
Prova judicial – Teoria geral

Bento Herculano Duarte

Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Titular da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Professor da UFRN. Juiz do Trabalho.

Resumo: A prova judicial é o que se pode chamar de coração do processo. A prova se dirige a fatos e só excepcionalmente ao direito (estadual ou municipal). O ônus da prova incumbe a quem alega o fato, exceto se o réu apontar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, atraindo a carga, pois no caso o fato constitutivo resta incontroverso. Os meios de prova admitidos no processo são os previstos no CPC, admitindo-se ainda os moralmente legítimos, a doutrina apontando a prova emprestada, os indícios e as presunções. A prova, para ser admitida, há de ser necessária, os fatos investigados devendo guardar pertinência com a controvérsia. O juiz, ao apreciar a prova, deve considerar a capacidade probatória da parte, assim falando-se em protecionismo processual. Enquanto diretor do processo, nos termos do CPC e da CLT o juiz tem o poder de determinar provas de ofício, em busca da verdade real, sempre sob os olhares da igualdade e do contraditório. O juiz deve aquilatar as provas conforme o seu livre convencimento, todavia justificando as suas razões, o que leva ao sistema da persuasão racional.

Palavras-chave: Prova judicial. Objeto. Código de Processo Civil. CLT. Meio de prova. Princípio. Ônus. Poder instrutório. Juiz. Valoração.

Sumário: Considerações introdutórias – **1** Conceito jurídico de prova – **2** Objeto da prova – **3** Artigo 334 do CPC – **4** Classificação das provas – **5** Princípios informadores da prova – **6** O direito à prova e o acesso à Justiça – **7** Meios de prova – Prova emprestada – **8** Protecionismo processual – **9** Licitude da prova – **10** Dever de colaboração – **11** A questão do ônus da prova – **12** Ônus dinâmico da prova – **13** Poder instrutório do juiz – **14** Valoração da prova – **15** Persuasão racional – **16** Regras de investigação do valor da prova – Conclusões – Referências

Considerações introdutórias

Provar significa convencer alguém a respeito de fatos. Costuma se dizer, genericamente, que alegar e nada provar significa nada alegar. No âmbito do processo judicial tal sentido se eleva, posto que o julgador é um representante

do Estado cuja autoridade funda-se em sua imparcialidade e cujos bens maiores em proteção consubstanciam-se na justiça em sentido material e na chamada *segurança jurídica*. Logo, havendo controvérsia sobre alguma afirmação colocada no processo deve o magistrado cuidar de bem apurar a verdade, sob pena de se propiciar uma decisão injusta. Fundamentos de fato equivocadamente avaliados podem fazer naufragar a nau da Justiça, por melhor que seja a compreensão do direito material.

De tal sorte, o instituto da prova em juízo possui uma enorme importância, como instrumento até mesmo de credibilidade da instituição Poder Judiciário. Certamente, uma das maiores angústias que se pode imaginar é alguém perder uma demanda porque a verdade por si apontada foi declarada inverdade; o bom Direito sucumbiu rente ao mau Direito; teve-se um *estelionato pela via processual*. O Poder Judiciário, apesar de todas as mazelas que lhe povoam, em geral é tido como instituição garante da verdade, logo é lastimável quando se emite uma decisão judicial injusta, mormente em face de uma má avaliação dos fatos.

“A prova é o coração do problema do juízo, como o juízo é o coração do problema do pensamento”. Como bem disse Carnelutti, a prova é o coração do processo. Tais frases, a nosso ver, muito bem resumem a importância do instituto da prova, pelo que se anuncia o relevo do tema cuja abordagem ora se inicia.¹

Relata, William Twining, que os advogados em geral deveriam gastar 81% do tempo da educação jurídica devotando-se ao estudo da prova judicial, já que 90% deles gastam 90% de seus tempos lidando com fatos.² Aponta o citado jurista que, não obstante os dados colocados anteriormente, não há um curso completo em que a principal ênfase seja em fatos. Chega ele a propor o grau de Bacharel de Fatos.³

Abstraída certa dose de exagero na crítica formulada, a verdade é que o tempo de estudo destinado à prova judicial é de fato muito reduzida, tanto nos cursos jurídicos como até na esfera judicial. Tal conclusão infere-se de algo que precisa ser combatido, a fim de se preservar uma boa qualidade na defesa dos direitos e nas próprias decisões judiciais.

¹ Registre-se, desde logo, que a importância da prova varia conforme as circunstâncias processuais, notadamente em face da petição inicial e da defesa do réu. Havendo ausência de impugnação ou situação análoga (revelia; reconhecimento da procedência do pedido; confissão; silêncio puro), é lógico que o instituto da prova tem, em princípio, seu relevo diminuído. O mesmo ocorre quando a matéria é dita de Direito.

² *Apud* MARINONI; ARENHART. *Manual do processo de conhecimento*, p. 248.

³ *Idem*.

Trataremos, a seguir, dos aspectos centrais da prova judicial: conceito; objeto (fato); destinatário; meios (fontes); métodos; interpretação; valoração; atividade probatória. Antes, dividimos o estudo sobre prova em seus dois grandes campos: a denominada teoria geral da prova e as provas em espécie (procedimento probatório). Os temas que anunciamos referem-se, por óbvio, à teoria geral da prova judicial. Ressalve-se, também desde logo, que apesar do campo de pesquisa que se descortina, é nosso interesse tratar do tema de maneira não profunda, servindo, este estudo, apenas como uma bússola para que se possa conceber a importância da prova em juízo, compreendendo-se com mais precisão alguns de seus aspectos teóricos mais relevantes.

Feitas tais considerações, apenas há de se registrar que muitas vezes não há como se aplicar adequadamente os dispositivos sobre prova contidos na legislação, na ausência de um conhecimento a respeito daquilo que poderíamos até denominar de *propedêutica da prova*. Assim é que se reconhece a fundamentalidade do estudo da teoria geral da prova judicial.

1 Conceito jurídico de prova

O processo judicial possui duas premissas. Há uma situação colocada pela norma jurídica e uma situação colocada na causa; aplicar-se o Direito consiste na aplicação da norma ao fato.

Conceitualmente, podemos sintetizar o sentido de prova judicial como a demonstração, em juízo, da existência ou da inexistência de algo; ou, por outras palavras, a demonstração da veracidade ou da não veracidade de uma afirmação.

Doutrinariamente, são muitas as definições sobre o que seja prova judicial, prevalecendo a dicotomia entre os sentidos objetivo e subjetivo.⁴

Diz Carnelutti que a prova é o controle de verdade de uma proposição.⁵ Tal definição, elogiável por ser sucinta, porém corretamente explicativa, comporta uma indagação: será que existe o que se rotula de verdade? Alguns filósofos, inclusive do Direito, supõem a existência de, no máximo, aquilo que se denominaria de *quase-verdade*, não havendo que se falar em verdade em sentido próprio, pois sempre se partirá da afirmação de alguém.

⁴ Temos que confessar que muitas vezes enxergamos tal distinção como puramente cerebrina. Prova em sentido objetivo ou subjetivo teriam, a uma primeira vista, identidade até mesmo no aspecto conceitual.

⁵ CARNELUTTI. *A prova civil: parte geral: o conceito jurídico de prova*, p. 66.

Para Mittermayer a prova é o conjunto de motivos produtores de certeza a respeito dos fatos que interessam à solução da lide.⁶

Já para Couture provar é estabelecer a existência de uma verdade e as provas são os meios pelos quais a inteligência chega ao descobrimento da mesma.⁷ Veja-se que, em tal definição, há uma tentativa de distinguir-se os sentidos objetivo e subjetivo de prova, enfatizando-se o seu caráter instrumental e o convencimento do julgador, respectivamente.

Na doutrina nacional, fiquemos com a definição do professor Humberto Theodoro Júnior, que expressamente distingue os dois aspectos da prova: a prova é o instrumento para a demonstração de existência de fato (sentido objetivo); e é, por outro lado, a convicção formada no espírito do julgador (sentido subjetivo).⁸

Por conceito próprio, entendemos a prova como o meio pelo qual se estabelece a existência ou a inexistência de um fato. O sujeito que produz a prova tanto pode ser a parte como o juiz ou mesmo um terceiro. Prevalece, portanto, o caráter instrumental da prova, pelo que se acentua seu aspecto objetivo. Não obstante, o centro da prova é o poder de convencimento sobre o julgador, que é quem lhe avalia e aquilata, pelo que não se pode desprezar seu sentido subjetivo. Contudo, pode se dizer que os dois caminhos levam a um mesmo destino, qual seja a elucidação dos fatos, essencial a uma boa distribuição de justiça. É por isso que se pode concluir, no mínimo, que os sentidos objetivo e subjetivo de prova são duas faces de uma mesma moeda.

2 Objeto da prova

A primeira coisa que se deve colocar, quanto ao objeto da prova, é que a mesma se destina, naturalmente, a fatos. O Direito em si não se prova (*jura novit curia*).⁹

Todavia, há norma expressa contida em nosso digesto processual civil que prevê hipóteses em que o próprio Direito é o objeto de prova. “O Direito, ordinariamente, não se prova, facultada a exigência quanto ao Direito Municipal, Estadual, Estrangeiro ou Consuetudinário” (CPC, art. 337).

Pela regra transcrita, resta claríssimo que o juiz *pode* exigir a prova do Direito, desde que não extraído de lei federal, o fazendo de ofício ou a requerimento da

⁶ *Apud* THEODORO JÚNIOR. *Curso de direito processual civil*, p. 368.

⁷ *Idem*.

⁸ *Op. cit.*, p. 367.

⁹ Outro brocardo latino que bem sintetiza a questão é o *narra mihi factum dabo tibi jus* (“dai-me o fato que te darei o direito”).

parte adversa. É, pois, uma *faculdade* do juiz exigir a prova da existência da norma positivada. Reitere-se que a norma de âmbito federal não pode ser objeto de prova, impondo-se ao magistrado buscar saber de sua existência ou de sua inexistência, como de sua validade ou não. Quanto às demais espécies normativas, o fato de se exigir a prova do Direito não exclui a eventual necessidade de realização de prova sobre determinado fato.

É importante ressaltar-se, também, que na hipótese do desconhecimento do Direito pelo magistrado este deve exigir da parte que demonstre tal existência. Quer dizer que o juiz deve facultar à parte interessada demonstrar a existência do Direito, não podendo simplesmente silenciar e, na oportunidade do julgamento, decidir-lhe contrariamente.

Quanto ao ônus da prova do Direito, nos parece claro que aquele que invoca a norma é que tem o dever de demonstrar a sua existência. Mesmo que a outra parte tenha negado a existência do Direito, aquele que invocou a norma permanece com o *mister* de provar, pois a prova negativa é bem mais difícil de realizar-se. É lógico, todavia, que o próprio magistrado demonstre o Direito quando uma parte o nega materialmente e o juiz registra na decisão a sua existência.

Um segundo aspecto que diz respeito ao que pode ser objeto de prova relaciona-se com o princípio dispositivo, ou seja, a possibilidade de se dispor do Direito quando de índole particular, pelo que o juiz, na esfera cível ou trabalhista, deve se ater ao que se expõe e se reivindica. Assim, o Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, diz que são objeto de prova os fatos em que se funda a ação ou a defesa (art. 332).

Tal dispositivo, entretanto, não pode nem deve ser lido de forma restritiva, de forma a se distorcer o seu sentido. Às vezes se tipifica erroneamente um acontecimento, não obstante devendo-se aceitar a investigação dos fatos. Exemplo disso ocorre, no processo do trabalho, quando se aponta uma indisciplina do empregado porém depois se vê que o que ocorreu foi um ato de insubordinação. Entretanto, não há que se permitir que se investigue uma sublocação quando o fundamento do pedido de despejo é a falta de pagamento. O juiz e as partes devem compreender que, à luz do princípio dispositivo, mesmo que se veja a conduta imprópria de uma das partes, ela não pode, naquela ação, sucumbir perante a parte adversa. O norte da segurança jurídica assim impõe.

Um terceiro aspecto que importa registrarmos é que somente os fatos relevantes e possíveis devem ser objeto de prova. Essa é uma conclusão que nos parece lógica, pois deve se otimizar o tempo e o custo do processo. É umas das faces do princípio da necessidade da prova.

Nesse sentido colocam-se o art. 130 do Código de Processo Civil e o art. 765 da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo o primeiro mais incisivo, ao dispor que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar *as provas necessárias* à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (grifos nossos).

Diligência inútil difere da meramente protelatória porque aqui há uma carga subjetiva de interesse em procrastinar o feito, enquanto ali não necessariamente há vontade do agente em adiar. Assim, toda diligência protelatória será inútil, todavia a recíproca não sendo verdadeira.

Com efeito, o dispositivo contido no art. 130 do CPC se coaduna com o art. 765 da CLT, pois este dispõe que os juízos e Tribunais do Trabalho velarão pelo rápido andamento das causas, o que certamente acarreta o dever de se indeferir diligências sem utilidade, às vezes com nítido fito protelatório. Mas não bastasse tão identidade material de conteúdo entre os dois dispositivos citados, a Lei nº 9.957/00, ao instituir o procedimento sumaríssimo na Justiça do Trabalho, criou o art. 852-D da CLT, que nada deixa a desejar à forma incisiva do art. 130 do digesto processual civil, dizendo, a norma celetizada, que o juiz pode limitar ou excluir as provas que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.

Ressalva feita quanto a se entender como uma mera faculdade do juiz o indeferimento de provas inúteis, vejamos que sempre há um norte estabelecido em diapasão com o princípio da necessidade da prova, coerente com os valores da economia e da celeridade processual. Aliás, é oportuno citar-se o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição da República (Emenda Constitucional nº 45/05), que prevê o direito do cidadão a um processo judicial desenvolvido em “tempo razoável”, por sua vez atendendo ao princípio do acesso à Justiça, considerado em sentido amplo, e no contexto do art. 125, II, do CPC, que determina que o juiz dirigirá o processo velando “pela rápida solução do litígio”.

Fatos impertinentes são aqueles que não guardam relação com o cerne da controvérsia, pelo que a prova a si respeitante torna-se prescindível. Não há de se admitir, *verbi gratia*, averiguação quanto à inadimplência de alugueres, quando o que se alega é a sublocação como infração contratual. No processo do trabalho pode se exemplificar com a demanda em que se pleiteia horas extras mas uma parte pretende fazer prova que diz respeito a uma estabilidade provisória no emprego. A suposta estabilidade é um fato impertinente ao que se discute no processo, sendo que, por consequência, a prova que diz respeito a si também se apresenta desconexa ou impertinente.

Prova inconsequente é aquela que, embora pertinente ao que se debate no processo, não trará utilidade naquele momento. Se o horário de trabalho resta

cabalmente provado por documentos e outras testemunhas, não haverá valia na tomada de novo depoimento. Aqui, entendemos apenas que o juiz deve ter o máximo de cuidado para não praticar cerceamento de defesa, cuidando para que o alcance de seu convencimento não elimine a possibilidade de reexame por uma instância *ad quem*, esta municiada de mais elementos para decidir.

No mais, há de se lembrar que somente se admite a denominada prova possível. Tal prova é aquela que, em princípio, se relaciona exclusivamente com a possibilidade física de se realizar. Por exemplo, não se pode aceitar pedido de realização de prova pericial sobre objeto que não mais existe. Também não há de se admitir prova sobre fato impossível de ter se realizado. Será que se pode admitir prova relativa a trabalho em 30 horas por dia?

Sob outro ângulo, temos ponto de vista pessoal a entender que o aspecto mais relevante da expressão prova possível refere-se à capacidade probatória da parte, de maneira a se valorar determinada prova conforme a condição subjetiva do demandante e as circunstâncias de fato. Mas isso trataremos em tempo adiante, no tópico intitulado protecionismo processual.

Por derradeiro, nunca é demais lembrar o art. 451 do CPC, que diz que o juiz, ao iniciar a instrução, fixará os fatos controvertidos sobre que incidirá as provas. Tal norma, modernamente tendo sua aplicabilidade questionada no processo civil, não é recepcionada pelo processo do trabalho, seja pela ausência de tal momento processual, seja em face do princípio da simplificação processual.

3 Artigo 334 do CPC

Reza o art. 334 do CPC que independem de prova as seguintes espécies de fatos: os notórios (I); os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária (II); os admitidos no processo como incontroversos (III); aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade (IV). Tal dispositivo aplica-se tanto no processo civil, diretamente, como no processo do trabalho, subsidiariamente.

O fato notório é aquele relacionado a acontecimento ou situação de conhecimento geral, a exemplo de datas, atos de gestão política, etc. São alguns exemplos de fatos notórios: o acréscimo nas vendas de final de ano; o bloqueio da poupança pública; a data de certo feriado; a menor suficiência jurídica do empregado frente ao empregador; a abertura de um novo empreendimento; uma forte desvalorização cambial; uma enchente, etc. Em tais situações, em sendo de conhecimento comum (geral) a veracidade da afirmação não há que se exigir

prova, por se tornar inócua tal providência. Ressalve-se, contudo, a hipótese em que a notoriedade é que é objeto de prova, o que se dá na ação que tenta elidir a transferência onerosa de bem, quando notória a insolvência do vendedor.

Confessado é um fato que prejudica a parte que o declara. Se o direito é disponível, a sua entrega à parte adversa torna-se legítima, desde que efetuada sem qualquer vício no consentimento do confidente, como a declaração em face de coação ou por força de erro ou ignorância. Logo, como corolário do princípio dispositivo não há que exigir prova de um fato confessado, o que também se coaduna com o sentido de otimização do processo.

Incontroverso, por sua vez, é aquele fato alegado por uma parte e silenciado pela parte adversa. O autor alega que cumpria dada jornada de trabalho, a respeito do que o réu silenciou; logo o demandante não precisa provar a sua alegação. Aqui, também se presume tal efeito em se tratando de direito passível de ser disponibilizado pelo réu (nas ações que versam sobre estado de pessoa, *v.g.*, o silenciar não elide a necessidade de o autor provar o alegado).

No tocante à presunção de existência de um fato ou da veracidade de uma alegação, temos uma espécie de ficção jurídica, pois se estabelece uma verdade a partir da lei, expressamente ou a partir de sua exegese. No processo civil teríamos os exemplos da legitimidade daquele que nasce na constância do casamento e da quitação do título em poder do devedor. No processo do trabalho teríamos os exemplos da continuidade da relação de emprego — este decorrente de uma formulação de fundo muito mais doutrinário que propriamente legislativo — e o da presunção da despedida quando há formal pedido de demissão de empregado com mais de um ano de tempo de serviço, desde que a rescisão não tenha sido homologada pela entidade sindical ou pelo órgão administrativo.

Outrossim, nos importa discutir, neste momento, o alcance do citado art. 334 do CPC. Será que a norma impede a realização de prova nas situações postas? Qual o porquê da norma?

Respondendo-se à segunda questão, não temos dúvida que o dispositivo contido no art. 334 tenciona coibir a eternização da pesquisa fática. Mas quando se diz que o fato independe de prova não significa que seja proibida a sua realização.

Em nome da busca da chamada verdade real, em detrimento daquela meramente formal ou processual, não se pode fazer uma leitura restritiva do art. 334 do CPC, no sentido de que o fato, uma vez enquadrado em um dos seus quatro incisos, não possa, em grau absoluto, ser objeto de investigação.

Quanto ao fato confessado ou incontroverso,¹⁰ de plano invoque-se o art. 129 do CPC. Se o juiz pode decidir de forma a evitar a simulação (colusão), é inegável que o magistrado pode e deve, de ofício, buscar provas mesmo quanto a fatos tidos como confessados ou incontroversos.¹¹ Na mesma direção, cada vez mais ganha corpo a teoria de que a vedação ao enriquecimento indevido deve prevalecer sobre o formalismo imposto pela legislação processual, caminhando-se em direção àquilo que Marinoni chama de visão aberta do processo. Se há pedido de horas extras e o réu resta silente, o magistrado há de considerar os comprovantes de pagamento nos autos, porém cuidando para que se possa, eventualmente, contestar a veracidade destes. Não obstante, resta difícil acusar-se a ocorrência de cerceamento de defesa na hipótese de indeferimento de prova quando fundada a recusa judicial na incontrovérsia ou na confissão.

No tocante ao fato notório, há de se tomar em consideração que muitas vezes a notoriedade, embora não perca tal característica, escapa ao conhecimento do magistrado, por questões regionais ou mesmo culturais. A data de uma festa regional, *v.g.*, pode não ser conhecida pelo magistrado, pelo que não nos parece exagero a determinação pelo juiz da comprovação da mesma.

Por outro lado, consoante Luiz Guilherme Marinoni, se o réu contesta a notoriedade do fato o autor pode provar o fato afirmado notório ou apenas a sua notoriedade.¹²

Em relação ao inciso IV do art. 334, cumpre-nos lembrar que cada vez mais se questiona a existência de presunções absolutas, pelo que, a teor inclusive da prevalência da verdade real, resta difícil sustentar-se a impossibilidade de realização de prova quanto a certas presunções estabelecidas na lei. No processo do trabalho tal dinâmica materializa-se claramente quanto à possibilidade de se permitir a provar do pagamento de salário, mesmo quando desatendido o comando contido no art. 464 da CLT (exigibilidade de recibo). Antes se interpretava a norma pela presunção absoluta da inadimplência.

¹⁰ Sem dúvida que a incontrovérsia e a confissão são duas faces de uma mesma moeda, ou seja, a ausência de negativa à afirmação da parte *ex adversa*. A diferença é que na incontrovérsia há uma omissão, o que não ocorre na confissão real.

¹¹ “Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes”.

¹² *Op. cit.*, p. 277.

4 Classificação das provas

A nossa doutrina processual costuma classificar a prova, fundamentalmente, em direta ou indireta. Aquela se refere à demonstração do fato colocado no âmago da controvérsia; esta evidencia um fato que, por sua vez, conduz à averiguação do fato principal.

Malatesta inicia a classificação da prova por tal critério, ao distingui-las quanto ao objeto, podendo ser ela direta (testemunhas, documentos, perícia, etc.) ou indireta (indícios e presunções). Quanto ao sujeito, segundo o mesmo autor a prova pode ser pessoal (depoimento) ou real (documento); e quanto à forma pode ser testemunhal, documental ou material.¹³

Já Carnelutti classifica a prova em direta ou indireta, sendo esta histórica (reprodução de fato – documento; testemunha) ou crítica (juízo de raciocínio ou de experiência).¹⁴ A prova direta evidencia a existência do fato narrado, enquanto a Indireta evidencia um fato que conduz ao fato que interessa. No mais, a prova pode ser pré-constituída ou pode ser causal (simples). A prova pré-constituída é aquela elaborada já com a intenção de provar um fato ou relação jurídica, tomando-se como exemplo a figura do contrato.

5 Princípios informadores da prova

De forma meramente enunciativa, passemos a elencar os princípios setoriais da prova judicial:

- a) Necessidade – A prova somente deve ser admitida quando necessária, sob pena de violação à lógica, à celeridade e à economia processual;
- b) Ampla defesa e contraditório – Ao mesmo tempo em que o magistrado deve indeferir provas desnecessárias, deve ele garantir a produção daquelas necessárias, possibilitando à parte adversa eventualmente contradizê-las;
- c) Unidade – Sempre que possível a prova deve ser produzida em conjunto. Por exemplo, todas as testemunhas devem ser ouvidas em uma mesma audiência, salvo a inquirição via carta precatória;
- d) Oralidade – Verifica-se, em matéria de prova, a possibilidade do magistrado manter-se em contato direto com as provas produzidas, com a validade da comunicação oral;

¹³ FLAMARION DEI MALATESTA. *Lógica de las pruebas en materia criminal*, p. 98-99.

¹⁴ *Apud* SILVA. *Curso de processo civil*, p. 341.

- e) Igualdade – Em iguais circunstâncias todos têm o mesmo direito de apresentação de provas;
- f) Imediação – Preferencialmente é mediante o juiz que as provas devem ser produzidas;
- g) Proibição da prova ilícita – Tal regra, prevista na CR, não admite no processo as provas obtidas por meios ilícitos;
- h) Lealdade – Não se admite má-fé processual também na atividade probatória, a exemplo da parte que age com espírito de ocultação, ou seja, tentar surpreender o adversário juntando a prova em um momento posterior;
- i) Legalidade – As provas permitidas são aquelas previstas na legislação, ainda que de forma não taxativa, como as ditas moralmente legítimas.

6 O direito à prova e o acesso à Justiça

Quando se fala em acesso à Justiça, o direito à produção de provas aponta-se como um dos princípios fundamentais que reveste o sistema de garantias. Conforme Martinez Pineda, “a prova é essencialmente indestrutível, juridicamente necessária, axiologicamente soberana e sociologicamente exigível”.¹⁵ De tal sorte, o direito à prova constitui-se em um dos corolários do *due process of law* (devido processo legal).

Esta breve consideração, embora de forma sucinta informa a importância de se garantir à parte o direito a produzir provas, sob pena de ferir-se mortalmente alguns dos mais importantes princípios jurídicos inerentes à democracia, a começar de um de seus maiores fundamentos, que é o devido processo legal.¹⁶ Extreme de dúvida, adiante, que os princípios da ampla defesa e do acesso à Justiça restariam frontalmente violados, em não se possibilitando às partes exhibir os meios pelos quais podem demonstrar a veracidade de suas alegações.

O juiz pode até avaliar inadequadamente as provas produzidas, mas jamais pode negar às partes o direito de produzi-las, salvo as hipóteses previstas na lei, e ainda assim em caráter restritivo, pois há de se nortear a exegese do contexto normativo tomando-se como bússola o princípio da ampla defesa. Com efeito,

¹⁵ Apud VALLE FILHO. *A ilicitude da prova*, p. 38.

¹⁶ Para Nelson Nery Júnior, o devido processo legal é o único verdadeiro princípio de processo civil na Constituição da República, os demais, em tese, princípios, consistindo em meros subprincípios (v. *Os princípios de processo civil na Constituição da República, passim*).

a instância revisora poderá corrigir a má avaliação probatória, mas não poderá substituir uma lacuna decorrente de eventual cerceamento de defesa, que de tão pernicioso acarretará uma nulidade processual. Dar-se acesso à Justiça é garantir-se, nos termos do ordenamento jurídico, a livre produção de provas em juízo.

7 Meios de prova – Prova emprestada

Os meios de prova são os instrumentos pessoais ou materiais trazidos ao processo para revelar ao juiz a verdade de um fato.¹⁷ Pela lição de Rosenberg, “meios de prova são as coisas corpóreas que devem proporcionar ao juiz uma percepção sensível, os portadores da intuição ou da transmissão: o objeto da inspeção ocular, os documentos, as testemunhas, os peritos, as partes”.¹⁸

De acordo com o art. 332 do CPC, serão admitidas, no processo, as provas legais e as moralmente legítimas.¹⁹ Quais seriam, portanto, as provas legais? Quais seriam as legítimas?

As provas legais são, sem dúvida, aquelas previstas no CPC, em que pese tal rol não ser taxativo, a teor do art. 332 do CPC, que o coloca expressamente.²⁰

As provas legítimas seriam justamente aquelas não arroladas pelo CPC. Seriam, conforme parcela da doutrina, os indícios, as presunções e, principalmente, a prova emprestada. O professor José Carlos Barbosa Moreira, por sua vez, as denomina de provas atípicas.

Prova emprestada é, conforme Luiz Guilherme Marinoni, “aquela que, produzida em outro processo, é trazida para ser utilizada em processo em que surge interesse em seu uso”.²¹ Serve ela para evitar a repetição inútil de atos processuais, otimizando-se, ao máximo, as provas já produzidas perante a jurisdição.²² Seria o exemplo de um laudo pericial produzido em um processo e que trata de situação idêntica à discutida neste.

Nos parece lógico que a prova emprestada é absolutamente legítima, como instrumento de demonstração e convencimento. A sua aceitação ou efetividade depende, fundamentalmente, de sua qualidade e do ambiente em que foi

¹⁷ GRECO FILHO. *Direito processual civil brasileiro*, p. 185.

¹⁸ *Apud* SILVA, *op. cit.*, p. 352.

¹⁹ “Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

²⁰ Conforme o CPC são espécies de prova: depoimento pessoal; confissão; documentos; exibição de coisas ou documentos; testemunhas; perícia e inspeção judicial.

²¹ MARINONI. *Manual do processo de conhecimento*, p. 286.

²² *Idem*.

concebida e elaborada, se permitido o contraditório ou não. Nos soa preconceituosa e imprópria a posição daqueles que, radicalmente, não aceitam a prova emprestada, apenas por ter sido produzida fora do juízo. Na medida em que a prova emprestada ingressa em juízo, torna-se passível de avaliação, no mínimo, sob o grau de um documento.

Quanto aos indícios e presunções, temos uma posição crítica a respeito de se tê-los como provas moralmente legítimas, categoria à parte das ditas provas legais. Com efeito, nos parece pertinente a colocação de Vicente Greco Filho, no sentido de que, “para que sejam admitidos, os meios de prova não podem estar contaminados pela imoralidade, que os torna ilegítimos. Tal condição vale não apenas para os meios de prova não previstos no Código, mas também para os meios expressamente disciplinados, os quais devem atender aos princípios da moralidade e lealdade”²³

Indício, a nosso ver, difere de prova. Sequer aceitamos a classificação como prova indiciária. Uma coisa é prova outra é indício. Este, isoladamente, não serve para fundamentar o convencimento de um juiz. Presunção, por sua vez, é algo distinto de prova. Significa uma concepção a respeito de determinado fato, por força de uma verdade pré-estabelecida.

Não obstante, registre-se a valiosa lição de José Carlos Pestana de Aguiar Silva, reconhecendo o caráter de prova atípica ou inominada aos indícios e presunções. Diz ele que a presunção é um meio lógico consistente na ilação tirada de um fato conhecido, para a prova de um fato desconhecido; já o indício é a circunstância conhecida que, tendo relação com o fato, em princípio autoriza, por indução, concluir-se pela existência de umas ou outras circunstâncias que deverão ser encontradas.²⁴

No que diz respeito à forma, algumas relações jurídicas necessitam de certa maneira de demonstração de suas existências. A regra tende a ser a da informalidade, mesmo no processo civil, em face do prestígio à verdade real, à boa-fé contratual e à vedação ao enriquecimento sem causa. Não obstante, algumas situações escapam a tal informalidade, mesmo no processo do trabalho, conhecido pela sua simplificação, como no exemplo do trabalho insalubre ou perigoso, que para ser provado requer laudo pericial.

²³ *Op. cit.*, p. 185.

²⁴ *Apud* MONTENEGRO FILHO. *Curso de direito processual civil*, p. 470.

8 Protecționismo processual

Há uma abordagem que se relaciona com o instituto da prova, embora nem sempre se vislumbrando facilmente tal nexu. O tema muito nos interessa.

Será que se pode falar em protecționismo processual? Haverá relaçaõ entre a prova judicial e a proteçaõ a uma das partes no processo?

Como se sabe, há grande resistẽncia em se admitir uma proteçaõ a qualquer das partes no âmbito processual, uma vez que, assim acontecendo, em princípio estar-se-ia violando a neutralidade do magistrado. Entretanto, o que se pode dizer de uma situaçaõ processual onde há uma visível e profunda diferença de capacidade probatõria entre as partes?

De há muito aprendemos que agir isonomicamente é tratar desigualmente os desiguais. Isso vem desde as relaçaões familiares e afetivas até as jurıdicas, sendo uma verdade incontestável. Logo, abre-se o campo para se defender a tese de que a denominaçaõ *prova possível* também pode ser relacionada com a capacidade probatõria das partes. Em linguagem vulgar pode se traduzir tal pensamento pela máxıma popular: *não se pode tirar leite de pedra*, pelo que se admite suficiente uma prova menos robusta quando é a única ao alcance de um processualmente hipossuficiente.

Se há uma grande disparidade de *força processual* entre as partes não enxergamos obstáculos consistentes a se impedir uma aquilataçaõ diferenciada da prova conforme a capacidade probatõria da parte. Tal conclusãõ, a nosso ver, pode ser traduzida por um particular sentido da expressãõ *possibilidade da prova*, o que não deixa de ser uma manifestaçaõ protecționista no âmbito do processo.

Uma postura protecționista na seara processual, aliás, se manifesta de forma expressa no Código de Defesa do Consumidor, quando se inverte o ônus da prova em face da hipossuficiẽncia do consumidor. No processo do trabalho, não é outra a lógica. Pela liçaõ de Couture, “o princípio fundamental do processo trabalhista é relativo ao fim a que se propõe, como procedimento lógico de corrigir as desigualdades criando outras desigualdades. O direito processual do trabalho é criado totalmente com o propósito de evitar que o litigante mais poderoso possa desviar e entorpecer os fins da Justiça”.²⁵ Para Galart Folch, “o processo do trabalho visa assegurar superioridade jurıdica ao empregado em face de sua inferioridade econômica”.²⁶

²⁵ Apud NASCIMENTO. *Curso de direito processual do trabalho*, p. 61.

²⁶ Apud MARTINS. *Direito processual do trabalho*, p. 73.

O que defendemos é que se deve levar em consideração eventual carência em matéria probatória, aceitando-se uma prova como suficiente, quando em princípio não se admitiria esta condição. Tal concepção, embora seja muito mais facilmente aceitável no processo do trabalho ou em lides envolvendo relações de consumo, deve se aplicar também no âmbito do processo civil, o que se relaciona tanto com a avaliação da prova como com a questão do ônus da prova, temas que serão tratados adiante.

Registre-se apenas que, se no processo penal há um protecionismo ao réu consubstanciado pela máxima *in dubio pro reo*; se no processo do trabalho a máxima é *in dubio pro operario (misero)*; se no CDC estabelece-se grande vantagem favorável ao consumidor; apresenta-se perfeitamente plausível a proteção genérica ao demandante com reduzida capacidade probatória, seja invertendo-se o *onus probandi* seja com a menor exigência a fim de se considerar um fato provado.

9 Licitude da prova

São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (CR, art. 5º, inc. LVI). Dentre os direitos fundamentais consagrados pela Constituição da República evidencia-se a proteção ao cidadão em face da imprestabilidade de eventual prova contra si obtida por meio ilícito.

A prova ilícita é também chamada de prova atípica, proibida, inconstitucional, abnorme, ilegal ou mesmo ilegítima.²⁷

Em verdade, prova ilícita é aquela obtida com infringência às normas ou princípios constitucionais, ou às leis, sua vedação decorrendo da necessidade de proteção às denominadas liberdades públicas e, especialmente, aos direitos de personalidade. A ilicitude ocorre no plano material.

A prova ilícita é aquela obtida com violação ao direito material, enquanto a prova ilegítima é a obtida em desacordo com a norma processual. Inverter-se a ordem das testemunhas, por exemplo, gera uma prova ilegítima; já a obtenção de documento mediante furto contamina uma pretensa prova, agora dita ilícita.

A expressa e contundente proibição à prova ilícita, colocada inclusive no plano constitucional e no capítulo dos direitos fundamentais, como dito funda-se na proteção às chamadas liberdades públicas. Tal proibição, como é cediço, ganha tal relevo a ponto de consagrar-se a chamada *teoria dos frutos da árvore envenenada*, pela qual não apenas a prova ilícita é desconsiderada como até mesmo outras provas dela decorrentes findam-se imprestáveis.

²⁷ Apud VALLE FILHO. *A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*, p. 42.

Entretanto, em alguns países já se admite a relativização de tal princípio proibitivo, a exemplo da Alemanha, onde se formulou a teoria da proporcionalidade, pela qual deve se verificar a relação custo x benefício entre a violação na obtenção da prova e a vantagem em sua utilização. Há de se avaliar o interesse preponderante.

Particularmente somos favoráveis à aceitação de provas obtidas até mesmo com violação ao direito material, mas desde que se evidencie a imprescindibilidade da prática e grande benefício em sua utilização. Em favor de tal tese, podemos elencar, dentre outros argumentos, a relatividade dos direitos e princípios contemplados na Constituição;²⁸ a necessidade de se prestigiar o substrato ético das relações jurídicas; a valorização da ética processual e do interesse público; os princípios da razoabilidade e da verdade real.

Mas o E. Supremo Tribunal Federal tem sido conservador, no sentido de não aceitar a validade de prova obtida ilicitamente, conforme comandado, de forma literal, pelo art. 5º, inc. LVI, da CR.

10 Dever de colaboração

Constitui dever das partes e de terceiros a colaboração para com a descoberta da verdade e, por consequência, em atender às determinações judiciais em atividade investigativa.

As partes devem comparecer; responder; submeter-se à inspeção judicial e praticar ato determinado (CPC, art. 340). Os terceiros devem informar circunstâncias e exibir coisa ou documento (CPC, art. 341).

O art. 14 do CPC, por sua vez, consagra diretamente o dever de lealdade, prevendo o instituto da litigância de má-fé, que impõe sanções àqueles que agem, no processo, de forma temerária. Recentemente, o nosso ordenamento recepcionou o instituto da *Contempt of Court*, oriundo do direito anglo-saxão, que sanciona com multa administrativa aquele que cria embaraços à jurisdição.

O fato é que, no campo da prova, o dever de colaboração impõe certas obrigações às partes, o que se coaduna com o essencial sentido de lealdade e boa-fé inerente à própria intervenção processual.

Assim, é dever de todos colaborar para com o descobrimento da verdade (CPC, art. 339). Se aquele que se escusa for parte sofrerá sanção processual; se for terceiro poderá sofrer até sanção penal.

²⁸ BOBBIO. *A era dos direitos, passim*.

11 A questão do ônus da prova

Nas primeiras linhas deste estudo afirmamos que se alegar e não se provar em princípio significa nada se alegar.²⁹ De tal sorte, há uma necessidade de se provar para se vencer a causa. Mas quando há alegações conflitantes, quem tem de provar o quê? Logo, surge a importância de se distribuir o encargo probatório. As regras de ônus da prova consistem, em tese, em critérios que permitem resolver a controvérsia quando não resulte provada a existência de fatos principais (Michelle Taruffo).

No Direito Romano, quando o magistrado não se convencera a respeito dos fatos, ele simplesmente declarava *non liquet*, retomando-se o processo perante outro julgador. No direito germânico medieval, a consequência era diversa e mais drástica, extinguindo-se o processo sem julgamento de mérito.

Todavia, nos sistemas jurídicos contemporâneos não se permitem tais soluções, pois significariam negativa de jurisdição. A necessidade que o sistema processual tem de regular minuciosamente o ônus da prova decorre, pois, de um princípio geral vigente no direito moderno, segundo o qual ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de julgar a causa (Rosenberg).³⁰ Logo, há de se ter um método que sirva de bússola quando se caracteriza a situação de não convencimento do julgador quanto aos fatos.

Ônus da prova, conceitualmente, “é a conduta que se espera da parte para que a verdade dos fatos alegados seja admitida pelo juiz e possa ele extrair daí as consequências jurídicas pertinentes ao caso”.³¹

Trata-se de ônus processual e não de obrigação, pois naquele há uma faculdade da parte em realizar o ato, enquanto nesta pode se impelir o sujeito a praticar certa atitude. O professor João Batista Lopes bem coloca a diferença: “No ônus há ideia de carga, e não de obrigação ou dever. Por outras palavras, a parte a quem a lei atribui um ônus tem interesse em nele se desincumbir, mas se não o fizer, nem por isso será automaticamente prejudicada, já que o juiz, ao julgar a demanda, levará em consideração todos os elementos dos autos, ainda que não alegados pelas partes (CPC, art. 131)”.³²

Por outro lado, as regras de distribuição do ônus da prova dirigem-se, em princípio, apenas ao juiz, por consistirem em regra de julgamento, mas em

²⁹ *Allegatio et non probatio quae non allegatio.*

³⁰ *Apud SILVA. Curso de processo civil*, p. 345.

³¹ Luiz Rodrigues Wambier *apud* BURNIER JÚNIOR. *Teoria geral da prova*, p. 103.

³² *Idem.*

verdade também se destinam às partes, orientando uma conduta processual em face da prova. Mas quais são as regras que regulam a questão do ônus da prova em nosso Direito?

Moacyr Amaral Santos sintetiza extraordinariamente a questão, ao dizer que “o ônus da prova é uma consequência do ônus de afirmar”.³³ De tal sorte, aquele que afirma um fato tem, em princípio, o ônus de comprová-lo.

No direito processual brasileiro, portanto, temos como regra matriz de *onus probandi* o direcionamento do *mister* àquele que alega. Com efeito, a norma contida no art. 333 do CPC é que cabe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito (inc. I), ao réu cabendo a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (inc. II). A CLT, na mesma direção, dispõe que prova das alegações incumbe à parte que a fizer (art. 818).

Assim, na ação de despejo por falta de pagamento, quando o autor alega a existência de uma relação de locação e o réu apresenta contestação apenas a negando, àquele cabe prová-la.

No processo do trabalho, alegado o trabalho extraordinário, com a simples negativa do reclamado, ao autor cabe demonstrar o labor em sobrejornada. Já quando a empresa admite a prestação de horas extras mas diz que as remunerou, atrai para si o ônus da prova, pois alegou fato extintivo do direito do autor.

Poucos alcançam o porquê da divisão do art. 333 em dois incisos, mas nos parece fácil e lógica a explicação.

Ora, se o autor alega um fato constitutivo de seu direito e o réu, em seguida, opõe um fato impeditivo ou extintivo, tornou-se incontroverso o primeiro fato alegado, logo se tornando despicienda a realização de prova. No segundo exemplo dado, as horas extras trabalhadas tornaram-se incontroversas, dispensando-se a realização de prova sobre as mesmas.

No tocante à relação entre o art. 333 do CPC e o art. 818 da CLT, temos que os dois dispositivos contêm um mesmo sentido, apenas com redações diferentes.

O art. 818 é mais sintético, dispondo que aquele que alega é que tem que provar, seguindo a tradição do direito romano. Mas não se diferencia do conteúdo material do art. 333 do CPC, que repete, nos incisos I e II, que quem alega tem de provar. Apenas situa a hipótese de afirmações recíprocas, quando somente o réu conserva seu ônus, pois a assertiva do autor restou incontroversa.

Reiterem-se os exemplos dados, para uma melhor fixação.

³³ *Apud* SILVA, *op. cit.*, mesma página.

Na ação de despejo, admitida a relação locatícia, cabe ao réu provar que pagou os alugueres. Já se tivesse havido apenas a negativa da relação de locação, esta teria o autor de provar. Já na ação trabalhista, se diz o empregador que o empregado não fez horas extras, tem este que prová-las. Mas se o empregador, demandado no processo, admite que o empregado fez horas extras, mas que foram elas devidamente pagas, atrai para si o ônus de provar tal pagamento.

12 Ônus dinâmico da prova

O professor Ovídio Baptista da Silva bem define o problema de termos, em princípio, uma regra estática quanto à carga probatória, cabendo sempre a quem alega provar o fato. O rígido princípio romano sobre ônus da prova, sem levar em consideração a maior ou menor verossimilhança dos fatos alegados, mantém um grave e profundo compromisso com a estrutura e os princípios formadores do procedimento ordinário. Ao contrário, no direito inglês dá-se notável relevo às provas *prima facie*, liberando o autor do *onus probandi*.³⁴

Na verdade, temos uma cultura processual arraigada na ideia de que ao autor incumbe provar as suas alegações, ressalvada a oposição de fato impeditivo, modificativo ou extintivo de seu direito.

Ocorre que muitas vezes um senso mais acurado de justiça nos conduz à ideia da necessidade de um ônus dinâmico da prova, ou seja, invertendo-se o mesmo em desfavor do demandado.

Em tal sentido o Código de Defesa do Consumidor estabelece, em seu art. 6º, inc. VIII, que “é direito básico do consumidor 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 experiência”.

Há de se reconhecer o quanto avançado é o CDC, pois baseia a inversão, sempre favorável ao consumidor, em decisão *a critério do juiz*, portanto estabelecendo uma forte carga subjetiva relacionada ao poder processual do magistrado. Ademais, funda a inversão na verossimilhança da alegação e no conceito de hipossuficiência, ambos comportando certa dose de abstração, mormente reconhecendo a doutrina que a fragilidade dita é a de caráter jurídico e não econômico.³⁵

No processo do trabalho, em especial a jurisprudência tem aceitado algumas inversões na regra tradicional de distribuição do ônus da prova. A presunção da

³⁴ *Op. cit.*, p. 345-346.

³⁵ Para Voltaire, tudo que é apenas verossímil é falso.

continuidade da relação de emprego, *exempli gratia*, faz com que o empregador é que tenha de provar o término do contrato de trabalho. Por igual, quando o empregador tem a obrigação legal de estabelecer controle e anotação do horário de trabalho,³⁶ mas assim não o faz, também se inverte o ônus da prova.

Mas o que nos parece mais lógico é que possa o magistrado ter ampla liberdade para inverter a regra central de *onus probandi*, tomando em conta não somente as evidências como principalmente considerando a capacidade probatória das partes, e isso tanto no processo do trabalho como mesmo no processo civil, quanto este até como categoricamente coloca o art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

No mais, é bom lembrar-se que o parágrafo único do artigo 333 do CPC prevê a hipótese de convenção sobre *onus probandi*, o que legitima eventual inversão. Apenas se ressalva, no texto legal, a proibição quanto a direitos indisponíveis, ou quando a convenção tornar excessivamente difícil à parte atender ao ônus respectivo. No processo do trabalho entendemos aplicável a inversão via convenção apenas quando se favorece o empregado, pois do contrário a maior força do empregador poderá gerar uma coação na oportunidade da admissão.

13 Poder instrutório do juiz

Diz, o art. 130 do CPC, que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

O art. 765 da CLT, por sua vez, prevê que “os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”. No mesmo sentido o art. 852-D, também da CLT, ao dispor que “o juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerando o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar e excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”.

Como se vê, o nosso ordenamento processual é categórico, ao estabelecer o modelo do juiz diretor ou instrutor, em detrimento da categoria de mero espectador do processo.

Não obstante, alguns óbices têm se erguido em contrariedade ao poder instrutório do magistrado, segundo uma visão clássica do processo civil, aqui

³⁶ Empregador com mais de 10 empregados (CLT, art. 74, §2º).

entendido como um campo duelístico de índole privada. Se o direito material disputado tem natureza privada, em se tratando de direitos disponíveis o juiz deve apenas assistir à atividade probatória das partes. Dentre outros argumentos consubstanciando a tese da vedação ao poder instrutório *ex officio* do magistrado, arrolam-se o princípio dispositivo³⁷ e o da igualdade de tratamento, interligado à garantia da imparcialidade do juiz. Nesse diapasão colocam-se as regras de ônus da prova, demonstrando que cabe às partes provar os fatos.

Ocorre que essa visão privada do processo civil ou trabalhista não se coaduna com uma perspectiva moderna do processo judicial. Este, embora nasça por iniciativa das partes, há de se desenvolver por impulso oficial (CPC, art. 262), pois ao Estado interessa que se distribua verdadeira justiça, que seria aquela no plano material.

No CPC encontramos, à saciedade, dispositivos que preveem, expressamente, a faculdade³⁸ do juiz realizar provas *ex officio*. Ocorre na inquirição de testemunha referida; realização de perícia ou de inspeção judicial; tomada de depoimento pessoal; requisição de documentos.

Em relação à existência de regras de distribuição de *onus probandi*, devemos seguir a doutrina alemã, para quem as mesmas consistem em regras de julgamento.³⁹ Como bem coloca José Roberto Bedaque, “as regras do art. 333 devem ser seguidas pelo juiz quando do julgamento. Antes disso, tanto ele quanto as partes, ou, muito mais ele do que as partes, tem interesse na correta demonstração dos fatos”.⁴⁰

Outrossim, são diversos os fundamentos em favor de um amplo poder instrutório detido pelo magistrado.

O primeiro, como já colocado, é a natureza pública do processo (CPC, art. 262). O segundo consiste na necessidade de preservação da substancialidade da relação jurídica, reconhecendo-se o caráter meramente instrumental do processo. O terceiro decorre da ideia de que o acesso à Justiça somente se dá com a efetivação de ordem jurídica justa, compatível com a realidade fática. O quarto vem

³⁷ Na doutrina de Chiovenda, “a teoria do ônus da prova relaciona-se estreitamente com a conservação do princípio dispositivo no processo, pelo que respeita às partes a verificação dos fatos” (*Instituições de direito processual civil*, p. 520).

³⁸ A realização de provas *ex officio* consiste em um dever ou em uma mera faculdade do magistrado? Nos parece que a melhor leitura do art. 130 do CPC (“caberá ao juiz...”) permite a conclusão pela caracterização de um dever ou, no mínimo, um poder-dever do juiz.

³⁹ Em contrário pensa Chiovenda, para quem, num sistema que admitisse a pesquisa de ofício da veracidade dos fatos, não teria sentido a repartição do ônus da prova (*op. cit., passim*).

⁴⁰ *Apud* DUARTE. *Poderes do juiz do trabalho: direção e protecionismo processual*, p. 63.

da prevalência da chamada verdade real sobre a verdade formal ou processual. Por derradeiro, não esqueçamos a lição de Mauro Capelletti, para quem não há nenhum sistema puramente inquisitivo nem puramente dispositivo.

14 Valoração da prova

Valorar não é avaliar. Valorar é ver a coisa sob o prisma de valor. Quando se compra um quadro não se valora, mas se avalia. Em tal caso, compara-se um objeto com outros. Valorar, ao contrário, pode ser a mera contemplação de algo, sem cotejos ou confrontos, em sua singularidade sob um prisma de valor. O crítico de arte valora um quadro ou uma estátua, porque os compreende sob um prisma valorativo, em seu sentido ou significado (Miguel Reale).

Não obstante, a doutrina tem usado indistintamente os dois termos, hora falando em avaliação hora falando em valoração da prova judicial. Neste estudo, utilizaremos preferencialmente o termo *sistemas de valoração da prova*,⁴¹ embora reconheçamos uma maior prudência no uso do termo *critérios*, em face de sua menor amplitude.

Com efeito, são três os sistemas no que respeita à valoração da prova: o da prova legal, o do livre convencimento e o da persuasão racional (livre convencimento motivado).

No sistema da prova legal, cada prova tem uma tarifa estabelecida na lei, pelo que também se denomina de critério da prova tarifada. Cada prova tem seu peso e seu valor. Era esse o sistema do direito romano primitivo, com a prevalência dos juramentos, dos duelos, dos juízos divinos e das ordálias. Tal sistema fundamenta-se na supremacia do formalismo sobre o ideal de uma verdadeira justiça. No direito canônico, por exemplo, fala-se em prova plena, meia prova, começo de prova, etc.

Pelo sistema da prova legal ou tarifada, o juiz torna-se um órgão passivo, cuja única função em matéria probatória resume-se em constatar a ocorrência da prova e reconhecê-la como produzida, sem que lhe seja possível avaliá-la segundo critérios racionais capazes de formarem seu convencimento.⁴²

Já no sistema da livre apreciação ou da convicção íntima, tem o juiz ampla liberdade para decidir, convencendo-se da verdade dos fatos segundo critérios

⁴¹ Sentis Melendo e Eduardo Couture, dentre outros, preferem falar em sistema de valoração da prova, e não em critério, como prefere Moacyr Amaral Santos (*apud* BURNIER JÚNIOR. *Teoria geral da prova*, p. 237-238). Ovídio Baptista da Silva prefere chamar de sistemas de avaliação da prova.

⁴² SILVA. *Curso de processo civil*, p. 349.

de valoração íntima, independentemente do que consta dos autos ou de uma fundamentação de seu convencimento. Decide por convicção íntima ou livre apreciação pura o Tribunal do Júri, no processo penal.⁴³ Nos Códigos Germânicos da Idade Média prevalecia o sistema da livre convicção, caracterizado pela ausência de contraditório, admissibilidade de prova extra-autos e possibilidade de decisão contrária às provas dos autos.

Segundo esse sistema, não há qualquer limitação quanto aos meios de prova, nem restrições especiais quanto à origem ou qualidade dela. O que mais incisivamente define o sistema, contudo, é sua oposição ao sistema da prova legal.⁴⁴

De tal sorte, posteriormente surgiu um sistema intermediário, entre o da prova tarifada e o da livre convicção. Tal sistema, embora dando liberdade ao julgador na apreciação e valoração das provas, não sujeita o jurisdicionado à livre convicção *pura* do magistrado, certamente cuidando para evitar a prática de arbitrariedades judiciais. Assim, modernamente consagra-se o sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional, consistente em uma operação lógica, com base nos elementos de convicção existentes no processo.

Como bem define o professor Ovídio Baptista, o sistema da persuasão racional aproveita os elementos de ambos os sistemas precedentes, impondo ao juiz a observância de regras lógicas e das chamadas máximas de experiência comum, culminando com a necessidade de fundamentação de suas decisões.⁴⁵

15 Persuasão racional

O sistema da persuasão racional, também chamado de livre convencimento motivado,⁴⁶ como dito é um sistema intermediário entre os sistemas da prova tarifada e o da livre convicção. Estes apresentam mazelas indiscutíveis, abrindo o campo para decisões injustas, seja pelo formalismo em excesso, seja pela arbitrariedade ou mesmo pela má compreensão dos fatos pelo julgador.

No sistema da prova tarifada estabelece-se, *a priori*, um valor para cada prova, assim como se limitam os meios para se provar cada espécie de fato. Não se permite uma investigação probatória mais ampla, coerente com a primazia

⁴³ GRECO FILHO. *Direito processual civil brasileiro*, p. 199.

⁴⁴ BAPTISTA, *op. cit.*, p. 350.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Alguns doutrinadores entendem que há diferença entre as duas nomenclaturas. A nosso ver, tal distinção demonstra-se, no fundo, cerebrina. Preferimos o termo persuasão racional pelo aspecto limitativo da expressão livre convencimento motivado, onde se enfatiza um dos aspectos fundamentais do sistema.

da verdade real. Ademais, tarifar cada prova certamente conflitará, em algum momento, com a dinâmica dos fatos e de suas circunstâncias.

Já no sistema da livre convicção, embora se prestigiando a boa-fé e a capacidade do julgador, na medida em que se lhe dá grande liberdade para decidir, a ausência de critérios no mínimo aumentará a possibilidade de arbitrariedade judicial.

Assim é que os sistemas processuais modernos optaram pelo sistema do livre convencimento motivado, também denominado de sistema da persuasão racional, ou seja; o julgador tem liberdade para decidir quanto aos fatos, porém guiando-se por alguns critérios pré-estabelecidos. Por tal critério o juiz não está adstrito, sequer, a considerar verdadeiros os fatos sobre cujas proposições estão de acordo as partes (Pontes de Miranda).

No direito processual brasileiro, obviamente, consagrou-se o sistema da persuasão racional, consoante o art. 131 do CPC: “O juiz apreciará os fatos segundo as regras de livre convencimento, mas deverá atender aos fatos e circunstâncias constantes dos autos e, ainda, indicar na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Complementando o dispositivo supra, estabelece o art. 335, também do CPC, ambos de aplicação subsidiária ao processo do trabalho: “Em falta de normas jurídicas particulares o juiz aplicará as regras de experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece”.

Como se vê, embora o juiz tenha inegável liberdade para decidir a lide, o ordenamento jurídico estabelece alguns elementos de limitação à liberdade do julgador.

Em primeiro lugar, o magistrado deve estar adstrito às alegações das partes, seguindo o princípio dispositivo ou da demanda. Quer dizer que o juiz deve fundar sua decisão aos limites da *litiscontestatio*, estabelecidos pela inicial e pela defesa.

Segundo, o juiz deve usar, como fundamento fático de sua decisão, apenas aquilo que está nos autos, pois *quod non est in actis non est in mundo* (“o que não está nos autos não está no mundo”).

Terceiro, a teor do art. 335 do CPC, na falta de normas jurídicas particulares, o juiz deve aplicar as regras de experiência comum, o que se refere à avaliação e valoração das provas produzidas em juízo.

Por fim, toda e qualquer decisão judicial, mesmo as interlocutórias, deve ser devidamente fundamentada, a teor do art. 93 da Constituição da República. Tal princípio jurídico-processual decorre da necessidade de uma maior segurança jurídica, inclusive possibilitando o reexame das decisões pelas instâncias revisoras.

Creemos que este último critério é a mais efetiva *cláusula assecuratória* de uma decisão justa.

16 Regras de investigação do valor da prova

Em termos de escala de valor de provas a regra é não haver regra nem escala. Uma prova documental não necessariamente terá valor probatório mais elevado que a testemunhal; a perícia nem sempre prevalece frente a uma inspeção judicial; e por aí se vai.

A única exceção que se abre diz respeito à confissão, pois esta resta prestigiada pelo contido no art. 334, II, do CPC, dispondo que o fato confessado independe de prova.

Contudo, apesar de não existir um tarifamento quanto às diversas espécies de prova judicial, algumas regras e circunstâncias estabelecem um balizamento que impõe uma certa valoração.

O Código de Processo Civil, *v.g.*, impõe a forma escrita para a prova de contratos cujo valor exceda ao décuplo do salário mínimo (art. 401); não se admite outra forma quando a lei exige como substância do ato o instrumento público (art. 366), etc. No processo do trabalho, conforme a CLT, o trabalho insalubre ou perigoso somente se demonstra pela via de prova pericial, nem que seja pré-existente (art. 195); o pedido de demissão de empregado com mais de um ano de tempo de serviço deve estar homologado pelo sindicato profissional ou pela Delegacia Regional do Trabalho (art. 477, § 1º); a prova do pagamento de salário é o recibo (art. 464).

Todavia, as regras de imposição de provas específicas têm sido aplicadas de forma flexível, em face do entendimento, cada vez mais pujante, da vantagem da prevalência da verdade real, de modo a que o formalismo estabelecido pela lei seja superado pelo ideal de uma *verdadeira justiça*.

Por outro lado, embora não se possa falar em tarifamento de prova — ressaltada a peculiaridade da confissão, uma certa razoabilidade nos faz criar uma espécie de tabela apriorística, a partir da própria natureza das provas e as circunstâncias de sua produção.

A confissão, sem dúvida, é a prova mais convincente, a teor do art. 334, II, do CPC, por isso mesmo chamada de *rainha das provas*. Depois teríamos a inspeção judicial, pois esta decorre da percepção sensorial direta do magistrado. Em seguida aparece a prova pericial, pois fundada em um conhecimento técnico específico e elaborada por um terceiro imparcial, este funcionando como auxiliar da Justiça. Os documentos seguem em credibilidade, sucedendo-se pela prova

testemunhal, aqui se verificando certa fragilidade decorrente da indicação pelas partes.⁴⁷ A prova emprestada, por sua vez, sofre a crítica de não ter sido realizada sob a imediação do juiz daquele processo. Por último posiciona-se o depoimento pessoal, quanto a este, sem dúvida, não havendo maior grau de convencimento se ratificando os termos da inicial ou da defesa.

Tudo o construído no parágrafo supra, ressalve-se mais uma vez, é algo apriorístico, pois não há, em verdade, uma prova mais importante que a outra. Uma prova emprestada pode superar uma confissão; uma perícia pode ser suplantada por uma informação fornecida por uma testemunha. No processo trabalhista, por exemplo, tradicionalmente as testemunhas recebem especial valor, em face do princípio da primazia da realidade.

Há de se tomar em consideração as circunstâncias em que as provas são produzidas, relacionadas ao fato em demonstração. Uma declaração de testemunha trazida a juízo pelo autor, favorecendo o réu, tem um peso bem diferente em relação à informação beneficiando o próprio demandante. Uma testemunha inquirida *ex officio* pelo magistrado, por ter sido referida no processo, em princípio tem um peculiar grau de convencimento. E por aí se vai, sempre sob o norte da neutralidade e da razoabilidade.

Conclusões

1 A prova judicial é, pelo ângulo subjetivo, a demonstração, em juízo, da existência ou da inexistência de algo; pela dimensão objetiva é meio pelo qual se comprova a veracidade ou a não veracidade de uma afirmação.

2 Podem ser objeto de prova, ordinariamente, os fatos controvertidos, por exceção exigindo-se a prova do direito (CPC, art. 337).

3 A prova tem que ser necessária, não se comportando a prova excessiva, assim como os fatos a serem demonstrados devem ser, além de controvertidos, pertinentes à controvérsia.

4 Quanto ao objeto, a prova pode ser direta (testemunhas, documentos, perícia, etc.) ou indireta (indícios e presunções); quanto ao sujeito, pode ser pessoal (depoimento) ou real (documento); e quanto à forma pode ser testemunhal, documental ou material.

5 Conforme o art. 334 do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, independem de prova os fatos notórios (I); os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária (II); os admitidos no processo como

⁴⁷ É antigo o apelido dado à prova testemunhal: *prostituta das provas*.

incontroversos (III); aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade (IV). Tal dispositivo, porém, deve ser interpretado de forma a não impedir a realização de provas em busca da verdade real dos fatos, conforme o magistrado entender assim necessário.

6 São princípios informadores da prova judicial: necessidade, ampla defesa, contraditório, unidade; oralidade, igualdade, imediação, proibição da prova ilícita, lealdade e legalidade.

7 Somente há verdadeiro acesso à Justiça enquanto se garante às partes o direito de realizar provas, com o inerente contraditório pela parte adversa.

8 Os meios de prova são os instrumentos pessoais ou materiais trazidos ao processo para revelar ao juiz a verdade de um fato. Meios de prova são, por outros termos, as coisas corpóreas que devem proporcionar ao juiz a percepção dos fatos.

9 Apesar do pensamento (de alguns) de que somente pode se falar em protecionismo no plano do material, entendemos que o juiz há de levar em consideração a carência em matéria probatória, eventualmente ‘protegendo’ o hipossuficiente na relação processual. Especificamente, na esfera laboral, “o princípio fundamental do processo trabalhista é relativo ao fim a que se propõe, como procedimento lógico de corrigir as desigualdades criando outras desigualdades. O direito processual do trabalho é criado totalmente com o propósito de evitar que o litigante mais poderoso possa desviar e entorpecer os fins da Justiça” (Couture).

10 A teor da CF, art. 5º, inc. LVI, “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Não obstante formulou-se a teoria da proporcionalidade, pela qual o magistrado deve aquilatar se o prejuízo da violação supera o benefício da elucidação do fato controvertido.

11 Constitui dever das partes e de terceiros a colaboração para com a descoberta da verdade e, por consequência, em atender às determinações judiciais em atividade investigativa.

12 Ônus da prova “é a conduta que se espera da parte para que a verdade dos fatos alegados seja admitida pelo juiz e possa ele extrair daí as consequências jurídicas pertinentes ao caso” (Luiz Rodrigues Wambier). Trata-se de ônus processual e não de obrigação, pois naquele há uma faculdade da parte em realizar o ato, enquanto nesta pode se impelir o sujeito a praticar certa atitude. Tanto no CPC (art. 333) como na CLT (art. 818) cabe o *onus probandi* a quem alega, todavia no digesto processual civil explicitando-se que cabe ao réu provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (inc. II), o que decorre lógico, pois

em tais circunstâncias o fato alegado queda-se incontroverso. Eventualmente o juiz pode inverter o ônus da prova, em prol do hipossuficiente, regra expressa no CDC.

13 “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (CPC, art. 130). No mesmo sentido estabelece o art. 765 da CLT que “os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”. O nosso ordenamento processual, portanto, estabelece o modelo do juiz diretor (instrutor), em detrimento da postura de mero espectador do processo.

14 No sistema processual brasileiro consagra-se o sistema da persuasão racional, pois, conforme o art. 131 do CPC, “O juiz apreciará os fatos segundo as regras de livre convencimento, mas deverá atender aos fatos e circunstâncias constantes dos autos e, ainda, indicar na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento”. Tal sistema também é chamado de livre convencimento motivado.

Judicial Proof – General Theory

Abstract: The forensic evidence is what can be called the heart of the process. The proof is addressing facts and only exceptionally to the right (state or municipal). The burden of proof is on the party claims the fact unless the defendant pointing impeding fact, amendment or extinguishing the rights of the author, drawing the load, as in the case of incorporation the fact remains undisputed. The evidence admitted in the case are set out in CPC, admitting even the morally legitimate, pointing to the doctrine lent evidence, indicia, and presumptions. The race, to be admitted, there needed to be, investigated the facts should hold relevance to the controversy. The judge, in assessing the evidence, to consider the ability of the evidential, so talking on procedural protectionism. As director of proceedings, under the CPC and the CLT, the judge has the power to determine evidence of craft, in search of the real truth, always under the eyes of equality and contradictory. The judge must assess the evidence according to its free conviction, however justifying their reasons, which leads to the system of rational persuasion.

Key words: Court evidence. Object. Code of Civil Procedure. CLT. Evidence. Principle. Burden. Power instructive. Judge. Valuation.

Referências

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BURNIER JÚNIOR, João Penido. *Teoria geral da prova*. São Paulo: Edicamp, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil: parte geral: o conceito jurídico de prova*. Tradução e notas de Amilcare Carletti. Campinas: Leud, 2002.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943. v. 2.
- DUARTE, Bento Herculano. *Poderes do juiz do trabalho: direção e protecionismo processual*. São Paulo: LTr, 1999.
- FLAMARION DEI MALATESTA, Nicola. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Buenos Aires: Lavalley, 1945.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2005.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- NERY JR., Nelson. *Os princípios de processo civil na Constituição da República*. São Paulo: Revista dos Tribunais, [1997].
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, [1996].
- VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. *A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DUARTE, Bento Herculano. Prova judicial: teoria geral. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 11-39, jul./ago. 2013.
