceiro. O fato de a prova anterior ter sido colhida entre as mesmas partes ou entre uma parte e terceiro é um elemento de valoração da prova (art. 131 do CPC) e não de admissibilidade da prova emprestada.

Como pondera *Cândido Rangel Dinamarco*⁽⁴¹⁾, não importa se a prova trasladada teve ou não o poder de convencer o Juiz do processo de origem, nem se a sentença já foi proferida ou se já passou em julgado ou não.

A prova emprestada passa por três fases no processo do trabalho: a) admissão; b) possibilidade de impugnação pelas partes; c) valoração pelo Juiz, segundo o princípio do livre convencimento motivado.

Na fase de admissão, o Juiz aprecia se é possível a produção da prova emprestada nos autos, devendo sempre fundamentar o deferimento ou indeferimento. Num segundo momento, se a prova emprestada foi determinada pelo Juiz ou produzida por uma das partes, a parte contrária, ou até as duas partes (se o Juiz tomou a iniciativa), poderá impugná-la. No terceiro momento, na sentença, o Juiz irá valorar a prova emprestada, em cotejo com as demais provas, se houve, podendo firmar livremente sua convicção⁽⁴²⁾.

Nesse aspecto, o art. 260 do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, *in verbis*:

O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Alguns autores asseveram que a prova emprestada, uma vez trasladada do processo anterior para o atual, adquire a natureza de prova documental⁽⁴³⁾, ou seja, prova emprestada deve ser avaliada como se documento fosse.

41 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 99.

42 Nesse sentido, destaca-se a seguinte ementa: "Ao juiz incumbe a direção do processo (art. 125 combinado com o art. 130 do CPC). Portanto, ante uma prova emprestada, que sofreu impugnação de uma das partes, pode determinar que seja repetida na ação a fim de ficar com elementos para dirimir a impugnação, aceitá-la ou repudiá-la, com base em técnico de sua confiança. Além de tudo, pelo que se apurou, está feita e não há como desfazê-la. Problema de valorá-la é tema de decisão e não formal do agravo. Não há como impor-se ao juiz uma prova emprestada, pois nem mesmo está ele adstrito àquela produzida nos próprios autos, podendo renová-la" (RT n. 506/212).

43 Nesse sentido é a opinião de Renato Saraiva: "A prova emprestada será inserida no processo como mera prova documental, devendo ser utilizada apenas excepcionalmente, uma vez que, em regra, as provas devem ser produzidas no mesmo juízo onde corre a demanda" (*Curso de direito processual do*

Para outros, a prova emprestada, uma vez trasladada, conserva a mesma natureza jurídica com que foi produzida no processo anterior. Ou seja, se a prova é testemunhal, será trasladada como prova testemunhal, se documental, como prova documental, e assim por diante.

No nosso sentir, a segunda vertente está correta, pois a lei não impõe que a prova emprestada seja trasladada como documento, este é apenas o instrumento de transporte da prova. Além disso, conservando a prova emprestada a mesma natureza jurídica com que foi produzida no processo anterior, o contraditório fica mais visível e dilatado. Assim, por exemplo, se a prova emprestada for pericial, no processo atual, haverá a possibilidade de se ouvir o perito que elaborou o laudo original em audiência e até mesmo de a parte juntar laudo do assistente técnico. Se a prova emprestada for testemunhal, a parte poderá arguir todas as hipóteses de incapacidade, impedimento ou suspeição da testemunha, etc.

1.7. Ônus da prova no Direito Processual do Trabalho

Conforme *Nelson Nery Júnior*⁽⁴⁴⁾, a palavra do latim *onus* significa carga, fardo, peso, gravame. Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, o tempo e a forma prescrita em lei são ônus da condição de parte.

Destaca *João Batista Lopes*⁽⁴⁵⁾: "Entende-se por ônus a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio; obrigação é a subordinação de um interesse próprio a outro, alheio. Exemplos: a lei não impõe o dever ou a obrigação de arrolar testemunhas, requerer perícia ou juntar documentos, mas se a parte deixar de fazê-lo quando necessário, correrá o risco de não ver demonstradas suas alegações. Mas poderá ocorrer que o fatos venham a ser provados em razão de providências tomadas pelo adversário (v. g., o autor alega atos de turbação ou esbulho que acabam por ser demonstrados pelas testemunhas arroladas pelo réu)".

O ônus da prova, no nosso sentir, é um dever processual que incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu quanto aos fatos modificativos, extintos e impeditivos do direito do autor, que, uma vez não realizado, gera uma situação desfavorável à parte que detinha o ônus e favorável à parte contrária, na obtenção da pretensão posta em juízo.

A Consolidação das Leis do Trabalho disciplina a regra de distribuição do ônus no art. 818, que tem a seguinte redação: "A prova das alegações incumbe à parte que as fizer".

44 *Op. cit.*, p. 614.

Diz o art. 333 do CPC: “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.

Não há uniformidade de interpretação do ônus da prova no processo do trabalho. A CLT, como já dito, apenas menciona que o ônus da prova incumbe à parte que a fizer.

Vários intérpretes se esforçaram para excluir o real alcance do art. 818, da CLT, mas não se chegou a um consenso de quem seria a carga probatória no processo à luz da CLT. Inegavelmente, existem alguns critérios:

- a) o ônus da prova no processo do trabalho é do reclamado, pois ele tem melhores condições de produzir a prova no processo;
- b) o ônus da prova é do reclamante, pois o autor tem a obrigatoriedade de demonstrar em juízo os fatos da inicial;
- c) tanto o reclamante como o empregado devem provar os fatos alegados tanto na inicial como na defesa;
- d) o reclamante deve provar os fatos constitutivos do seu direito, e o reclamado os fatos impeditivos, modificativos e impeditivos do direito do autor.

O referido art. 818 da CLT, no nosso entendimento, não é completo, e por si só é de difícil interpretação e também aplicabilidade prática, pois, como cada parte tem de comprovar o que alegou, ambas as partes têm o encargo probatório de todos os fatos que declinaram, tanto na inicial, como na contestação.

Além disso, o art. 818 consolidado não resolve situações de inexistência de prova no processo, ou de conflito entre as provas produzidas pelas partes. O Juiz da atualidade, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), não pode furtar-se a julgar, alegando falta de prova nos autos, ou impossibilidade de saber qual foi a melhor prova. Por isso, a aplicação da regra de ônus da prova como fundamento de decisão é uma necessidade do processo contemporâneo. Como bem adverte *Rosenberg*⁽⁴⁶⁾, “(...) o juiz não pode chegar a um *non liquet* com relação à questão de direito, pois é obrigado a julgar e, portanto, declarar as consequências jurídicas para o caso concreto. Assim, na atualidade pode haver um *non liquet* quanto aos fatos, isto é, o juiz pode não ter sido devidamente instruído pela atividade probatória das partes e não ter conseguido esclarecer a questão fática, mas, mesmo assim, não pode deixar de emitir um pronunciamento judicial, uma decisão sobre o caso concreto”.

Embora alguns autores defendam que o art. 818 da CLT basta por si mesmo no Processo do Trabalho⁽⁴⁷⁾, acreditamos que a razão está com os que pensam ser

46 *La carga de la prueba*. Trad. Erne Krotoschin. Buenos Aires: EJEA, 1956. p. 2.

aplicável ao Processo do Trabalho a regra do art. 333 do CPC conjugada com o art. 818 da CLT. Desse modo, no Processo do Trabalho, o reclamante tem o ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito e o reclamado, os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

Desse modo, no Processo do Trabalho: a) o reclamante tem o ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito; b) o reclamado, os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

Nesse diapasão, concordamos com a posição de *Valentin Carrion*⁽⁴⁸⁾ quando afirma:

“A regra de que o ônus pesa sobre quem alega é incompleta, simplista em excesso. O empregado que afirme não ter faltado ao serviço em certo dia terá que prová-lo? Se um outro alegar na petição inicial, que celebrou contrato com empresa e que esta foi representada no ato por preposto capaz e sem coação, deverá provar as três circunstâncias? É obvio que não: 1. ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito; 2. ao réu, o da existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333)”.

No mesmo sentido, pronuncia-se *Carlos Zangrando*⁽⁴⁹⁾:

“(...) a única regra sobre ônus da prova prevista na CLT segue justamente aquela vetusta orientação individualista romana, determinando pura e simplesmente, que o ônus da prova das alegações cabe à parte que as fizer (CLT, art. 818). Essa regra não é adequada ao Direito Processual moderno, devendo ser suplementada pelas modernas teorias e pela muito melhor elaborada regra presente no art. 333 do Código de Processo Civil”.

O Tribunal Superior do Trabalho pacificou o entendimento sobre a aplicabilidade do entendimento vazado no art. 333 do CPC quanto ao ônus da prova no Processo do Trabalho por meio da Súmula n. 06, VIII, do C. TST, *in verbis*:

É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial. (ex-Súmula n. 68 – RA 9/1977, DJ 11.2.1977)

No mesmo sentido, as ementas que se seguem:

Encargo probatório — Ônus da prova — Arts. 818 da CLT e 333, I e II, do CPC. Não é atribuição/encargo do juízo, na ausência de provas que competiam à parte produzir — como, no caso, a elaboração de demonstrativo de diferenças —, perquirir acerca da existência de diferenças ou não para, ao fim, concluir pela procedência ou

os fatos que sustentam suas alegações. (TRT 12ª R. – 1ª T. – ROV n. 1254/2005.046.12.00-0 – Ac. n. 4088/06 – Rel. Marcus Pina Mugnaini – DJ 4.4.06 – p. 285) (RDT n. 05 – maio de 2006).

48 CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 622.

improcedência do pleito. Ora, o encargo probatório, no particular, era do reclamante, a teor dos arts. 818 e 333, I, do CPC, pois o município reclamado negou a existência de qualquer diferença e trouxe aos autos toda a documentação relativa à matéria. Todavia, prova alguma há nos autos produzida pelo obreiro que demonstre de forma clara e precisa a existência de diferenças em seu proveito. Recurso ordinário do Município de Santa Bárbara D'oeste a que se dá provimento. Ação improcedente. (TRT 15ª R. – 5ª T. – REO – RO n. 553.2004.086.15.00-9 – Ac. n. 19948/05 – Rel. João Alberto A. Machado – DJSP 6.5.05 – p. 36) (RDT n. 06 – Junho de 2005)

Fato constitutivo — Fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito — Ônus da prova. De acordo com o preconizado no art. 818 da CLT, o fato constitutivo do direito do autor deve ser por ele comprovado, assim como, de acordo com o art. 333, II, do CPC, de aplicação subsidiária, o fato impeditivo, modificativo ou extintivo de seu direito deve ser comprovado pelo réu. (TRT 15ª R. – 1ª T. – RO n. 1103/2004.113.15.00-1 – Rel. Eduardo Benedito de O. Zanella – DJSP 2.12.05 – p. 53) (RDT n. 01 – janeiro de 2006)

Os fatos constitutivos são os que geram o direito ao autor, como, por exemplo, a prova da prestação pessoal de serviços, do horário em sobrejornada, do nexo causal entre a doença e a função⁽⁵⁰⁾.

Os fatos impeditivos são os que obstam o direito do autor — por exemplo, tempo de função superior a dois anos na equiparação salarial.

Os fatos modificativos são os que impedem que o pedido do autor seja acolhido, em virtude de modificações ocorridas entre os negócios havidos entre autor e réu — por exemplo: transação, novação, compensação, confusão. É comum, no Processo do Trabalho, o reclamado admitir a prestação pessoal de serviços do autor, mas dizer que tal prestação se deu em modalidade diversa da do contrato de emprego, como, por exemplos: o trabalho autônomo, eventual, etc.

Os fatos extintivos não tornam improcedente o pedido do autor, porque extinto o direito ou a pretensão postos em juízo — como exemplos: prescrição e a decadência.

O ônus da prova é uma regra de julgamento. Desse modo, uma vez produzidas as provas, deve o Juiz do Trabalho julgar de acordo com a melhor prova, independentemente da parte que a produziu (princípio da aquisição processual da prova). O Juiz só utilizará a regra do ônus da prova quando não houver nos autos provas⁽⁵¹⁾,

50 Nesse sentido: Data de admissão do empregado — Ônus da prova. O ônus da prova quanto à real data de admissão é do reclamante, vez que a data lançada na sua CTPS gera presunção relativa em favor do reclamado. Esse é o entendimento que se colhe das Súmulas ns. 225, do STF e 12, do TST, e dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC. Não tendo o reclamante se desincumbido do ônus de provar data diversa daquela constante de sua CTPS, não há outros direitos a serem deferidos. (TRT 3ª R. – 4ª T. – RO n. 1208/2005 063 03 00-5 – Rel. Juiz Otávio Linhares Renault – DJ 1ª.4.06 – p. 17).

ou, como um critério para desempate, quando houver a chamada prova dividida ou empatada⁽⁵²⁾.

Nesse sentido, destacamos a seguinte ementa:

A regra do ônus da prova só tem pertinência como regra de juízo (= regra de decidir), que é, aos casos em que, encerrada a instrução, fique ao julgador a dúvida intransponível acerca da existência de fato constitutivo ou liberatório. (TJSP-RT n. 706/67)

1.7.1. O ônus da prova e o fato negativo

Quanto ao fato negativo, prevaleceu na doutrina clássica, que ele não deve ser objeto da prova.

Atualmente, a moderna doutrina sustenta que o fato negativo pode ser objeto de prova, pois não há na lei processual nada que inviabilize a prova do fato negativo. Além disso, como dizia *Chiovenda*, quem faz uma negação, na verdade, realiza uma afirmação. De outro lado, ainda que o ônus da prova pertença ao autor quando o réu nega o fato constitutivo do direito, o réu poderá realizar contra-prova no sentido de que o fato não existiu.

Como bem observa *Carlos Henrique Bezerra Leite*⁽⁵³⁾:

“Na verdade, toda negação contém, implicitamente, uma afirmação, pois quando se atribui a um objeto determinado predicado, acaba-se por negar todos os predicados contrários ou diversos do mesmo objeto. Assim, por exemplo, ao alegar o empregador que não dispensou o empregado sem justa causa (negação do fato), estará aquele alegando, implicitamente (afirmação), que este abandonou o emprego ou se demitiu”.

52 Neste sentido, destacamos as seguintes ementas: Prova dividida. Apresentando-se a prova dividida, a decisão deverá pautar-se pela distribuição do ônus da prova, segundo critérios legais ditados pelos arts. 818 da CLT e 333, I e II, do CPC. (TRT – 9ª R. – 4ª T. – Ac. n. 2261/98 – Relª Juíza Rosemarie Pimpão – DJPR 30.1.98 – p. 165). Ônus da prova – Art. 818 da CLT e art. 333 do CPC — Violação. 1. As normas legais concernentes à distribuição do ônus da prova são “regras de julgamento”, cuja finalidade é dotar o juiz de um critério para decidir a lide nos casos em que não se produziu a prova, ou a prova revelou-se infuciente para formar-lhe o convencimento. Destinam-se, enfim, a permitir ao juiz sair de um impasse, já que também não lhe é dado abster-se de compor o conflito de interesses. 2. Daí se segue, a *contrario sensu*, que é logicamente inconcebível a vulneração do art. 818 da CLT e do art. 333 do CPC sempre que o órgão jurisdicional soluciona o litígio com base nas provas efetivamente produzidas. A violação a esses preceitos legais somente se pode divisar quando, por inexistente ou insuficiente a prova, o juiz, invertendo inadvertidamente a distribuição do ônus da prova, julga a causa em desfavor da parte a quem, segundo a lei, não tocava o ônus de produzir a prova não produzida. 3. Agravo de instrumento não provido. (TST – 1ª T. – AIRR n. 51.165/2002.900.03.00-7 – Rel. João Oreste Dalazen – DJ 20.5.05 – p. 883) (RDT n. 06 de Junho de 2005).

A jurisprudência trabalhista tem fixado entendimento no sentido de que se o empregador nega ter dispensado o empregado, cabe a ele, diante do princípio da continuidade da relação de emprego (Súmula n. 212 do C. TST), provar que o autor tomou a iniciativa de pôr fim ao contrato de trabalho (pedido de demissão ou abandono de emprego).

De outro lado, no caso de inversão do ônus da prova, o fato negativo terá de ser demonstrado pela parte contra a qual ônus da prova fora invertido. Por exemplo, havendo inversão do ônus da prova quanto à culpa pelo acidente de trabalho. Nesse caso, a reclamada deverá demonstrar que não agiu com culpa, tomando as diligências necessárias para evitar o acidente.

1.8. Da inversão do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho

Segundo a regra geral de divisão do ônus da prova, o reclamante deve provar os fatos constitutivos do seu direito e o reclamado, os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor (arts. 818 da CLT e 333 do CPC). No entanto, há a possibilidade, em determinadas situações, de o juiz inverter esse ônus, ou seja, transferir o encargo probatório que pertencia a uma parte para a parte contrária. Desse modo, se ao autor pertence o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito, ele se transfere ao réu, ou seja, o réu deve comprovar a inexistência do fato constitutivo do direito do autor.

A inversão do ônus da prova pode ser convencionada pelas partes ou determinada pelo juiz (art. 333, parágrafo único do CPC⁽⁵⁴⁾). O Código de Defesa do Consumidor prevê a chamada *inversão judicial do ônus da prova* (art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90).

A inversão convencional consiste na alteração das regras de distribuição do ônus da prova a cargo das partes. Esta regra, praticamente, não tem aplicação no Processo do Trabalho, em razão das peculiaridades do Processo do Trabalho e da dificuldade probatória que apresenta o reclamante⁽⁵⁵⁾.

De outro lado, a inversão judicial do ônus da prova está prevista no art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90, que assim dispõe:

54 Art. 333, parágrafo único do CPC: “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”.

55 Mesmo no Processo Civil a regra da distribuição convencional do ônus da prova tem rara aplicabilidade. Como destaca Costa Machado: “A regra jurídica sob enfoque, de origem italiana, tem quase ou nenhuma aplicação prática entre nós. Trata-se de disposição que faculta às partes a prática de ato dispositivo bilateral (convenção processual) sobre distribuição do ônus da prova, mas que acabou não se incorporando à realidade jurídica processual de nossos advogados” (Código de Processo Civil interpretado e

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.

Segundo *Cândido Rangel Dinamarco*⁽⁵⁶⁾: “inversão judicial do ônus da prova é a alteração do disposto em regras legais responsáveis pela distribuição deste, por decisão do juiz no momento de proferir a sentença de mérito”.

A CLT não prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova. Como mencionado, há um único artigo que trata do ônus da prova, que é o 818, da CLT. Não obstante, no Processo do Trabalho tem grande pertinência a regra da inversão do ônus da prova, pois, muitas vezes, o estado de hipossuficiência do empregado reclamante o impede de produzir comprovação de suas alegações em juízo, ou esta prova se torna excessivamente onerosa, podendo inviabilizar a efetividade do próprio direito postulado.

Desse modo, aplica-se perfeitamente ao Processo do Trabalho a regra de inversão do ônus da prova constante do Código de Defesa do Consumidor, em razão da omissão da CLT e compatibilidade com os princípios que regem o Processo do Trabalho (art. 769, da CLT), máxime o princípio do acesso do trabalhador à justiça.

Vem crescendo corpo, na Justiça do Trabalho, o entendimento da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador nas ações acidentárias em que o empregado postula reparação de danos materiais e morais, em razão da grande dificuldade de produção da prova da culpa do empregador por parte do empregado.

Nesse sentido, temos o Enunciado n. 41 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho realizada no TST, *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. Cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente de trabalho.

No mesmo diapasão, a seguinte ementa:

Indenização por dano moral — Responsabilidade do empregador — Teoria do risco. O reclamado, considerado empregador na acepção do *caput* do art. 2º da CLT, está inserido no contexto do capitalismo como um ente destinado à obtenção do lucro, por isso que, no âmbito do Direito do Trabalho, ele se arroga do poder diretivo, assumindo amplamente os riscos sociais de sua atividade econômica, e se investe da obrigação de garantir a segurança, bem como a integridade física e psíquica dos seus empregados, durante a prestação de serviços. Ao explorar determinado ramo de atividade econômica, o empregador é responsável pelos danos físicos sofridos pelo

56 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III. São Paulo: Malheiros

empregado no exercício de suas atividades laborativas. Competia ao empregador a adoção de medidas simples ou complexas que minimizassem o risco e promovessem melhores condições de segurança no trabalho. A falta do empregador decorre de sua omissão voluntária e sobre ela recai a culpa *in vigilando*, estabelecido o nexo causal entre o seu comportamento e o dano. Devida, portanto, a indenização por dano moral. (TRT 3ª R. — 4ª T. — RO n. 493/2005.048.03.00-4 — Rel. Luiz Otávio L. Renault — DJMG 4.6.05 — p. 11) (RDT n. 7 — junho de 2005)

Conforme o citado art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90, são requisitos para a inversão do ônus da prova no Processo do Trabalho: faculdade do juiz e os requisitos alternativos da hipossuficiência ou verossimilhança da alegação.

a) *faculdade do Juiz*: A inversão do ônus da prova é faculdade do Juiz que pode ser levada a efeito de ofício, independentemente de requerimento das partes. Segundo melhor doutrina, só haverá a necessidade de inversão do ônus da prova se não houver provas nos autos, ou seja, as partes não se desincumbiram do encargo probatório que lhes competia (*non liquet*). Como bem adverte Nelson Nery Júnior⁽⁵⁷⁾: “Caso as partes tenham se desincumbido do ônus da prova, não haverá o *non liquet* e o juiz, portanto, julgará de acordo com as provas e o seu livre convencimento (CPC 131)”;

b) *hipossuficiência do reclamante*: A hipossuficiência não é necessariamente a econômica, mas a dificuldade excessiva de se produzir a prova⁽⁵⁸⁾;

c) *verossimilhança da alegação*: A alegação verossímil é que tem aparência de verdade⁽⁵⁹⁾. Na avaliação da verossimilhança, deve o juiz sopesar se há mais motivos para crer do que para não crer na veracidade da afirmação do autor. Também o Juiz do Trabalho se pautará pelas regras de experiência do que ordinariamente acontece (art. 335 do CPC⁽⁶⁰⁾)⁽⁶¹⁾.

57 NERY JÚNIOR, Nelson *et al.* *Código Civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: RT, 2005. p. 957.

58 Conforme Nelson Nery Júnior: “A hipossuficiência respeita tanto à dificuldade econômica quanto à técnica do consumidor em poder desincumbir-se do ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito” (*Op. cit.*, p. 967).

59 LOPES, João Batista. *A prova no direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 50.

60 Art. 335 do CPC: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.

61 Destaca-se a seguinte ementa neste sentido: Empregado vigilante — Intervalo para refeição e descanso — Ônus da prova. O cotidiano dos pretórios trabalhistas tem demonstrado que o empregado vigilante dificilmente usufrui de intervalos regulares para refeição e descanso. E isto se dá porque, via de regra, não há outro laborista apto a substituí-lo em tais interregnos, fazendo com que a alimentação se proceda assim no próprio posto de trabalho, dada a impossibilidade de interrupção do serviço. É o que ordinariamente acontece. Consequentemente, pertence ao empregador o ônus de demonstrar a efetiva fruição do intervalo, visto que o ordinário se presume, e o extraordinário se prova. Exegese dos arts. 335 do CPC e 818 da CLT. Recurso patronal desprovido. (TRT — 15ª R. — 2ª T. — Ac. n. 26630/97 — Rel. Manoel

Discute-se na doutrina e jurisprudência qual o momento em que o ônus da prova deva ser invertido pelo Juiz. A lei não disciplina essa questão. Entretanto, acreditamos, a fim de resguardar o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), que a inversão do ônus da prova deva ser levada a efeito pelo Juiz do Trabalho antes do início da audiência de instrução, em decisão fundamentada (art. 93, IX, da CF), a fim de que a parte contra a qual o ônus da prova foi invertido não seja pega de surpresa e produza as provas que entende pertinentes, durante o momento processual oportuno.

No mesmo sentido, é a visão de César P. S. Machado Jr.⁽⁶²⁾: “A colheita das provas trabalhistas é feita na audiência e este é o local e momento ideal para o juiz verificar a existência de qualquer circunstância que leva à inversão do ônus probatório, razão pela qual deverá manifestar-se a respeito nesta oportunidade, de forma expressa, na forma do art. 93, IX, da CF”.

Destacamos, no aspecto, a seguinte ementa:

Considerando que as partes não podem ser surpreendidas, ao final, com um provimento desfavorável decorrente da inexistência ou da insuficiência da prova que, por força da inversão determinada na sentença, estaria a seu cargo, parece mais justa e condizente com as garantias do devido processo legal a orientação segundo a qual o juiz deve, ao avaliar a necessidade de provas e deferir a produção daquelas que entenda pertinentes, explicar quais serão objeto de inversão. (TJSP, 6ª Cam. Ag 108602-4/0-SP, Rel. Des. Antonio Carlos Marcato, v. u., j. 18.3.1999, Bol. AASP n. 2.123/225-e)

Não obstante, como o ônus da prova é uma regra de julgamento, é possível o Juiz inverter o ônus da prova na própria sentença⁽⁶³⁾, ou até mesmo o Tribunal fazê-lo segundo o seu livre convencimento, mas, tanto numa hipótese como na outra, sempre em decisão devidamente fundamentada. O que não é possível é inverter o ônus e não propiciar à parte a quem este foi invertido o direito de produzir a prova. Por isso, devem as partes estar atentas à produção de suas provas. Se o Juiz indeferir a produção de alguma prova por entender que o ônus seria da parte contrária, deverá a parte requerer que o Juiz consigne seus protestos em ata a fim de evitar a preclusão. Sob outro enfoque, se o Juiz do Trabalho, ao instruir o processo, não estiver convencido sobre a distribuição do ônus da prova, deverá propiciar às partes igualdade de oportunidades na produção da prova, deixando a fixação da regra de distribuição do ônus da prova para a decisão final.

62 MACHADO JR., César P. S. *O ônus da prova no processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 156.

63 Nesse sentido é a visão de Cândido Rangel Dinamarco: “O momento adequado à inversão do ônus da prova é aquele em que o juiz decide a causa (Barbosa Moreira). Antes, sequer ele sabe se a prova será suficiente ou se será necessário valer-se das regras ordinárias sobre esse ônus, que para ele só são relevantes em caso de insuficiência probatória” (*Instituições de direito processual civil* Vol. III São

1.8.1. A moderna teoria da carga dinâmica do ônus da prova

Atualmente, a moderna doutrina vem defendendo interpretações mais flexíveis das regras de reparações do ônus da prova fixadas nos arts. 818, da CLT e 333, do CPC. Diante da necessidade de se dar efetividade ao acesso à ordem jurídica justa e não inviabilizar a tutela do direito à parte que tem razão, mas não apresenta condições favoráveis de produzir a prova do fato constitutivo do seu direito, é possível ao Juiz do Trabalho atribuir o encargo probatório à parte que tem melhores condições de produzir a prova. É o que a doutrina tem denominado de *carga dinâmica na produção do ônus da prova*.

A carga dinâmica do ônus da prova tem suporte nos princípios da aptidão para a prova, cooperação processual, boa-fé objetiva das partes no processo e também em critérios de justiça e razoabilidade. O Juiz do Trabalho, como reitor do processo (art. 765, da CLT), deve ter a sensibilidade, à luz das circunstâncias do caso concreto, de atribuir o encargo probatório ao litigante que possa desempenhá-lo com maior facilidade.

Trata-se, inegavelmente, de uma tendência mundial do processo de majoração dos poderes do Juiz na direção do processo, a fim de que os litigantes sejam tratados com isonomia real e a justiça seja implementada com maior efetividade. Não se trata de arbítrio do Juiz, pois terá que justificar, com argumentos jurídicos, sob crivo do contraditório, diante das circunstâncias do caso concreto, a aplicação da carga dinâmica da produção da prova.

Como bem destacou João Humberto Cesário⁽⁶⁴⁾:

“É fundamental saber que relativamente à distribuição do ônus da prova a legislação de regência traça tão somente diretrizes gerais para a orientação básica dos atores processuais. Assim é que a atenuação dessas diretivas fundada no princípio da aptidão para a prova, vem a cada dia ganhando destaque no foro trabalhista. Dito de outro modo, enquanto os arts. 818 da CLT e 333 do CPC disciplinam a distribuição estática do encargo probatório, para que por via dela se evitem julgamentos injustos, nos quais uma parte, não obstante possuir razão em uma contenda, veja inviabilizada a obtenção do bem da vida perseguido judicialmente, em virtude da impossibilidade de produzir uma prova para ela difícil, improvável ou mesmo impossível (*probatio diabolica*), enquanto a contraprova do seu adversário seria de tranquila veiculação”.

A presente teoria não se confunde com a inversão do ônus da prova, embora com ela tenha contatos, pois a inversão pressupõe a presença dos critérios previstos na lei. De outro lado, carga dinâmica se assenta no princípio da aptidão para a prova, não necessitando a presença verossimilhança da alegação do autor.

Como destacou Eduardo Cambi⁽⁶⁵⁾:

“(…) não há na distribuição dinâmica do ônus da prova uma inversão nos moldes previstos no art. 6º, inc. VIII do CDC, porque só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica de distribuição dinâmica, quando o magistrado, avaliando as peculiaridades do caso concreto, com base em máximas de experiência (art. 335 do CPC), irá determinar quais fatos devem ser provados pelo demandante e pelo demandado”.

Nesse sentido, é o art. 262 do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, que é de perfeita sintonia com o Processo do Trabalho, *in verbis*:

Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

1.9. A revelia e a produção de provas no Direito Processual do Trabalho

Tema dos mais polêmicos da revelia é a produção de provas. Doutrina e jurisprudência não são pacíficas quanto à possibilidade de produção de provas diante da revelia.

O autor, em muitos casos, pretende produzir provas, pois há o receio de a revelia ser reconsiderada, de não poder trazer suas testemunhas em outra oportunidade e da possibilidade de o Tribunal ter entendimento divergente.

O réu que ingressar na relação jurídica processual após o decreto de revelia pretende, a todo custo, minorar as consequências da revelia, mas encontra limites de não poder renovar fases processuais já atingidas pela preclusão e inúmeras vezes se vê impossibilitado de produzir qualquer prova, uma vez que não controverteu os fatos, conforme os arts. 302 e 334, III, do CPC.

Os entendimentos, tanto da doutrina como da jurisprudência, são variados. Alguns sustentam a impossibilidade absoluta da produção de provas diante da revelia, sob consequência de o instituto perder a razão de ser. Já outros sustentam ser possível a produção de provas somente em algumas hipóteses, v. g., quando os efeitos da revelia não se verificam (art. 320 do CPC), em se tratando de matérias de ordem pública ou que possam ser alegadas em qualquer grau de jurisdição ou matérias de ordem técnica. Já outros entendem que é possível conjugar a revelia com a produção probatória, embora a amplitude da dilação probatória fique mitigada, é possível tanto ao autor como ao réu produzi-las e ao juiz determinar a produção de provas em algumas hipóteses. O autor quando não se verificarem os efeitos da revelia, quando

a discussão é eminentemente técnica e, quando, a cargo do juiz, fora determinado. Já o réu pode produzir provas para contrariar os fatos articulados pelo autor, desde que ingresse a tempo na relação jurídica processual.

Dentre as medidas sugeridas pela doutrina para mitigar os pesados efeitos da revelia no Direito Processual Civil, encontramos, atualmente, o art. 322 do CPC, com a redação dada pela Lei n. 11.280/2006:

Contra o revel que não tenha patrono nos autos, correrão os prazos independentemente de intimação, a partir da publicação de cada ato decisório.

Parágrafo único. O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontra.

A nosso ver, a alteração do art. 322 do CPC veio em boa hora, atendendo aos reclamos da moderna doutrina em propiciar maior participação do revel na relação jurídica processual, a fim de prestigiar os princípios constitucionais do acesso real à justiça, do efetivo contraditório e à ordem jurídica justa.

Fredie Didier Júnior reputa boa a alteração do CPC no aspecto, porque reafirma a necessidade de aprimorar a garantia do contraditório e protege o réu-revel que compareceu aos autos⁽⁶⁶⁾.

Quanto ao parágrafo único do art. 322 do CPC, uma vez tendo ingressado na relação jurídica processual, o revel tem direito a praticar todos os atos processuais ainda não sepultados pela preclusão, inclusive produzir provas. Nesse sentido é a Súmula n. 231 do STF: “O revel, em processo civil, pode produzir provas, desde que compareça em momento oportuno”.

No nosso sentir, a maior participação do réu na fase probatória tem suporte no próprio conceito de revelia, que para nós configura preclusão quanto ao direito de responder e, no Processo do Trabalho, esse direito decorre do fato de o reclamado não ter comparecido à audiência em que poderia responder (art. 844 da CLT). Não obstante o revel não ter controvertido os fatos, a revelia gera uma presunção relativa de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, mas a revelia não derruba o contraditório⁽⁶⁷⁾.

66 *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 62.

67 Nesse diapasão, oportunas as palavras de Artur César de Souza: “Em face da nova concepção do processo, em que não basta um contraditório meramente formal, mas efetivamente substancial, não se pode mais deixar de levar em consideração essa desigualdade social, econômica e, por que não dizer, espiritual, que se estabelece em cada relação jurídica processual. Persegue-se um novo paradigma, segundo a racionalidade do outro. Interpela-se o outro para a Justiça. Essa desigualdade macula a efetividade do direito de defesa. Aceitando-se passivamente o contraditório formal, coloca-se em risco a democracia e a legitimação do procedimento. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, (...) Quem visualiza o contraditório a partir da ótica do liberalismo do século XIX, descreverá o princípio como uma garantia de conteúdo a partir da ótica do socialismo, esse paradigma está superada e enterrada pela nossa própria Constituição, e

processual, que é o direito de reagir a cada ação do *ex adverso*. Ora, revelia não é pena, não é um ônus, é uma situação processual. O revel não pode ser visto como um fora da lei porque não veio a juízo se defender. Ainda que não tenha controvertido os fatos, o revel, caso compareça em momento oportuno, poderá derrubar essa presunção de veracidade dos fatos invocados pelo autor. Não poderá fazer prova de fatos que não alegou, ou seja, não poderá fazer prova de fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor. Caso o revel consiga, com a produção de provas, derrubar a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, este último terá de fazer prova do fato constitutivo do seu direito. Não se está com o presente entendimento desconsiderando o instituto da revelia, mas possibilitando ao réu o direito de, efetivamente, exercer o contraditório e buscar minorar os efeitos da revelia. Em razão do princípio da proporcionalidade a que já nos referimos, no nosso sentir, o revel que comparece e ingressa na relação jurídica processual possui maiores faculdades processuais do que o revel que jamais comparece. Sob outro enfoque, pode, inclusive, ser benéfico ao autor o comparecimento do revel, pois há a possibilidade da conciliação, também possibilidade de o autor produzir a prova dos fatos constitutivos do seu direito e sepultar a possibilidade de anulação da revelia em sede recursal, e também certeza de que irá encontrá-lo para futura execução.

No mesmo sentido se pronuncia Rita Ganesini⁽⁶⁸⁾: “Em qualquer hipótese, em se realizando a prova pericial, o revel poderá apresentar quesitos suplementares (art. 425) desde que não amplie o âmbito da perícia. Poderá também requerer, na forma e no prazo do art. 435, a presença do perito e/ou assistente técnico do autor para prestar (em) esclarecimentos, em audiência. No tocante à produção da prova testemunhal, se requerida pelo autor e deferida ou determinada de ofício ou necessária por motivos subsequentes, o revel poderá arrolar suas testemunhas, na forma e prazo do art. 407”.

Nesse sentido, destacam-se as seguintes ementas:

REVELIA — CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA — REQUERIMENTOS DE PROVAS PELO RÉU REVEL — POSSIBILIDADE — LIMITES — PRESUNÇÃO RELATIVA

que o princípio do contraditório não pode mais ser focalizado a partir de ideia de igualdade formal. Com efeito, na atualidade o princípio do contraditório deve ser desenhado com base no princípio da igualdade substancial, o que reflete os valores do Estado Social’. É por isso que não basta apenas observarem-se os direitos fundamentais de primeira geração, os quais foram e são de extrema importância, para amparar aquele chamado campo de autodeterminação individual, no qual o Estado não pode penetrar. Também importante para o processo, na sua atual concepção, são os chamados direitos fundamentais de segunda e terceira geração, segundo os quais, o Estado deve não apenas respeitar a individualidade, mas, sobretudo, atuar com efetividade, a fim de que a igualdade substancial prevaleça, acima de tudo, na relação jurídica processual. A igualdade não se estabelece somente pelas normas jurídicas, mas, e, principalmente nos dias de hoje, mediante a análise das circunstâncias sociais de cada parte no processo” (*Contraditório e revelia*. Perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo. São Paulo: RT, 2003, p. 255-256).

DE VERACIDADE DOS FATOS AFIRMADOS NA INICIAL — CPC, ARTS. 322, 319, 320 e 330 — JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE — RECURSO DESACOLHIDO. I — A presunção de veracidade dos fatos afirmados na inicial, em caso de revelia, é relativa, devendo o juiz atentar para a presença ou não das condições da ação e dos pressupostos processuais e para a prova de existência dos fatos da causa. Desse modo, pode extinguir o feito sem julgamento de mérito, ou mesmo concluir pela improcedência do pedido, a despeito de ocorrida a revelia. II — A produção de provas visa à formação da convicção do julgador acerca da existência dos fatos controvertidos, conforme o magistério de Moacyr Amaral Santos, segundo o qual ‘a questão de fato se decide pelas provas. Por essas se chega à verdade, à certeza dessa verdade, à convicção. Em consequência, a prova visa, como fim último, inculcar no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado’ (Prova judiciária no cível e comercial. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 1952. vol. I, n. 5, p. 15). III — Comparecendo antes de iniciada a fase probatória, incumbe ao julgador sopesar a intervenção e a pertinência da produção das provas, visando a evidenciar a existência dos fatos da causa, não se limitando a julgar procedente o pedido somente como efeito da revelia. IV — A produção de provas requeridas pelo revel limita-se aos fatos afirmados na inicial. V — Sem o cotejo analítico entre o acórdão impugnado e os arestos trazidos a confronto, não se caracteriza a divergência jurisprudencial hábil a ensejar o acesso à instância especial (STJ — Resp. 211851-SP — 4ª T. — Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira — DJU 13.09.1999 — p. 71).

DIREITO PROBATÓRIO DO REVEL — AFERIÇÃO DA NECESSIDADE E UTILIDADE DA PROVA. A delimitação das repercussões do decreto de revelia, sobre o direito probatório do revel, não dispensa a aferição da necessidade e utilidade da prova, para a solução do mérito, da causa — Sentença mantida (TJRS — APC 70000072710 — 9ª C. Cív. — Relª Desª Juíza Mara Larsen Chechi — j. 26.4.2000).

PROVAS — REVELIA — PRODUÇÃO DE PROVA. O revel intervém no processo no estado em que se encontra (CPC, art. 322) e só pode praticar os atos vindouros, contados a partir de sua intervenção no processo. Não pode fazer o processo retroceder para produzir prova que deveria ter sido produzida anteriormente. A lei impõe preclusão e proibição expressa de retorno (CPC, art. 183). (TRT 2ª R. — RO 02990131293 — (Ac. 20000143345) — 9ª T. — Rel. Luiz Edgar Ferraz de Oliveira — DOESP 18.04.2000)

Parece-nos que a melhor interpretação quanto à possibilidade de produção de provas pelo revel foi dada por Rita Giancesini⁽⁶⁹⁾, quando assevera: “Concluindo, a produção de provas pelo réu revel encontra dois limites: um temporal — preclusão do prazo para requerer a sua proposição ou para produzi-la. O pedido de realização de prova poderá, porém, ser suprido pelo formulado pelo autor e deferido, ou pela determinação de ofício do magistrado ou por motivos supervenientes. Outro limite é relativo ao conteúdo da prova, isto é, deverá se cingir aos fatos deduzidos pelo autor na inicial”.

Este posicionamento foi consagrado no anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, em seu art. 347, *in verbis*:

Ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas àquelas produzidas pelo autor, desde que se faça representar nos autos antes de encerrar-se a fase instrutória.

Concluindo, no nosso sentir, caso o revel compareça em momento oportuno, e com relação às fases processuais em que ainda não se operou a preclusão, poderá:

- produzir provas a fim de derrubar a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor;
- requerer o depoimento pessoal do autor;
- juntar documentos para contrariar os fatos articulados na inicial;
- indicar assistentes técnicos e formular quesitos;
- contraditar testemunhas;
- produzir provas sobre matérias que possam ser invocadas em qualquer grau de jurisdição como as previstas no art. 301 do CPC e a prescrição;
- aduzir razões finais;
- recorrer e contra-arrazoar recurso.

De outro lado, o Juiz apreciará livremente os efeitos da revelia, vale dizer: se a matéria fática está incontroversa ou não, nos termos do princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do CPC e também à luz do art. 765 da CLT). Caso entenda o Juiz que a pretensão do autor não é verossímil, ou se mostra fora da razoabilidade, poderá determinar a produção de provas, inclusive por parte do autor.

Como bem adverte Júlio César Bebber⁽⁷⁰⁾: “A revelia não violenta a livre consciência do juiz para ditar-lhe o seu convencimento, não inibindo, igualmente, o amplo poder instrutório que, no dizer do próprio José Roberto dos Santos Bedaque, ‘é elemento indissociável da efetividade do processo’. O juiz não tem o compromisso de satisfazer a vontade do legislador. Cabe-lhe, sim, atender à vontade objetiva da norma, que possui vida independente de seu criador”.

Por outro lado, no nosso sentir, o Juiz tem de considerar que a revelia gera uma presunção de veracidade (art. 319 do CPC). Sendo assim, caso não esteja convencido da verossimilhança ou da ocorrência dos fatos declinados na inicial, deverá num primeiro momento, fundamentadamente (art. 93, IX, da CF), em sede de decisão interlocutória, justificar, segundo o seu livre convencimento, a necessidade de produção das provas que entende necessárias (arts. 130 do CPC e 765 da CLT) e, posteriormente, quando da sentença, valorar o conjunto das provas constantes dos autos.

Como bem adverte Cândido Rangel Dinamarco⁽⁷¹⁾: “Como toda presunção relativa, também essa não tem o valor tarifado e invariável próprio aos sistemas de prova legal. No sistema da livre apreciação de prova, segundo os autos, o juiz dar-lhe-á o valor que sua inteligência aconselhar, feito o confronto com o conjunto dos elementos de convicção eventualmente existente nos autos e levando em conta a racional probabilidade de que os fatos hajam ocorrido como disse o autor”.

70 BEBBER, Júlio César. Revelia e livre convencimento. In: *Processo do trabalho*. Temas atuais. São Paulo: LTr, 2003. p. 69.

71 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. São Paulo: Malheiros.

No mesmo sentido é o art. 20, da Lei n. 9.099/95, que resta aplicável, perfeitamente, ao Processo do Trabalho⁽⁷²⁾, por força do art. 769 da CLT, já que se trata de norma de Direito Processual Comum. Com efeito, aduz o indigitado dispositivo legal:

Não comparecendo o demandado à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do juiz (grifou-se)⁽⁷³⁾.

Como bem destacado por Jorge Luiz Souto Maior⁽⁷⁴⁾: “A sentença, tanto quanto possível, deve alicerçar-se na prova real e não na *ficta confessio*, conforme prevê, aliás, o art. 20, da Lei n. 9.099/95 (...) Especialmente, há de se adotar essa postura — a de não reconhecer o efeito de presunção relativa da revelia — quando, no processo do trabalho, o reclamante requeira a declaração da existência de vínculo empregatício e não haja, nos autos, qualquer elemento de convicção neste sentido. É que essa declaração pode se prestar a fins fraudulentos e o rigorismo das formas processuais não pode fazer do juiz um inevitável partícipe dessa intenção”.

Desse modo, conclui-se que: O poder instrutório do juiz do trabalho é amplo diante da revelia, devendo sempre ser observados os princípios do livre convencimento motivado e do contraditório⁽⁷⁵⁾.

1.10. Valoração da prova no Direito Processual do Trabalho

O Juiz, como destinatário da prova, tem ampla liberdade para valorá-las, segundo o princípio da persuasão racional, ou livre convencimento motivado, que vigora em sede processual civil, *ex vi*, do art. 131 do CPC, *in verbis*:

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.

Diante do que dispõe o referido dispositivo legal, o Juiz pode firmar sua convicção com qualquer elemento de prova constante dos autos, ainda que não alegado na inicial ou na contestação. Por isso, qualquer prova constante dos autos é apta a firmar a convicção do Juiz. De outro lado, por mandamento constitucional (art. 93, IX,

72 Como bem assevera Dinamarco, sob o prisma do Direito Processual Civil (*Op. cit.*, p. 535), referindo-se ao art. 20 da Lei n. 9.099/95, essa é uma norma federal de direito processual, posterior ao Código de Processo Civil, que se impõe em todos os setores do processo civil nacional.

73 O art. 277, § 2º, do CPC tem a seguinte redação: “Deixando injustificadamente o réu de comparecer à audiência, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados na petição inicial (art. 319), salvo se o contrário resultar da prova dos autos, proferindo o juiz, desde logo, a sentença”.

74 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Op. cit.*, p. 251.

75 Vide sobre o assunto: SCHIAVI, Mauro. *A revelia no direito processual do trabalho: legalidade, justiça e*

da CF), e da lei processual civil, deve o julgador mencionar na fundamentação da sentença qual ou quais provas existentes nos autos lhe formaram a convicção.

No aspecto, destacamos as seguintes ementas:

Juiz — Apreciação das provas — Valoração — Princípio da persuasão racional — Inteligência do art. 131 do CPC. O Juiz, ao apreciar os pedidos valorando as provas, tem ampla liberdade de verificar sua pertinência, principalmente no processo laboral, cujo objetivo maior é alcançar a verdade real. Cabe-lhe, sim, inclusive por expressa disposição legal, conforme o art. 131 do CPC, de aplicação subsidiária no processo laboral, restringir-se aos elementos existentes nos autos, inclusive para aquilatar a qualidade da prova, a coerência intrínseca com os fatos alegados, em conformidade com o art. 818 da CLT e art. 333 e incisos, do CPC. Ora, o objetivo desta não é senão outro do que formar a convicção do Órgão Julgador, sempre, repita-se, fulcrado no princípio da persuasão racional. (TRT 15ª R. – 2ª T. – Rel. Des. Luís Carlos Cândido M. S. da Silva – DJ n. 222 – 28.11.08 – p. 36 – RO n. 417/2007.081.15.00-0) (RDT n. 03 – março de 2009)

Valoração da prova — Princípio do livre convencimento motivado do juiz. A lei assegura ao magistrado ampla liberdade na direção do processo (art. 765 da CLT), devendo, no exercício da função jurisdicional, sopesar os elementos probantes trazidos aos autos para a formação de seu convencimento e analisar os fatos dentro de um contexto e segundo critérios de razoabilidade crítica, na forma do art. 131 do CPC. (TRT 10ª R. – 1ª T. – RO n. 1228/2007.017.10.00-9 – Relª Juíza Maria Regina M. Guimarães – DJ 23.5.08 – p. 434) (RDT n. 07 – julho de 2008)

Valoração das provas — Princípio do livre convencimento. O Juiz é livre para firmar sua convicção sobre o valor das provas. Consagra-se o princípio pelo art. 131 do CPC e implicitamente pelos arts. 765 e 832 da CLT. Nesta linha, as alegações das partes não são suficientes para demonstrar a verdade ou não de determinado fato, devendo ser levados ao conhecimento do magistrado e provados, conforme dicção da melhor doutrina, “fatos não provados são inexistentes no processo” (BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr. p. 415). Há ainda a problemática sobre quem deve provar, simplificada no art. 818 da CLT, que estabelece: “o ônus de provar as alegações incumbe à parte que as fizer”; coube ao CPC sanar a lacuna legal, determinando que o autor cuida dos fatos constitutivos e o réu dos impeditivos, extintivos e modificativos (art. 333). Assim, se o autor não se desincumbe de provar aquilo que pretende, seja pela fragilidade das provas ou pela ineficácia da tentativa, resta o desprovimento do apelo. (TRT 3ª R. – 8ª T. – RO n. 138/2007.055.03.00-5 – Rel. Paulo Maurício R. Pires – DJ 1ª.9.07 – p. 21) (RDT n. 10 – outubro de 2007)

Valoração das provas. Inexiste no processo do trabalho a pré-tarifação das provas, sendo o julgador livre para apreciá-las na formação de seu convencimento dentro da flexibilização que lhe autoriza a lei, observado o princípio da persuasão racional, mediante fundamentação da decisão, como exigem o inc. IX do art. 93 da Constituição da República e o art. 131 do CPC. (TRT 3ª R. – 2ª T. – RO n. 46/2007.045.03.00-8 – Rel. Marcio Flavio S. Vidigal – DJ 8.8.07 – p. 7) (RDT n. 09 – setembro de 2007)

Valoração da prova oral. O princípio da livre apreciação da prova, ao mesmo tempo em que outorga ao magistrado o poder de valorar-avaliar reconhece a sua condição

depoimentos. O ato, porém, não é meramente subjetivo, exige, na realidade, uma acurada objetividade ao escrutinar o conjunto probatório exposto à inteligência, à experiência e ao saber jurídico do julgador, daí por que, sem prova de vulneração desses critérios, deve ser prestigiada, sempre, a avaliação probatória efetuada em primeiro grau de jurisdição, pois é lá que se localiza a arena original do conflito. (TRT – 3ª R. – 8ª T. – RO n. 13650/2002 – Rel. José Miguel de Campos – DJMG 1º.2.2003 – p. 18) (RDT n. 3 – março de 2003)

Nulidade da V. Sentença — Apreciação da prova. Afasta-se a nulidade arguida quando verificado que a v. sentença recorrida está em conformidade com o disposto no art. 93, IX, da CR/88; art. 832 da CLT; arts. 131 e 458 do CPC, estando expressos nela os fundamentos que levaram o d. Juízo de origem a julgar improcedentes os pedidos formulados na peça inicial, inclusive com referência aos fatos e provas que formaram o convencimento daquele Julgador. Eventual falha na apreciação da prova é questão relacionada ao mérito, podendo conduzir à reforma da decisão e não à sua anulação. (TRT 3ª R. – 1ª T. – RO n. 441.2003.004.03.00-1 – Rel. Mauricio J. Godinho Delgado – DJMG 05.03.04 – p. 5) (RDT n. 4 – Abril de 2004)

Não há, no ordenamento jurídico processual vigente, uma regra preestabelecida para valoração da prova pelo Juiz. Entretanto, o magistrado deve considerar a prova existente nos autos. Não havendo prova nos autos, ainda que o juiz possa estar convencido da veracidade de algum fato, não poderá julgar com base em convicção íntima ou pessoal.

De outro lado, pensamos deva o Juiz valorar a prova no conjunto, considerando o ônus de cada parte, a verossimilhança das alegações, a dificuldade probatória, a razoabilidade e o que ordinariamente acontece. Outrossim, a prova se valora pela qualidade e não pela quantidade.

Como já assinalado, deve o Juiz sopesar todas as circunstâncias dos autos, principalmente o Juiz do Trabalho que lida, preponderantemente, com matéria fática e analisa provas orais.

O comportamento das partes no processo e em audiência pode influir, significativamente, na convicção do Juiz do Trabalho. Desse modo, a personalidade, o grau de humildade ou arrogância, a cooperação com a justiça, a firmeza no depoimento, a segurança ou insegurança ao depor, a boa-fé, a honestidade dos litigantes, entre outros comportamentos, devem ser considerados pelo órgão julgador.

Como destaca *Isolde Favoretto*⁽⁷⁶⁾:

“Pode o juiz se apropriar não só do que contém o corpo processual, mas, sobretudo, daquilo que é a essência para este convencimento e que não está escrito, mas foi percebido pelo julgador através de suas observações quanto às manifestações e comportamentos das partes não traduzidas no papel que se

76 FAVORETTO, Isolde. *Comportamento processual das partes como meio de prova*. Porto Alegre: Livraria

poderia chamar de ‘fumus’ processual. Está inserida nesta linha uma sensibilidade de quem julga, cuja teoria é mais de aplicabilidade prática do que pelo conhecimento da teoria”.

No mesmo sentido sustenta *Marcos Destefenni*⁽⁷⁷⁾:

“O tema, contudo, nos parece bastante complexo e suscita um estudo multidisciplinar, pois o comportamento da parte pode ser analisado de diferentes perspectivas. De lembrar que a lei já valorava várias situações do comportamento da parte. Podem citar, por exemplo, o fato de a parte se negar a depor. Essa inércia é valorada juridicamente, pois da negativa em depor é possível extrair-se uma *confissão ficta*. A doutrina costuma lembrar, também, da relevância do comportamento processual da parte que nega submeter-se à inspeção judicial. Não há, no caso, tecnicamente, uma confissão. Mas, com toda certeza, trata-se de situação que deve ser considerada e valorada pelo juiz no momento da decisão. Outro aspecto recentemente disciplinado pela lei, referente ao comportamento da parte como meio de prova, está no art. 232 do CC, que determina o juiz a valoração da recusa à perícia médica. Como se vê, o comportamento da parte deve ser valorado pelo julgador”.

Por isso, estamos convencidos de que o princípio da identidade física do juiz deve ser implementado e impulsionado no processo do trabalho para que a valoração da prova seja realizada com efetividade e a decisão reflita justiça e realidade.

1.10.1. Da aplicação do princípio in dubio pro operario na valoração da prova pelo Juiz do Trabalho

Como mencionado anteriormente, o Juiz do Trabalho é livre para apreciar a prova, segundo o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional (arts. 765 da CLT e 131 do CPC)⁽⁷⁸⁾. Diante deste princípio, o juiz pode firmar o seu convencimento tomando em consideração qualquer elemento de prova que exista no processo, mas deve sempre mencionar qual prova ou provas que o levaram a tal convicção.

Situações existem em que o Juiz se depara com a chamada prova dividida, ou “empitada”, que não possibilita ao julgador saber qual versão é realmente verossímil.

77 DESTEFENNI, Marcos. *Curso de processo civil*. Vol. 1, Tomo II. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 113.

78 Nesse sentido: Prova testemunhal — valoração. A valoração da prova testemunhal é ato que se insere no poder do juiz, a quem compete atribuir maior ou menor eficácia à prova, motivando as razões que o levaram à conclusão adotada (princípio da persuasão racional, art. 131 do CPC). Convencendo-se o julgador de que a prova produzida é suficiente para confirmar o pagamento, pela empregadora de salários extrafolha, pelos motivos claramente expostos em sua fundamentação, é de se manter irretocada a decisão de primeiro grau. (TRT 3ª R. – 1ª T. – RO n. 1690/2003 043 03 00-7 – Rel. Márcio Flávio S.

Alguns autores asseveram que o Juiz nunca se encontrará na referida situação de dúvida, pois sempre terá subsídios para firmar o convencimento e poderá distinguir qual prova foi superior, tanto no aspecto qualitativo quanto quantitativo.

Efetivamente, acreditamos, inclusive por experiência própria, que há situações em que o juiz se encontra diante da chamada prova dividida e em dúvida sobre qual prova é melhor, necessitando adotar critérios para o “desempate”, uma vez que, por dever de ofício, deve proferir a decisão.

A doutrina costuma apontar alguns critérios para a decisão do juiz quando ele se encontra em dúvida sobre a matéria probatória produzida nos autos.

Podemos elencar, segundo a melhor doutrina, os seguintes critérios que nortearão o Juiz na situação de dúvida sobre a valoração da prova ou diante da chamada prova dividida:

- a) aplicação do princípio *in dubio pro operario* ao Processo do Trabalho;
- b) impossibilidade de aplicação do princípio *in dubio pro operario* ao Processo do Trabalho, devendo o juiz decidir contra quem detinha o ônus da prova;
- c) aplicação pura e simples do Princípio da Persuasão Racional (art. 131 do CPC).

No nosso sentir, o critério para valoração da prova deve ser discricionariamente avaliado pelo Juiz, não podendo a doutrina ou a jurisprudência tarifar um critério para o Juiz se nortear quando estiver diante de dúvida.

A própria existência da dúvida já se torna um elemento de valoração da prova, que é pessoal do Juiz. Por isso, mesmo em caso de dúvida, deve o Juiz aplicar o critério de valoração que entenda correto, segundo as circunstâncias do caso concreto.

Não obstante, em caso de dúvida, o Juiz do Trabalho deve procurar a melhor prova, inclusive se baseando pelas regras de experiência do que ordinariamente acontece, intuição, indícios e presunções. Somente se esgotados todos os meios de se avaliar qual foi a melhor prova, aí sim poderá optar pelo critério de aplicabilidade ou não do princípio *in dubio pro operario* como razão de decidir.

Como destaca com propriedade *Estêvão Mallet*: “A possibilidade da livre apreciação da prova, um dos cânones do vigente sistema processual brasileiro, constitui máxima antiga e bem conhecida, mencionada no art. 131 do CPC, e largamente proclamada pela jurisprudência trabalhista, tendo em vista, sobretudo, o princípio da primazia da realidade, que impõe particular cautela na atribuição de valor a documentos e a atos formais”⁽⁷⁹⁾.

Reconhecemos, no entanto, que é predominante na doutrina e jurisprudência que não se aplica a regra *in dubio pro operario* no campo probatório, devendo o Juiz do Trabalho, em caso de prova dividida, decidir o caso contra quem detinha o ônus da prova.

Nesse sentido, destacam-se as seguintes ementas:

Prova dividida. Apresentando-se a prova dividida, a decisão deverá pautar-se pela distribuição do ônus da prova, segundo critérios legais ditados pelos arts. 818 da CLT e 333, I e II, do CPC. (TRT – 9ª R. – 4ª T. – Ac. n. 2261/98 – Relª Juíza Rosemarie Pimpão – DJPR 30.0.98 – p. 165).

Justiça do Trabalho — Princípio da proteção do trabalhador — Ônus da prova — Inaplicabilidade. Na Justiça do Trabalho, o princípio da proteção ao trabalhador está restrito à interpretação das normas legais, não se aplicando, quanto à distribuição do ônus da prova, o preceito *in dubio pro misero*, sob pena de afronta ao dever de imparcialidade do juiz. (TRT 15ª R. – 1ª T. – RO n. 1775/2001.016.15.00-5 – Rel. Eduardo Benedito de O. Zanella – DJSP 10.9.04 – p. 19) (RDT n. 10 – Outubro de 2004).

Prova testemunhal — Valoração. Nos casos em que a prova testemunhal restar dividida, deve prevalecer o posicionamento adotado pelo Juiz *a quo*, que se encontra em melhores condições de valorar os depoimentos testemunhais, com base no estado de ânimo dos depoentes no momento em que a prova foi produzida. (TRT 12ª R. – 3ª T. – RO-V n. 7496/03 – Relª Sandra M. Wambier – DJSC 7.8.03 – p. 175) (RDT n. 9 – Setembro de 2003)

1.11. Dos poderes instrutórios do Juiz do Trabalho

Doutrina e jurisprudência divergem quanto à possibilidade da iniciativa probatória do Juiz⁽⁸⁰⁾. A matéria é polêmica e tem gerado acirradas discussões na doutrina e jurisprudência.

A doutrina clássica mostrou-se contrária à iniciativa probatória do Juiz. Nesse sentido, *Moacyr Amaral Santos*: “Dá-se, assim, no processo probatório, uma perfeita interdependência de atribuições das partes e do juiz. Apenas aquelas não podem ter ingerência na função específica deste, de emitir provimentos relativos a qualquer dos atos probatórios e de avaliar e estimular as provas, porque, então, seria transformarem-se em juizes das próprias alegações. Por sua vez, o juiz não pode, a não ser dentro do critério legal e com o propósito de esclarecer a verdade, objetivo de ordem pública, assumir a função de provar fatos não alegados ou de ordenar provas quando as partes delas descuidam ou negligenciam”⁽⁸¹⁾.

Para outros doutrinadores, a iniciativa probatória possível ao Juiz é aquela de natureza complementar, em sede de excepcionalidade, por exemplo, quando a prova testemunhal restou neutralizada (entre prova e contraprova por igual número de testemunhas), tendo o juiz de primeiro grau dispensado uma testemunha de uma das partes. Em acontecendo a hipótese, haverá a possibilidade de ouvir aquela testemunha dispensada para complementar prova e firmar convicção.

80 A doutrina denomina a expressão *poderes instrutórios do juiz* como a possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a produção das provas que entende necessárias ao seu convencimento sobre os fatos da causa.

81 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1993.

No nosso sentir, diante dos princípios constitucionais do acesso à justiça, da efetividade e dos princípios infraconstitucionais do livre convencimento do juiz e da busca da verdade, devem ser deferidos ao magistrado amplos poderes instrutórios.

Com efeito, há muito o Juiz deixou de ser um convidado de pedra na relação jurídica processual. Na moderna teoria geral do processo, ao Juiz cabe zelar pela dignidade do Processo, pela busca da verdade real⁽⁸²⁾ e por uma ordem jurídica justa.

Isso não significa dizer que o juiz está negando vigência ao art. 844 da CLT, ou ao princípio de igualdade de tratamento às partes (art. 125 do CPC)⁽⁸³⁾, está apenas garantindo a dignidade da justiça, da aplicação justa e equânime da lei e uma ordem jurídica justa⁽⁸⁴⁾. O entendimento acima ganha corpo no Direito Processual do Trabalho, pois apresenta o princípio do inquisitivo que permite a iniciativa probatória do Juiz (art. 765 da CLT).

Para o Juiz do Trabalho, não há preclusão na esfera probatória, conforme o já citado art. 765 da CLT. A livre convicção do Juiz é uma garantia da cidadania, do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito.

O juiz da atualidade não pode mais fechar os olhos diante de uma regra processual, ou vendar os olhos e prolatar uma sentença sem estar convicto (julgamento no escuro). Por isso, o juiz não pode omitir-se, negligenciando a produção de alguma prova necessária. É melhor pecar por excesso do que por omissão. O Juiz que se omite é mais nocivo que o Juiz que julga mal. Não se nega que a postura acima pode gerar risco de o Juiz se envolver subjetivamente à lide, mas, como adverte

82 Segundo Piero Calamandrei (*apud* DUARTE, Bento Herculano. *Poderes do juiz do trabalho*. Direção e protecionismo processual. São Paulo: LTr, 1999. p. 87): “O juiz é o guarda e a garantia de tudo quanto mais caro se tem no mundo. Nele se saúda a paz do lar, a honra e a liberdade. A vida de um homem, a felicidade de uma família inteira depende de seu resultado. É o juiz a testemunha corpórea da lei, de que depende a sorte dos homens terráqueos. O juiz possui, na verdade, como mago de fábula, o poder sobre-humano de fazer no mundo do Direito as mais monstruosas metamorfoses e dar às sombras as aparências eternas de verdade”.

83 Como pondera Júlio César Bebber: “A imparcialidade que se exige do juiz é objetiva (CPC, arts. 134 e 135; CLT, art. 801), e não subjetiva, podendo ser resumida na ausência de interesse particular na causa. Imparcialidade não significa indiferença axiológica, e juiz imparcial não é sinônimo de juiz insensível e inerte, mas sim, de juiz que dirige o processo sem interesse pessoal. É juiz comprometido com os ideais de justiça; de juiz que procede movido pela consciência de sua responsabilidade; de juiz que não se deixa influenciar por fatores estranhos aos seus conhecimentos jurídicos, e dá ao caso desfecho que corresponde ao justo. O juiz resguardará sua imparcialidade, se ao determinar de ofício a produção de alguma prova, submeter a mesma ao contraditório, permitindo às partes que sobre ela se manifestem” (BEBBER, Júlio César. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 445).

84 Segundo Bento Herculano Duarte: “O bom magistrado não deve pretender ostentar a posse exclusiva da verdade. Deve ele procurar contemplar placidamente os fatos, e, tal contemplação extrairá naturalmente uma decisão em substância justa (o fator contemplativo não significa, necessariamente, em inércia). Será ele, assim, um Juiz caridoso, aos olhos do homem e, precipuamente, à vista divina” (DUARTE, Bento Herculano. *Poderes do juiz do trabalho*. Direção e protecionismo processual. São Paulo: LTr,

Marinoni⁽⁸⁵⁾, não há efetividade processual sem riscos. Assevera Eduardo J. Couture⁽⁸⁶⁾: “Da dignidade do juiz depende a dignidade do direito. O direito valerá, em um país e momento histórico determinados, o que valham os juízes como homens. O dia em que os juízes tiverem medo, nenhum cidadão poderá dormir tranquilo”.

Sob outro enfoque, cumpre destacar que a finalidade do processo é a justa composição da lide, aproximando-se da realidade, e dar a cada um o que é seu. Nesse sentido, ensina Jorge Luiz Souto Maior⁽⁸⁷⁾: “É verdade que, sob o ponto de vista teórico, o direito processual tem avançado muito em direção à busca da produção de resultados concretos e justos na realidade. Essa mudança vem desde o início do movimento denominado movimento em prol do acesso à justiça, encabeçado por Mauro Capelletti, tendo atingido, mais recentemente, a fase da busca pela plena efetividade da prestação jurisdicional, que pode ser traduzida pela conhecida frase de Chiovenda: ‘o processo deve dar, a quem tem um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter’. Mas o processo deve almejar mais, pois um processo despreocupado com a justiça das suas decisões pode simplesmente dar a cada um o que é seu, ou seja: ao rico, sua riqueza, ao pobre, sua pobreza”.

De outro lado, no nosso sentir, a efetividade⁽⁸⁸⁾ do processo não significa apenas decisão rápida⁽⁸⁹⁾, mas também uma decisão justa⁽⁹⁰⁾ e que se aproxime da verdade real, embora esta praticamente seja inatingível. Como adverte com propriedade Jorge

85 MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual de processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 198.

86 COUTURE, Eduardo. *Introdução ao estudo do processo civil*. Tradução de Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 59.

87 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Temas de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000. p. 170.

88 Ensina João Batista Lopes que “processo efetivo é o que se desenvolve com respeito às garantias constitucionais e reconhece a quem tem um direito tudo o que lhe assegura a ordem jurídica. Cabe reiterar que, embora a celeridade seja um dos aspectos da efetividade, com ela não se confunde, havendo casos em que a excessiva preocupação com a rapidez pode sacrificar o direito da parte (ex.: o juiz julgar antecipadamente processo que exija prova pericial)” (*Curso de direito processual civil*. v. I. São Paulo: Atlas, 2005. p. 65).

89 Segundo Sandra Lia Simon: “O devido processo legal e, conseqüentemente, o direito de ação estão intrinsecamente ligados à efetividade do processo, entendida esta como a solução adequada, definitiva e eficaz da situação de fato conflituosa. É importante, portanto, retomar a moderna visão do *due process of law*, que deve ser considerado como direito ao procedimento adequado, de maneira que se encaixe na realidade social e esteja em consonância com a relação de direito material controvertida. Trata-se de assegurar e viabilizar o acesso à ordem jurídica justa” (O devido processo legal e a tutela dos interesses metaindividuais. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo: LTr, n. 15, 1998. p. 29).

90 Como bem adverte Calmon de Passos: “A efetividade do injusto é, na verdade, a consagração da inefetividade do processo e da tutela jurídica. Caso nosso exacerbado pragmatismo pretenda transpor para o direito a lógica da *avaliação pelo resultado*, no processo, este resultado tem que se submeter ao controle de sua valiosidade, inferível necessariamente da avaliação de quanto o precedeu no processo de sua produção. Esta perspectiva é que foi perdida pela geração do autoritarismo de direito e de esquerda, que mudou o discurso, mas não a filosofia” (*Cidadania e efetividade do processo*. In: *Efetividade*,

Pinheiro Castelo⁽⁹¹⁾: “O estabelecimento da verdade absoluta como correspondência total do acertamento à realidade, apenas em termos de uma função de valor-limite, possibilita que no âmbito do processo se possa falar em verdade (relativa) dos fatos, como aproximação da realidade. Como já dito, o problema da possibilidade de se conhecer a verdade absoluta não é relevante para o processo. Porém, é importante a hipótese teórica da verdade absoluta como correspondência do acertamento judicial aos fatos do mundo real, visto que ela serve para estabelecer conceitualmente uma perspectiva, na qual o problema do acertamento judicial se coloca racionalmente em termos de modalidade e técnica para realizar a melhor verdade relativa, ou seja, a melhor aproximação do acertamento à realidade”.

No aspecto, relevante destacar as seguintes ementas:

PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ NA PRODUÇÃO DA PROVA. Prova — Poder instrutório do juiz. O juiz pode se utilizar do poder instrutório que lhe conferem as normas processuais da lei adjetiva civil, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, e determinar a confecção de prova que entenda necessária ao deslinde da controvérsia, ou que propicie a formação do seu convencimento para proferir a decisão, a teor dos arts. 130 e 131 do CPC. (TRT – 12ª R. – 3ª T. – Ac. n. 11741/99 – Rel. Juiz Osvaldo Sousa Olinger – DJSC 17.11.99 – p. 115)

PODER DIRETIVO NA PRODUÇÃO DA PROVA. Produção de provas — Poder diretivo — Nulidade da decisão — Não ocorrência. Ao julgador é conferida ampla liberdade na direção do processo, cabendo-lhe determinar quais provas são necessárias à solução da lide (art. 765 da CLT c/c art. 130 do CPC). Não há, pois, que se falar em nulidade da sentença por cerceamento de produção de provas quando o juiz, por verificar que nos autos já existem elementos suficientes para dirimir a controvérsia, indefere provas inúteis. Trabalhador autônomo – Conceito. ‘Trabalhador autônomo é o que exerce, habitualmente e por conta própria, atividade profissional remunerada. Não é empregado. A autonomia da prestação de serviço confere-lhe uma posição de empregador em potencial: explora, em proveito próprio, a própria força de trabalho’. (MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1992. p. 51). O ônus de provar o labor autônomo, quando admitida a prestação de serviços, mas negado o vínculo empregatício, é do beneficiário da força de trabalho despendida. Contudo, havendo confissão real da reclamante, em depoimento pessoal, de ausência de subordinação, deixando clara a natureza autônoma da prestação de serviços, automaticamente a reclamada se desobriga do ônus probatório que detinha. (TRT 10ª R. – 1ª T. – RO n. 1041.2003.009.10.00-7 – Rel. Pedro Luis V. Foltran – DJDF 12.3.04 – p. 14) (RDT n. 4 – Abril de 2004)

De outro lado, como bem adverte Flávio Luiz Yarshell⁽⁹²⁾: “(...) não será demasiado lembrar que, para além do contraditório, também a publicidade da prova é fator que inibe a prática de atos arbitrários no exercício do poder de instrução pelo juiz, garantindo a tranquilidade das partes e afastando possíveis desconfianças que rondam atividades secretas ou furtivas, aptas a propiciar ilegalidades. Além disso tudo, para

91 CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada na teoria geral do processo*. v. I. São Paulo: LTr, 1999. p. 269.

que rigorosamente o contraditório seja observado, quando se cogita de produção de provas por determinação oficial do juiz, deve ser assegurada às partes a possibilidade de produzirem novas provas, em função daquelas determinadas de ofício pelo magistrado, e, finalmente, de se manifestarem sobre o resultado das diligências oficiais”.

Pelo exposto, concluímos que:

“Os poderes instrutórios do Juiz do Trabalho são amplos, devendo sempre ser observados os princípios do livre convencimento motivado e do contraditório.”

1.12. Da prova ilícita no Direito Processual do Trabalho

A Constituição veda no art. 5º, LVI⁽⁹³⁾, as provas obtidas por meios ilícitos. Por ser uma norma pertinente à Teoria Geral do Direito, aplica-se a todos os ramos do processo, inclusive ao Direito Processual do Trabalho⁽⁹⁴⁾. A proibição constitucional da produção de provas obtidas por meios ilícitos, como sendo um direito fundamental, serve não só para assegurar os direitos fundamentais do cidadão, mas também para garantir o devido processo legal e dignidade do processo. A doutrina costuma distinguir entre ilicitude formal e ilicitude material. Há ilicitude formal quando a prova violar regra de direito processual e ilicitude material, quando violar regra de direito material.

Ensinam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho⁽⁹⁵⁾, que “no campo das proibições da prova, a tônica é dada pela natureza processual ou substancial da vedação: a proibição tem natureza exclusiva processual quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; tem, pelo contrário, natureza substancial quando, embora servindo imediatamente a interesses processuais, é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo”.

Como bem advertem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁽⁹⁶⁾, “é preciso perceber que uma prova pode violar simples regras do procedimento probatório

93 Art. 5º, LVI: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

94 Como ponderam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, “o art. 5º, LVI não nega o direito à prova, mas apenas limita a busca da verdade, que deixa de ser possível através de provas obtidas de forma ilícita. O interesse no encontro da verdade cede diante de exigências superiores de proteção dos direitos materiais que podem ser violados. Com efeito, dita limitação não encontra fundamento no processo, mas sim na efetividade da proteção do direito material. Ou seja, tal norma constitucional proibiu a prova ilícita para da maior tutela do direito material, negando a possibilidade de se alcançar a verdade a qualquer custo. Diante disso, é inegável que houve uma opção pelo direito material em detrimento do direito à descoberta da verdade. A questão, porém, é saber se essa opção exclui uma posterior ponderação — agora pelo juiz — entre o direito que se pretende fazer através da prova ilícita e o direito material violado” (*Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 384).

95 *As nulidades no processo penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 1996. p. 116.

— cuja necessidade de observância não é imprescindível para a proteção das garantias da parte — e direitos fundamentais processuais. Nessa última hipótese, a prova contém vício tão grave quanto a que viola um direito fundamental material, quando a separação da prova segundo a natureza do direito violado perde sentido”.

Há atualmente, na doutrina e jurisprudência, três correntes sobre a proibição da prova ilícita no processo. São elas:

a) vedação total da prova ilícita;

Segundo essa vertente de entendimento, toda e qualquer prova obtida por meio ilícito não pode ser admitida no processo.

Conforme *Luís J. J. Ribeiro*⁽⁹⁷⁾, “um dos fundamentos básicos desta corrente reside na afirmativa de que o ordenamento jurídico é uno. Assim, a conduta considerada ilícita pelo direito material não pode ser valorada em parâmetro diverso pelo direito processual. Ada Grinover, mesmo antes da atual Constituição, considerava inaceitável este fundamento, pois, apesar de reconhecer a unidade do ordenamento jurídico, entende que é inquestionável que a cada ilícito, e conforme sua natureza, corresponda sanção diversa”.

Lembra *Uadi Lammêgo Bulos*⁽⁹⁸⁾, que nas Constituições brasileiras anteriores nada consta sobre a obtenção das provas obtidas ilicitamente.

Mesmo não havendo tal proibição, já havia forte tendência na jurisprudência em não se admitir a prova obtida por meio ilícito, por confrontar com o art. 332 do CPC, que veda as provas obtidas por meio moralmente ilegítimo.

Nesse sentido, destacamos a seguinte ementa:

PROVA CIVIL. GRAVAÇÃO MAGNÉTICA, FEITA CLANDESTINAMENTE PELO MARIDO, DE LIGAÇÕES TELEFÔNICAS DA MULHER. Inadmissibilidade de sua utilização em processo judicial, por não ser meio legal nem moralmente legítimo (art. 332 do CPC)⁽⁹⁹⁾.

No mesmo diapasão, a seguinte ementa, proferida em processo trabalhista:

Gravação de comunicação telefônica — Meio inidôneo e inadmissível de prova no processo do trabalho. Considerando os exatos termos dos incisos XII e XVI do art. 5º da Constituição Federal, não deve ser admitido como meio de prova para efeitos de processo do trabalho a gravação de comunicação telefônica (TRT – 12ª R. – 1ª T. – Ac. no 2659/99 – Rel. Juiz Roberto L. Guglielmetto – DJSC 07.04.99 – p. 150) (RDT 5/99, p. 71).

97 RIBEIRO, Luís J. J. *A prova ilícita no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 41-42.

98 BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

b) permissiva: Para essa vertente, desde que o conteúdo da prova seja lícito, ela pode ser utilizada, mesmo que tenha sido obtida por meio ilícito;

Essa vertente de interpretação prestigia o caráter publicista do processo, o acesso à justiça e a busca da verdade real.

Menciona *Luís J. J. Ribeiro*⁽¹⁰⁰⁾ que essa vertente “está lastreada no dogma da verdade real e do livre convencimento, a doutrina, inicialmente, demonstrou-se majoritária em dar prevalência à investigação da verdade em detrimento ao princípio da formalidade do procedimento. Por outra vertente a doutrina italiana chegou a idêntica conclusão em relação à inadmissibilidade das provas ilícitas, pelo axioma consagrado: *male captum, bene retentum* (a prova pode ser mal colhida, porém bem recebida no processo)”.

Sinteticamente, para essa vertente, poderíamos dizer que os fins justificam os meios, ou seja, a efetividade da prova e a busca da verdade real são fins justificáveis pelo meio ilícito da obtenção da prova.

c) teoria da proporcionalidade ou regra de ponderação: Sobre o princípio da proporcionalidade, ensina *Nelson Nery Júnior*⁽¹⁰¹⁾: “Segundo o princípio da proporcionalidade, também denominado de ‘lei da ponderação’, na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito sacrificado. Atua com bastante ênfase e eficácia no direito alemão, notadamente no direito constitucional e no direito processual penal. Aliás, há normas expressas na Ordenança Processual Penal Alemã (Strafprozeßordnung – StPO) indicando a adoção do princípio da proporcionalidade naquele sistema jurídico, como, por exemplo, StPO, 11212 e 1201. As principais decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha (BVerfG) sobre a construção, naquele país, do princípio da proporcionalidade, em comparação com as decisões de nosso Supremo Tribunal Federal sobre a ponderação de direitos igualmente protegidos pela Constituição Federal, indicam-nos verdadeira similitude entre a teoria e a prática dos tribunais, de modo a fazer com que seja válida, aqui, a doutrina alemã sobre o mencionado princípio da proporcionalidade. O fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade encontra-se no conteúdo do princípio do Estado de Direito, havendo, ainda, quem entenda situar no princípio do devido processo legal”⁽¹⁰²⁾.

100 RIBEIRO, Luís J. J. *Op. cit.*, p. 69.

101 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 197.

102 No mesmo sentido ensina Willis Santiago Guerra Filho: “Ainda com relação ao modo de aplicar corretamente o princípio da proporcionalidade, para encerrar essa ligeira apresentação dele, vale ressaltar que, assim como ele pressupõe a existência de valores estabelecidos positivamente em normas do ordenamento jurídico,

João Batista Lopes⁽¹⁰³⁾, referindo-se ao princípio da proporcionalidade, sustenta com propriedade: “No campo do processo civil, é intensa sua aplicação, tanto no processo de conhecimento como no de execução e no cautelar. No dia a dia forense, vê-se o juiz diante de princípios em estado de tensão conflitiva, que o obrigam a avaliar os interesses em jogo para adotar a solução que mais se ajuste aos valores consagrados na ordem jurídica. O princípio da proporcionalidade tem íntima relação com a efetividade do processo na medida em que, ao solucionar o conflito segundo os ditames da ordem constitucional, está o juiz concedendo a adequada proteção ao direito e atendendo aos escopos do processo”.

Para essa vertente de interpretação, o juiz valorará, no caso concreto, segundo critérios axiológicos, qual princípio deverá ser prestigiado e qual deverá ser sacrificado em prol da justiça da decisão e efetividade do processo.

Como bem adverte José Carlos Barbosa Moreira⁽¹⁰⁴⁾, “há que se verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites por aquela determinados; ou se, ao contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares, e a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo. Em suma: averiguar se, dos dois males, era escolhido o menor”.

No âmbito do Processo do Trabalho, pronuncia-se Carlos Henrique Bezerra Leite⁽¹⁰⁵⁾ pela aplicação da presente teoria, apresentando os seguintes argumentos:

decisório, a fim de permitir a necessária ponderação em face dos fatos e hipóteses a serem considerados. Tal procedimento deve ser estruturado — e, também, institucionalizado — de uma forma tal que garanta a maior racionalidade e objetividade possíveis da decisão, para atender ao imperativo de realização de justiça que é imanente ao princípio com o qual nos ocupamos. Especial atenção merece, portanto, o problema do estabelecimento de forma de participação suficientemente intensiva e extensa de representantes dos mais diversos pontos de vista a respeito da questão a ser decidida. Isso significa, então, que o procedimento com as garantias do ‘devido processo legal’ (*Due Process of Law*), *i. e.*, do amplo debate, da publicidade, da igualdade das partes, etc., se torna instrumento do exercício não só da função jurisdicional, como tem sido até agora, mas sim das demais funções do Estado também, donde se falar em ‘jurisdicalização’ dos processos legislativo e administrativo e ‘judicialização’ do próprio ordenamento jurídico como um todo. Esse é um fenômeno próprio do Direito na sociedade em seu estágio atual evolutivamente mais avançado, em direção à sua mundialização, que ainda está a merecer a devida atenção, extraíndo consequências para uma reorientação do pensamento jurídico, no sentido de uma maior preocupação com o ‘caminho’ de realização do Direito, com o processo de sua concretização, já que a previsão abstrata de como resolver situações inusitadas e da complexidade daquelas que se apresentam-nos contemporaneamente, em normas com o caráter de regras de Direito material, se mostra bastante deficiente” (*Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005. p. 117-119).

103 LOPES, João Batista. Princípio de proporcionalidade e efetividade do processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005. p. 135.

104 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo* n. 84, ano 21. São Paulo: RT 1996. p. 146.

“As partes têm o dever de agir com lealdade em todos os atos processuais, mormente na produção da prova. O princípio da licitude da prova encontra residência no art. 5º, LVI, da CF, segundo o qual ‘são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos’. Esse princípio tem sido mitigado por outro: o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, segundo o qual não se deve chegar ao extremo de negar validade a toda e qualquer prova obtida por meios ilícitos, como, por exemplo, uma gravação sub-reptícia utilizada por empregada que deseja fazer prova de que fora vítima de assédio sexual pelo empregador ou superior hierárquico, sem o conhecimento deste. A revista íntima também pode ensejar a violação ao princípio, salvo se o empregador adota todos os meios necessários à preservação da intimidade e da dignidade do trabalhador”.

Para aplicação do princípio da proporcionalidade, deve o Juiz do Trabalho se valer dos subprincípios que envolvem o instituto, quais sejam:

- a) necessidade: o sacrifício do direito fundamental deve ser necessário;
- b) adequação: a medida escolhida pelo juiz deve ser adequada à finalidade social do processo;
- c) proporcionalidade em sentido estrito: realizar juízo de ponderação, sopesando os valores envolvidos no caso concreto e optar pelo sacrifício de um direito fundamental em prol do outro que será efetivado. Diante de dois males, como diz Barbosa Moreira, deverá o Juiz escolher o menor.

Acreditamos que a regra da proporcionalidade é a melhor para se admitir a pertinência da prova obtida por meio ilícito no processo, pois nenhuma regra processual é absoluta, devendo ser sopesada em confronto com outro direito fundamental. Além disso, prestigia a justiça da decisão no caso concreto, possibilitando ao Juiz, diante do conflito de princípios, escolher, entre dois males, o mal menor, ou escolher a melhor justiça.

A regra da proporcionalidade foi incorporada ao Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil como critério para apreciação da prova ilícita no Processo Civil, conforme o art. 257, *in verbis*:

As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar fatos em que se funda a ação ou a defesa e influir eficazmente na livre convicção do juiz. Parágrafo único. A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos.

Nesse sentido se pronunciou o Tribunal Superior do Trabalho, em decisão pioneira:

GRAVAÇÃO TELEFÔNICA. A aceitação no processo judiciário do trabalho, de gravação de diálogo telefônico mantido pelas partes e oferecida por uma delas, como prova para elucidação de fatos controvertidos em juízo, não afronta suposto

telefônicas, porque essa garantia se dá em relação a terceiros e não aos interlocutores. Recurso ordinário a que se nega provimento, para ser confirmado o acórdão regional, que negou a segurança requerida.⁽¹⁰⁶⁾

No aspecto, relevante também destacar recente ementa do Tribunal Superior do Trabalho:

Ementa: PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGADO POR CERCEAMENTO DE DEFESA — PROVA ILÍCITA — ACESSO PELO EMPREGADOR À CAIXA DE E-MAIL CORPORATIVO FORNECIDA AO EMPREGADO — ÓBICE DA SÚMULA n. 126 DO TST. 1. Consoante a diretriz da Súmula n. 126 do TST, é incabível o recurso de revista para reexame de fatos e provas. 2. *In casu*, pretende o Reclamante modificar a decisão vergastada, ao argumento de que a prova acostada aos autos é ilícita, porquanto consubstanciada no acesso à sua conta de *e-mail* pessoal, quando o Regional, ao enfrentar a questão, entendeu que a prova era lícita, porque se tratava de acesso, pela Reclamada, ao conteúdo do *e-mail* corporativo fornecido ao Reclamante para o exercício de suas atividades funcionais, do qual se utilizava de forma imprópria, recebendo fotos com conteúdo que estimulava e reforçava comportamentos preconceituosos. Além disso, os *e-mails* continham conversas fúteis que se traduziram em desperdício de tempo. 3. Com efeito, as alegações obreiras esbarram no óbice do referido verbete sumulado, porquanto pretendem o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. 4. Por outro lado, ainda que o presente recurso não ultrapasse a barreira do conhecimento, a controvérsia em torno da licitude ou não da prova acostada pela Reclamada, consubstanciada no acesso à caixa de *e-mail* corporativo utilizado pelo Reclamante, é matéria que merece algumas considerações. 5. O art. 5º, X e XII, da CF garante ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem das pessoas, bem como o sigilo de suas correspondências, dados e comunicações telegráficas e telefônicas. 6. A concessão, por parte do empregador, de caixa de *e-mail* a seus empregados em suas dependências tem por finalidade potencializar a agilização e eficiência de suas funções para o alcance do objeto social da empresa, o qual justifica a sua própria existência e deve estar no centro do interesse de todos aqueles que dela fazem parte, inclusive por meio do contrato de trabalho. 7. Dessa forma, como instrumento de alcance desses objetivos, a caixa do *e-mail* corporativo não se equipara às hipóteses previstas nos incisos X e XII do art. 5º da CF, tratando-se, pois, de ferramenta de trabalho que deve ser utilizada com a mesma diligência emprestada a qualquer outra de natureza diversa. Deve o empregado zelar pela sua manutenção, utilizando-a de forma segura e adequada e respeitando os fins para que se destinam. Mesmo porque, como assinante do provedor de acesso à *Internet*, a empresa é responsável pela sua utilização com observância da lei. 8. Assim, se o empregado eventualmente se utiliza da caixa de *e-mail* corporativo para assuntos particulares, deve fazê-lo consciente de que o seu acesso pelo empregador não representa violação de suas correspondências pessoais, tampouco violação de sua privacidade ou intimidade, porque se trata de equipamento e tecnologia fornecidos pelo empregador para utilização no trabalho e para alcance das finalidades da empresa. 9. Nessa esteira, entendo que não se configura o cerceamento

de defesa a utilização de prova consubstanciada no acesso à caixa de *e-mail* fornecido pelo empregador aos seus empregados. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR – 1542/2005-055-02-40.4 – Data de Julgamento: 4.6.2008 – Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho – 7ª T. – DJ 6.6.2008)

Recentemente, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região enfrentou a questão, cuja ementa vale ser transcrita:

PROVA ILÍCITA. Valoração. Prova obtida a partir da gravação clandestina de conversa telefônica. É certo que o ordenamento constitucional brasileiro, em princípio, repudia a aceitação das provas obtidas ilicitamente (art. 5º, LVI da Constituição Federal). Não menos certo é que doutrina e jurisprudência não se mostram convergentes quanto à invalidade e imprestabilidade da prova ilícita e procuram mitigar o rigor dessa inadmissibilidade absoluta, encampando uma tese intermediária fundada nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Assim, hodiernamente, propugna-se a ideia de que, em casos extremamente graves e excepcionais, quando estiverem em risco valores fundamentais, também assegurados constitucionalmente, cabe ao julgador admitir e valorar a prova tida por ilícita. Significa dizer que, no caso concreto, deve haver uma análise de proporcionalidade dos bens jurídicos protegidos e quando ocorrer uma lesão a um direito fundamental de maior relevância, a prova deve ser validamente admitida. *In casu*, cotejando os princípios das garantias constitucionais à inviolabilidade da intimidade e da privacidade (art. 5º, X da Constituição Federal), com os princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, do acesso à informação inerente ao exercício profissional e da ampla defesa (art. 1º, incisos III e IV e art. 5º, incisos XIV e LV da Constituição Federal), resta irrefutável a prevalência da prova obtida a partir da gravação clandestina de conversa telefônica efetivada sem o conhecimento de um dos interlocutores do diálogo, reproduzida em laudo de gravação por perito judicial, mormente se considerada a primazia da realidade dos fatos. Reputo, portanto, válida a prova produzida. (TRT/SP – 10ª Turma. Processo n. 01559200506102009. Ac. 20090633282. Relª Des. Lilian Gonçalves. DOE/SP: 1º.9.2009)

1.12.1. A prova ilícita e o Juiz do Trabalho

No âmbito da relação de trabalho, são muitas as hipóteses em que a prova para demonstração do dano moral pode ser obtida por meio ilícito — por exemplo, câmaras colocadas no interior de vestiários ou locais de privacidade dos trabalhadores, gravações telefônicas sem consentimento do outro interlocutor, documentos obtidos por furto do empregado, monitoração indevida de *e-mails*, entre outras hipóteses.

A Constituição Federal, além de proibir a prova obtida por meio ilícito, tutela, no art. 5º, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada (inciso X), do domicílio (XI) e da correspondência (XII), como direitos de igual magnitude. Desse modo, deve o Juiz do Trabalho, ao apreciar a prova obtida por meio ilícito, ter bastante cautela, pois, ao admitir essa prova por uma das partes, pode estar violando um direito fundamental da parte contrária e até causar danos de ordem moral a esta

não da produção da prova obtida por meio ilícito como apta a demonstrar os danos de ordem moral, deve tomar as seguintes cautelas:

- a) verificar se a prova do fato poderá ser obtida por outro meio lícito ou moralmente legítimo de prova, sem precisar recorrer à prova ilícita;
- b) sopesar a lealdade e boa-fé da parte que pretende a produção da prova ilícita⁽¹⁰⁷⁾;
- c) observar a seriedade e verossimilhança da alegação;
- d) avaliar o custo-benefício na produção da prova;
- e) aplicar o princípio da proporcionalidade, prestigiando o direito que merece maior proteção⁽¹⁰⁸⁾;
- f) observar a efetiva proteção à dignidade da pessoa humana;
- g) valorar não só o interesse da parte, mas também o interesse público.

107 Nesse sentido, destacamos a seguinte ementa: "DANO MORAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA. PROVA IMORAL E ILÍCITA. A gravação de telefonema em que dialogam o sócio da empresa e um terceiro, feita com a participação do reclamante e sem o conhecimento do empregador, mediante a qual se busca provar que estariam sendo fornecidas informações desabonadoras do ex-empregado, não pode ser admitida como prova no processo, pois, além de implicar divulgação de conversa privada e violação de conversa telefônica (art. 5º, X e XII, da Constituição Federal), caracteriza prova obtida por meios ilícitos. Isso porque a prova assim produzida nada mais constitui do que um ardil utilizado pelo reclamante e pela terceira pessoa que se faz passar por seu pretenso contratante, 'interessado' na sua referência, no sentido de levar a reclamada a cair no deslize de fornecer informações desabonadoras do ex-empregado, sobre as quais poderia ser pedida a compensação de dano moral. Os preceitos legais aplicáveis à espécie buscam resguardar tanto a intimidade das pessoas, quanto a ética e a honra humana na sua dimensão maior, e qualquer procedimento que atente contra esta, ainda que a título de produção de prova, deve ser veementemente rechaçado. A atitude do reclamante, ao produzir esse tipo de prova, viola a honra do empregador, buscando fazer com que este incorra em ilícito, e por outro lado, desmerece a grandeza do instituto da responsabilidade civil" (TRT 3ª Reg. – RO 00664-2003-096-03-00-7 – (Ac. 2ª T.) – Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros. DJMG 23.06.04, p. 08).

108 Rescisão indireta do contrato de trabalho – Gravação de ofensa ao empregado no local de trabalho – Aceitação da prova no processo trabalhista. Ementa: DANO MORAL. RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. GRAVAÇÃO DE OFENSAS AO EMPREGADO NO LOCAL DE TRABALHO. ACEITAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO TRABALHISTA. Robustamente demonstradas pela prova as ofensas gravíssimas dirigidas pela representante da empresa à empregada, a hipótese autoriza não só a rescisão indireta do contrato de trabalho como também a condenação da empresa em dano moral. A gravação clandestina dos diálogos mantidos entre a empregada e os seus superiores no local de trabalho, nos quais essas ofensas eram sistematicamente praticadas, é perfeitamente legal e legítima, pois, apesar do desconhecimento dos ofensores, não se trata de interceptação de conversa alheia, pois foi feita por um dos interlocutores, em local de acesso ao público, sobre fato (o trabalho) da vida social dos envolvidos. A hipótese, portanto, não caracteriza afronta à inviolabilidade da vida privada ou da intimidade de quem quer que seja, resguardado pelo art. 5º, X, da Constituição Federal (Precedentes do TST, no TST – SDI ROMS n. 11.134/90, publicado no DJ de 27.9.91, p. 13.394 e do STF nos HC 75.338, publicado no DJ de 25.9.98, p. 00011 e RE n. 212.081, publicado no DJ de 27.3.98, p. 00023). Além de não se caracterizar prova ilícita, trata-se, no caso, do exercício do direito de defesa por parte da empregada, como meio legítimo de que ela dispõe (TRT 3ª Reg. – RO 01.262.2002.111.02.00.7 – (Ac. 2ª T.) – Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros –