

A PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

**OS DIVERSOS MEIOS DE PROVA
ADMITIDOS NO PROCESSO
DO TRABALHO**

1ª edição — 1983
2ª edição — 1984
3ª edição — 1985
4ª edição — 1988
5ª edição — 1989
6ª edição — 1994
7ª edição — 1997
8ª edição — 2003
9ª edição — 2010
10ª edição — 2014
11ª edição — 2017
12ª edição — 2022

MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO

A PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO



**OS DIVERSOS MEIOS DE
PROVA ADMITIDOS NO
PROCESSO DO TRABALHO**

12ª EDIÇÃO

LTR®



LTr Editora Ltda.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-003
São Paulo, SP — Brasil
Fone: (11) 2167-1101
www.ltr.com.br
Setembro, 2022

Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica: Peter Fritz Strotbek – The Best Page
Projeto de Capa: Danilo Rebello
Impressão: Log & Print

Versão impressa: LTr 6376.5 — ISBN 978-65-5883-168-6
Versão digital: LTr 9861.3 — ISBN 978-65-5883-169-3

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Teixeira Filho, Manoel Antonio
A prova no processo do trabalho [livro eletrônico] / Manoel Antonio
Teixeira Filho. — 12. ed. — São Paulo : LTr, 2022.
PDF

Bibliografia.
ISBN 978-65-5883-169-3

1. Direito processual do trabalho 2. Direito processual do trabalho —
Brasil 3. Prova (Direito) 4. Prova (Direito) — Brasil I. Título.

22-117669

CDU-347.941:331 (81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Prova : Direito processual do trabalho
347.941:331 (81)
2. Prova : Direito processual do trabalho
347.941:331 (81)

Cibele Maria Dias – Bibliotecária – CRB-8/9427

*À minha esposa,
Rosangela,
e aos nossos filhos,
Manuel Neto e João Luís.*

Índice Sistemático da Matéria

Prefácio.....	17
Preâmbulo à 11. ^a Edição.....	21
Preâmbulo à 10. ^a Edição.....	23
Preâmbulo à 9. ^a Edição.....	25
Preâmbulo.....	24

Primeira Parte — Generalidades

Capítulo I — Natureza Jurídica do Instituto	31
Comentário.....	31
Capítulo II — Conceito de Prova Judiciária.....	34
Comentário.....	34
Capítulo III — Verdade Real e Verdade Formal.....	38
Comentário.....	38
Capítulo IV — Objeto da Prova.....	42
Os fatos. Conceito processual	42
Fatos controvertidos, relevantes, determinados e pertinentes	43
Fatos que independem de prova.....	46
Fatos notórios.....	46
Fatos confessados.....	48
Fatos incontroversos	49
Fatos que a lei presume existentes ou verdadeiros.....	50
Fatos que são do conhecimento pessoal do juiz.....	51
Prova do direito invocado	54
Direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário	55
Acordos e convenções coletivas.....	56

Regulamentos de empresa	58
Tratados e convenções internacionais	59
Capítulo V — Finalidade da Prova	60
Comentário	60
Capítulo VI — Princípios Reitores da Prova	62
Necessidade da prova	62
Unidade (ou comunhão) da prova	63
Lealdade ou probidade da prova	64
Contradição	65
Igualdade de oportunidades	65
Legalidade	67
Imediação	67
Obrigatoriedade da prova	68
Capítulo VII — Momento e Lugar de Produção da Prova	70
Prova documental	70
Prova testemunhal	72
Prova pericial	73
Inspeção judicial	74
O problema de prova pré-constituída	74
A produção de provas no procedimento sumariíssimo	75
Capítulo VIII — Classificação das Provas	78
Classificação de Malatesta	78
a) quanto ao objeto	78
b) quanto ao sujeito	79
c) quanto à forma	79
As classificações de Devis Echandía, Carnelutti, Bentham e Bonnier	79
Capítulo IX — Meios de Prova	83
Os meios especificados no CPC	83
Os meios moralmente legítimos	85
A prova emprestada	85
a) produzida entre as mesmas partes	87
b) entre uma das partes e terceiro	89
c) entre terceiros	90
d) produzida no juízo criminal	90

Máximas de experiência	92
Máximas de experiência e fato notório.....	93
Máximas de experiência e indícios.....	93
Máximas de experiência e prova <i>prima facie</i>	94
Máximas de experiência e usos e costumes.....	94
Máximas de experiência e processo do trabalho.....	95
Capítulo X — Ônus da Prova	97
Sinopse histórica	97
A moderna concepção doutrinária	99
Ônus e obrigação	101
Ônus e dever.....	102
Ônus objetivo e ônus subjetivo.....	102
A distribuição da carga da prova no processo civil.....	103
O problema do ônus da prova no processo do trabalho	104
Convenção sobre o ônus da prova	111
A prova do fato negativo	114
Capítulo XI — Procedimento Probatório.....	116
A proposição	116
O deferimento	117
A produção	119
A iniciativa do Juiz do Trabalho quanto à produção de provas: princípios dispositivo e inquisitivo	120
O processo do trabalho em face de ambos os princípios	122
Capítulo XII — Valoração da Prova	124
Sistemas.....	124
a) da prova legal.....	124
b) da livre convicção	126
c) da persuasão racional	126
O princípio <i>in dubio pro misero</i> e a apreciação da prova.....	127
Considerações finais: as indagações de Eduardo Couture e de Sentis Melendo.....	129
Capítulo XIII — Revelia e Produção de Provas.....	131
Comentário.....	131
a) Quando pretender elidir a revelia, perante o Tribunal.....	134
b) Quando se tratar de exame pericial obrigatório.....	135

c) Quando se tratar de liquidação mediante artigos	136
d) Na execução	137
Capítulo XIV — Produção Antecipada de Provas	138
Nota introdutória.....	138
Origem. O direito estrangeiro.....	140
Medidas preventivas e preparatórias	141
O procedimento da produção antecipada de provas.....	143
Cabimento da produção antecipada de provas	144
Valoração da prova produzida antecipadamente.....	149
O procedimento judicial	149
1. Petição inicial.....	149
1.1. Juízo a que é dirigida (I)	153
1.2. Nomes, prenomes, estado civil, existência de união estável, profissão, número de inscrição no CPF ou no CNPJ, domicílio e residência do autor e do réu (II)	154
1.3. O fato e os fundamentos jurídicos do pedido (III)	155
1.4. O pedido e suas especificações (IV)	158
1.5. Valor da causa (V).....	159
1.6. As provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados (VI)	164
1.7. A opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação (VII).....	165
2. Citação dos interessados	165
A atuação do oficial de justiça.....	180
3. Ausência de pronunciamento do juiz sobre o fato (CPC, art. 382, § 2.º).....	185
4. Cumulação de provas (CPC, art. 382, § 3.º).....	185
5. Ausência de defesa ou de recurso (CPC, art. 382, § 4.º)	185
6. Os autos do procedimento.....	186
Capítulo XV — Produção de Provas em Ação Rescisória	187
Capítulo XVI — Prova e Cognição.....	192
Comentário.....	192
Resumo.....	196

Segunda Parte — Deontologia Processual

Capítulo Único — Dos Deveres Processuais das Partes e de Terceiros	201
Deveres das partes	202
a) Expor os fatos conforme a verdade.....	202

b) Não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento	208
c) Não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito	208
d) Cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação	209
e) Declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva	209
f) Não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso	210
Inovação do estado de fato	210
Illegalidade do ato inovador	210
g) Dever de praticar ato que lhe for determinado	211
h) Outros deveres	211
Deveres de terceiros.....	212
a) Dever de informar ao juiz	212
b) Dever de exhibir documento ou coisa	212

Terceira Parte — Meios de Prova, em Espécie

Capítulo I — Interrogatório das Partes.....	217
Interrogatório e depoimento.....	217
Interrogatório.....	217
Depoimento.....	217
Distinção entre ambos	218
A matéria na CLT	219
Quem deve ser interrogado.....	221
Interrogatório do menor de dezoito anos	225
Interrogatório mediante intérprete.....	226
A proibição de desconto no salário	227
Técnica do interrogatório.....	228
a) A ordem do interrogatório. A inversão	228
b) Proibição de a parte que ainda não depôs ouvir o interrogatório da outra	230
c) Perguntas. Reperguntas. Indeferimento	232
Recusa de depor	235
Fatos sobre os quais a parte não é obrigada a depor.....	237
a) Fatos criminosos ou torpes.....	237
b) Manutenção de sigilo	238

c) Sobre os quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível.....	239
d) Que coloquem em perigo a vida do depoente ou das pessoas mencionadas na letra “c” retro	239
O interrogatório nas ações de rito sumário sui generis.....	239
O interrogatório no procedimento sumariíssimo.....	240
Capítulo II — Confissão	242
Conceito.....	242
Confissão não é pena.....	243
Elementos da confissão.....	244
a) Elemento objetivo.....	244
b) Elemento subjetivo.....	245
c) Elemento intencional	245
Espécies de confissão.....	245
a) Judicial.....	245
b) Extrajudicial	246
O problema da ficta confessio no processo do trabalho.....	247
Quem pode confessar.....	254
Efeitos da confissão.....	255
O princípio legal da indivisibilidade da confissão.....	256
Revogação da confissão.....	257
a) Erro.....	257
b) Dolo.....	258
c) Coação.....	258
Capítulo III — Prova Documental	261
Conceito. Conteúdo	261
Classificação.....	262
1. quanto ao seu autor, sua origem ou procedência	262
2. quanto ao meio, à maneira ou ao material usado na sua formação	263
3. quanto ao seu conteúdo	263
4. quanto à sua finalidade	263
5. quanto à forma	263
6. quanto à forma em si	263
Formação e eficácia dos documentos públicos.....	264
Documento feito por oficial público incompetente.....	264
Documentos não originais: eficácia	264
Declarações constantes em documento particular.....	268

Autenticidade de documento particular.....	268
A data do documento particular.....	269
O autor do documento particular	270
As cartas e os demais registros domésticos.....	270
A nota escrita pelo credor em parte do documento	271
Telegrama, radiograma e outros meios de transmissão	272
O <i>e-mail</i> impresso como meio de prova judicial.....	272
Os livros comerciais e a escrituração contábil.....	276
Exibição de livros comerciais e de documentos do arquivo	276
As reproduções mecânicas	277
Cópias de documentos particulares	278
Documento contendo entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento	278
Cessação da fé quanto ao documento público ou particular.....	279
Cessação da fé quanto ao documento particular.....	280
O ônus da prova a respeito dos documentos	281
Requisição de documentos.....	281
Da exibição de documento ou coisa.....	282
Da arguição de falsidade documental	285
Documentos eletrônicos.....	288
Documentos típicos das relações trabalhistas.....	288
a) Carteira de Trabalho e Previdência Social — CTPS	288
b) Recibos de quitação.....	289
Desentranhamento de documentos	292
Capítulo IV — Prova Testemunhal.....	293
Considerações introdutórias.....	293
Conceito de testemunha	294
O problema da inverdade das declarações.....	296
Espécies de testemunhas.....	297
A obrigação de testemunhar	299
Pessoas que não podem depor como testemunha.....	300
a) Incapazes.....	300
b) Impedidas	302
c) Suspeitas.....	305
Inquirição de pessoas impedidas ou suspeitas.....	311
Fatos sobre os quais a testemunha não é obrigada a depor	312
a) Graves danos	312
b) Manutenção de sigilo	313

Obrigações e direitos da testemunha	314
A produção da prova testemunhal no processo do trabalho	315
O funcionário da Vara arrolado como testemunha	320
Admissibilidade e inadmissibilidade da prova testemunhal	321
Inquirição antecipada	322
A inquirição mediante carta precatória	322
Limite legal do número de testemunhas. Ações individuais e plurais. A testemunha referida. A testemunha única	324
A técnica da inquirição. A ordem de inquirição e a separação das testemunhas	326
A qualificação. A contradita	327
O compromisso. A advertência	329
A formulação das perguntas. O indeferimento	330
A acareação	334
A gravação dos depoimentos das testemunhas	335
Capítulo V — Prova Pericial	340
Conceito de perícia e de perito	340
Perito e testemunha	341
Espécies de prova pericial	342
Classificação da prova pericial	343
Indeferimento da prova pericial	344
Requerimento	345
a) Nomeação de perito habilitado e compromisso	346
b) Determinação para que indique, previamente, o dia, horário e local em que terão início as diligências	347
c) Fixação de prazo para a entrega do laudo	347
d) Indicação de assistentes e formulação de quesitos	348
e) Depósito parcial e prévio dos honorários periciais	350
A escusa e a recusa do perito e dos assistentes técnicos	353
Substituição do perito ou dos assistentes técnicos	353
Perícia mediante carta	354
O desempenho das funções de perito e de assistente	355
Perícia e atentado	356
A lavratura do laudo	357
Dilação do prazo para a entrega do laudo	357
Apresentação do laudo	357
O laudo e o princípio da persuasão racional	359
Nova perícia	360

Perícia relativa à falsidade ou autenticidade de documento, letra ou assinatura	362
A falsidade do laudo	363
Produção antecipada da prova pericial.....	363
Dispensa da prova pericial.....	364
O depoimento do perito	365
Capítulo VI — Inspeção Judicial	368
Considerações preambulares	368
Conceito.....	368
Lugar da inspeção	370
O ato de inspeção.....	370
Inspeção cumulada com perícia	371
Auto de inspeção.....	371
Capítulo VII — Presunções e Indícios.....	373
Presunções	373
Indícios.....	374
Distinção entre ambos	374
Presunção e ficção.....	375
Espécies de presunção.....	375
Capítulo VIII — Justificação Judicial	378
Comentário.....	378
Capítulo IX — Ata Notarial.....	380
Comentário.....	380
Bibliografia.....	383

Prefácio

1. Dizia Carnelutti que a prova é o coração do processo. O tema é antigo e vasto, sobretudo em processo civil e penal. Assinala R. Bordeaux que “la théorie de la preuve en general est un des plus vastes sujets qui puissent s’ouvrir devant l’esprit humain, la philosophie toute entière serait comprise, puis qu’elle même a pour objet la découverte de la vérité”.

Antônio Dellepiane enfatiza que a teoria da prova judicial é um capítulo de lógica aplicada e, como tal, compreende o conhecimento ou a referência de problemas de psicologia e até de metafísica, o que foi reconhecido por *Bonnier*, que procurou assentar as bases filosóficas da prova judicial.

O objetivo da prova, para Chiovenda, é *criar* no espírito do Juiz uma convicção que lhe permita conhecer quem, das partes do processo, tem razão e direito.

Só há pouco tempo que a prova vem interessando aos estudiosos do Direito Processual do Trabalho.

A CLT, que engloba o Direito Material e o Direito Processual do Trabalho, dedica apenas treze artigos às provas (art. 818 ao art. 830), quase todos relativos à prova testemunhal. Trata da prova documental apenas no art. 830, tal qual acontecia no México, antes do advento da reforma do processo laboral, de 4 de janeiro de 1980, que entrou em vigor em 1.º de maio do mesmo ano, e dedica ao assunto toda uma Seção do Capítulo XII, em dezessete artigos.

O nosso CPC, art. 332, admite como hábeis a provar a verdade dos fatos da causa tanto os meios legais como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, “o que significa prova produzida às claras, sem subterfúgios, sem surpresas, sem armadilhas e com absoluto respeito à personalidade humana”. São palavras de Serrano Neves, que aduz, a propósito: “Aí está, com efeito, uma codificada aspiração da civilização jurídica. Aí está um pressuposto essencial, na ausência do qual a prova se torna, numa sociedade democrática, apenas um zero à esquerda”.

2. Mister se fazia uma obra especializada sobre a prova no processo do trabalho. Surge ela, agora, de autoria do jovem e culto magistrado e professor paranaense Manoel Antonio Teixeira Filho, apreciando na mais alta região da teoria as questões indispensáveis e escudando-se numa bibliografia rica e apropriada, nas três partes e nos vinte e cinco capítulos em que desdobra o livro. Seu valor de processualista de escola já ficara demonstrado em *Os Embargos de Declaração na Justiça do Trabalho* e nos *Comentários às Súmulas Processuais do TST*, que vieram a lume, pela LTr Editora, em 1979 e em 1981, respectivamente.

Sem dúvida, uma tarefa difícil, de que se saiu galhardamente o autor, porque a temática é ampla e nova, envolvendo a possibilidade de uma teoria própria sobre a prova no processo do trabalho em relação com os princípios em que se funda a autonomia do Direito Processual do Trabalho e, em especial, as questões da indisponibilidade, da posição do Juiz do

Trabalho, seus poderes e a ordem público-social, a extensão da atividade probatória inquisitiva, os graus de liberdade na apreciação da prova, a maior distribuição da carga da prova sobre a empresa, com o aventado pelo espírito percuciente e brilhante de Héctor-Hugo Barbagelata, e o axioma de que a inversão do ônus da prova é feita para favorecer o empregado, como sustentamos em congresso internacional (São Paulo, 1972).

Desde o preâmbulo, Manoel Antonio Teixeira Filho situa a prova no seu campo específico, que é, hoje, o processual, e não mais o material, como o faz o legislador brasileiro de 1973. No Capítulo IX da primeira parte, alonga-se em considerações sobre as máximas de experiência, demonstrando a sua ampla aplicação no processo do trabalho. Ao autor não escapou a correta conclusão de que o CPC de 1973, repudiando os sistemas da “prova legal ou tarifada”, que tem sua origem no processo bárbaro, e da “íntima convicção”, segundo a consciência, com ampla liberdade, seguiu aquele adotado pelos romanos e hoje predominante, de “persuasão racional”, conforme o qual, nas palavras de Sálvio de Figueiredo Teixeira, o Juiz, ao decidir, deve agir de acordo com o seu convencimento, sem embargo da necessidade de fundamentar a sua decisão, que carece, por sua vez, alicerçar-se na lei (não na sua literalidade, mas nos seus aspectos valorativos, axiológicos), nos fatos carreados aos autos (salvo os notórios) e nas presunções legais absolutas. Teixeira Filho teve a sensibilidade de distinguir, ainda, que tal se dá também no processo individual do trabalho, mas não na ação coletiva (dissídio coletivo), em que prepondera o sistema do livre convencimento, “pois não ocorre, necessariamente, a vinculação da decisão à prova dos autos”, sob pena de se subtrair a normatividade da sentença coletiva e seu caráter jurígeno peculiar (Capítulo XII da primeira parte). No Capítulo antifinal, versando sobre presunções e indícios, corretamente não os qualifica como meios de prova, pois, como ressalta Miguel Canton Moller, a presunção resulta das deduções ou conclusões a que chega o julgador ao analisar e valorar as provas existentes nos autos, quer dizer, da análise dos fatos conhecidos se deduzem outros desconhecidos.

Da profunda incursão doutrinária sobre o instituto da prova no processo trabalhista resulta o seu raciocínio límpido de que ela é instrumento umbilicalmente ligado ao Direito Material do Trabalho, que tem caráter tuitivo, em face do que deste não se deve alienar. Vaticina, quanto à prova — como esperam os que se dedicam ao Direito Processual do Trabalho —, “que, *de lege ferenda*, se dote satisfatoriamente o processo do trabalho de disposições relativas à prova, de modo a evitar essas incursões ao processo civil, que, quando realizadas sem a necessária reflexão (e adequação, diríamos nós), tanto mal têm causado ao processo do trabalho”.

Bem poderia o autor dispensar o prefaciador e dizer desta obra o que afirmou Francisco das Neves e Castro sobre a *Teoria das Provas e sua Aplicação aos Actos Civis*, cuja sistematização iniciou no longínquo ano de 1862: “reduzir a um sistema e tratar com a maior concisão e clareza tudo o que há de mais relevante sobre este importante assumpto e facilitar o estudo de cada uma das matérias, foi a ideia que nos animou a empregar este trabalho”.

Foi o que fez, e bem feito, Manoel Antonio Teixeira Filho.

Coqueijo Costa

“Nada há mais difícil do que desarraigar ideias
recebidas e passadas em julgado
sem exame.”

Barão Homem de Mello (1863)

Preâmbulo à 11.ª Edição

Esta edição foi, totalmente, revista e atualizada de acordo com a Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015, instituidora do atual Código de Processo Civil, e com a Lei n. 13.256, de 4 de fevereiro de 2016, que alterou algumas disposições da Lei anterior.

Em razão disso, entre outras modificações, inserimos, na Terceira Parte do livro: a) no Capítulo III, um item sobre os documentos eletrônicos; b) o Capítulo IX, destinado à ata notarial, prevista no art. 384, do CPC.

Determinadas opiniões, manifestadas nas edições anteriores, foram reformuladas, em razão de se haverem tornado incompatíveis com as disposições do novo CPC.

Algumas notas de rodapé foram incorporadas ao texto; e outras, suprimidas.

Curitiba, fevereiro de 2017.

O Autor

Preâmbulo à 10.^a Edição

Nesta edição, incluímos comentários sobre o uso de mensagens eletrônicas — especialmente, de *e-mails* — como meio de prova em juízo.

Embora, para esse estudo, tenhamos levado em consideração, fundamentalmente, o *e-mail* impresso, não deixamos de dedicar alguma atenção ao *e-mail* não impresso, ou seja, existente apenas no banco de dados.

Conquanto o inciso V, do art. 365, do CPC, declare que os extratos digitais de bancos de dados fazem a mesma prova dos originais — desde que atestado por seu emitente —, procuramos alertar para a vulnerabilidade das mensagens eletrônicas, uma vez que podem ser capturadas e ter os seus dados alterados por terceiros.

Idealmente, é desejável que norma legal venha a disciplinar, com minúcias, o uso do *e-mail* como meio prova judicial, levando em conta as suas marcantes particularidades, além de impor a sua validade, por exemplo, à existência de assinatura eletrônica por autoridade certificadora brasileira.

Curitiba, inverno de 2013.

O Autor

Preâmbulo à 9.^a Edição

Entre a primeira edição (1985) deste livro e a oitava (2003) ocorreram diversas alterações nos sítios da doutrina, da jurisprudência e da legislação incidente no processo do trabalho, máxime na pertinente ao CPC, obrigando-nos à constante revisão do livro, para mantê-lo atualizado.

Na nona edição, além de darmos continuidade a essa prática de permanente atualização do texto: a) reformulamos alguns pontos de vista manifestados em edições pretéritas, em decorrência, muitas vezes, das alterações introduzidas na própria legislação; b) reiteramos opiniões expressas anteriormente — que não foram perfilhadas pela doutrina e pela jurisprudência majoritárias —, não por apego à heterodoxia, mas para prestigiar o texto da lei e por fidelidade às circunstâncias históricas que ditaram a redação da norma.

Por outro lado, cuidamos de separar, no que diz respeito a determinadas opiniões expostas no livro, o jurista, que imaginam sermos, do magistrado efetivamente que fomos. Essas opiniões singulares são produto exclusivo do pensamento do jurista. Por isso, o magistrado nem sempre agiu de acordo com elas por uma razão elementar: enquanto o pensamento do jurista pertence ao universo efervescente e descompromissado das ideias, a atuação do magistrado se dá nos casos concretos submetidos à sua cognição. E, justamente, por tratar-se de casos concretos, não deve o magistrado surpreender as partes com a adoção de certas ideias particulares do jurista, que estão em desconformidade com o pensamento predominante. Afinal, aos litigantes deve ser sempre propiciada a indispensável *segurança jurídica* — essa cláusula fundamental aos Estados Democráticos de Direito, como é, felizmente, o caso do Brasil.

Por fim, dedicamos atenção ao moderno sistema de gravação audiovisual das audiências, adotado por algumas Varas do Trabalho, analisando, ainda que de maneira breve, os seus aspectos positivos e os negativos, para, sopesando-os, concluir que os primeiros sobrepujam os segundos.

Curitiba, inverno de 2010.

O Autor

Preâmbulo

O sistema da *livre convicção* do julgador — de origem romana e amplamente utilizado pelos germânicos — eclodiu como uma espécie de reação ao da *prova legal*, em que o valor de cada meio probante era previamente tarifado pela lei, tolhendo, assim, qualquer liberdade do julgador nesse campo.

A *livre convicção* consistia em permitir-se ao juiz prolatar a sentença segundo a sua consciência e a sua íntima convicção (“*suivant votre conscience et votre intime conviction*”, conforme se proclamou em França), sem vincular a formação do seu convencimento à prova produzida nos autos.

Hoje, felizmente, já não vigora nenhum desses critérios.

Cientes da inconveniência do sistema da *livre convicção*, porque extremamente liberal, trataram os legisladores (embora não dentro de uma cronologia uniforme) de instituir um outro, em que se pudesse condicionar o convencimento jurídico do julgador à prova dos autos — ou seja, à verdade denominada *formal*.

Resultado desse propósito, sem dúvida, é o sistema da *persuasão racional*, oriundo dos códigos napoleônicos e hoje adotado por grande parte das legislações do Ocidente, como é o caso do Brasil.

Com efeito, dispõe o art. 131 de nosso CPC que “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*” (grifamos); daí por que a doutrina também vem denominando, com acerto, de *livre convencimento motivado* ao sistema da *persuasão racional*.

Modernamente, portanto, no plano do processo civil brasileiro — e por extensão no do trabalho — se exige que o juiz indique, na sentença, os *motivos* que influíram na formação do seu convencimento jurídico a respeito da matéria trazida à sua cognição jurisdicional, cuja exigência decorre de razões ético-políticas.

Sendo assim, a sua liberdade racional está rigidamente delimitada pelo conjunto probatório existente nos autos e do qual não está autorizado, por princípio, a afastar-se.

Tais fatos bastam para demonstrar a extraordinária importância que a prova representa para a ciência processual, como elemento vinculante que é da persuasão do julgador.

O processo do trabalho, todavia, se ressentia, à evidência, de melhor sistematização do instituto jurídico da prova; os seus poucos artigos que versam sobre a matéria são

insuficientes, no conjunto, para abranger a heterogeneidade de casos que a realidade prática oferece; via de consequência, essa precariedade — ou mesmo omissão, em certas hipóteses — da CLT acaba compelindo o intérprete trabalhista a incursionar pelos domínios do processo civil para buscar, lá, normas aptas à solução dos problemas diante dos quais o processo do trabalho se revelou incapaz.

Essa adoção supletiva de normas processuais civis — consentida, em termos, pelo art. 769 da CLT —, porém, quando efetuada de maneira irrefletida, pode implicar perigosa transubstanciação do processo do trabalho, com inevitáveis reflexos prejudiciais à sua própria identidade enciclopédica.

Reside neste particular, aliás, um dos motivos que nos animaram a compor esta obra, posta à frente a preocupação de advertir quanto ao risco de uma tal adoção impensada de dispositivos do processo comum, notadamente em matéria de prova.

O outro foi o de procurar contribuir, ainda que com um cêntimo, para o acerto doutrinário do processo do trabalho, com vistas a uma desejada repercussão *de lege ferenda*, a fim de evitar que ele siga se afastando daquela que entendemos ser a sua razão teleológica fundamental e indeclinável: servir ao *direito material* correspondente, do qual, em verdade, é mero instrumento de atuação concreta.

Por aí se vê, inclusive, que o processo do trabalho (e os seus estudiosos) não se devem deixar impressionar com o princípio doutrinário civilista assente, quanto a ser a ação um direito autônomo, vale dizer, cujo exercício independe da existência de um direito subjetivo material.

A irrestrita aceitação dessa teoria a propósito da natureza jurídica da ação poderia levar, em seu paroxismo, à equivocada suposição de que o processo do trabalho deva ser algo absolutamente alienado do direito substancial a que corresponde.

O que seria, sobremaneira, desastroso.

Eis, em resumo, o modesto desígnio que se instila nas páginas deste livro e cujo julgamento acerca do seu acerto e do seu êxito haverá de ser produto do tempo.

Curitiba, 1985.

O Autor

Primeira Parte
Generalidades

Natureza Jurídica do Instituto

Comentário

Há alguns anos, sustentava-se, notadamente na doutrina estrangeira, que a prova pertencia ao direito material⁽¹⁾. O argumento dos que assim entendiam se lastreava no fato de que, muitas vezes, ela preexiste ao processo, como no caso da prova *pré-constituída* — conceituada por Pedro Batista Martins (*Comentários ao Código de Processo Civil*. v. II, n. 249, p. 385. 1941) como aquela que tem por finalidade a “garantia e segurança do negócio jurídico”⁽²⁾, porquanto não busca, em rigor, produzir efeitos em juízo, “embora possa, eventualmente, servir a fins de natureza jurídica” (*ibidem*).

Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*. tomo III, § 345, p. 404), perfilhando o mesmo entendimento, advertia, a propósito, que: “Pensar-se em prova judicial quando se fala em prova é apenas devido à importância espetacular do litígio, nas relações jurídicas entre os homens”.

Já a esse tempo, contudo, diversos autores de nomeada⁽³⁾ proclamavam, em sentido algo oposto, a natureza exclusivamente *processual* da prova judiciária.

Conquanto a doutrina se houvesse cindido, basicamente, em duas concepções acerca dessa questão, Amauri Mascaro Nascimento (*Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 199) indica a existência, no particular, de cinco correntes, que podem ser assim sintetizadas: a) a prova é um fenômeno material; b) é um fenômeno de natureza mista, ou seja, material e processual, pois existem normas que disciplinam a prova fora do processo e outras que se dirigem ao juiz, a quem compete aplicá-las; c) é unicamente processual, uma vez que se destina, exclusivamente, ao convencimento do julgador; d) há uma divisão das normas sobre prova em dois ramos, cada qual com natureza própria, substancial e processual; e) a prova pertence ao denominado *direito judicial*, entendido como aquele que tem por objeto uma relação jurídica entre a Justiça e o indivíduo.

(1) A. Nikisch, Leo Rosenberg, Isidoro Eisner, Carlos de Carvalho e outros.

(2) Expressão que os pandectistas germânicos preferem a *ato jurídico*, consagrada por nosso direito positivo (Código Civil de 1916, art. 81 e segs.; o CC de 2002 passou a reger as figuras do *negócio jurídico* no art. 104 e segs. e do *ato jurídico* no art. 185 e segs.).

(3) Chiovenda, Goldschmidt, Wach, Prieto-Castro, Jaime Guasp, Silva Melero, Hugo Alsina, apenas para citar alguns nomes expressivos. Particularmente, o mestre italiano asseverava que “a matéria das provas pertence por inteiro ao direito processual. Não deve a localização das normas sobre as provas nos códigos de direito substantivo induzir a acreditar-se que elas tenham caráter dispositivo” (*apud* REZENDE FILHO, Gabriel de. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. v. II, p. 193).

Não há negar que as disputas doutrinárias são, até certo momento, extremamente benéficas e necessárias ao acertamento e à consolidação dos conceitos dos institutos jurídicos⁽⁴⁾, bem assim para a solução das controvérsias derivantes da omissão ou da imprecisão científica ou terminológica dos textos legais. Cumpre observar, porém, que nos dias atuais já não estão presentes os motivos que determinaram o estabelecimento da cizânia doutrinária a respeito da natureza jurídica da prova, na medida em que o Código de Processo Civil — a partir de 1939 — avocou a regulamentação geral dessa matéria e revogou as disposições genéricas contidas no ordenamento material. No mesmo sentido, o pensamento de Pestana de Aguiar (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 1).

Segue-se, portanto, que com o advento do CPC o instituto da prova passou a possuir, ao menos no caso brasileiro, natureza exclusivamente processual, sendo necessário ressaltar que não se pode considerar como prova o elemento formal que o direito substancial impõe para a validade do ato, sob pena de incidir-se no equívoco de supor que este direito ainda continua encerrando disposições concernentes à prova.

A regulamentação geral do instituto jurídico da prova pelo atual CPC de 1973, entretanto, não se fez de maneira incontroversa. Na Câmara Federal, por exemplo, o deputado Francisco Amaral chegou a propor a supressão de todos os artigos do projeto relativos à matéria, entendendo que esta se encontrava regulada pelo Código Civil e que eventuais preceitos inovadores do instituto deveriam ser apreciados por uma reforma da lei material e não da processual, como era o caso. O parecer exarado pela Comissão Especial, todavia, opinou contrariamente à emenda proposta, sob o correto argumento de que “Embora bastante minucioso — e talvez excessivamente — o projeto, na subsecção aludida, versa, contudo, matéria de direito processual, e, portanto, a sede própria é o Código de Processo Civil”.

Nunca é inútil rememorar que o CPC de 1939 estatuiu, em seu art. 208, serem admissíveis em juízo “todas as espécies de prova *reconhecidas nas leis civis e comerciais*” (destacamos), ao passo que o estatuto processual de 1973 estabelecia, por seu art. 332, *litteris*: “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”.

Constata-se, assim, que o CPC de 1973 abandonou a referência às leis materiais, feita pelo de 1939, tendo dedicado todo o Capítulo VI, Título VIII, do Livro I, ao instituto da prova (arts. 332 a 443), procurando, com isso, minudenciar o disciplinamento da matéria que atraiu para si. O CPC atual dispõe: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz” (art. 369).

Concluimos, por essa razão, com Pestana de Aguiar (*ob. cit.*, p. 3), no sentido de que embora o direito, sob o ponto de vista ontológico, deva ser sempre concebido como uma *unidade*, onde se fundem o material e o processual, na verdade é a ciência do processo

(4) Lembremo-nos, como ilustração histórica, da famosa cinca entre os romanistas alemães Windscheidt e Muther, travada em meados do século XIX, acerca do conceito jurídico da *ação*, que tanto contribuiu para a elucidação da matéria.

“a única que se dedica ao estudo sistematizado e completo do instituto da prova, perquirindo sob todos os ângulos seus fins, suas causas e efeitos”.

A CLT, conforme veremos ao longo desta obra, se ressent, em sua parte processual, de melhor tratamento sistemático a respeito da prova⁽⁵⁾, obrigando, em face disso, que, frequentemente, todos os exercentes de profissões forenses trabalhistas se valham, em caráter supletivo, das normas processuais civis concernentes à matéria, desde que satisfeito o requisito essencial da compatibilidade (CLT, art. 769).

Idealmente, todavia, é de esperar-se que, *de lege ferenda*, se dote satisfatoriamente o processo do trabalho de disposições relativas à prova, de modo a evitar essas incursões ao processo civil que, quando realizadas sem a necessária reflexão, tanto mal têm causado a este processo especializado⁽⁶⁾.

Preocupação de tal ordem, aliás, presidirá, em muitos momentos, a elaboração deste livro.

(5) A Seção IX, do Título X (“Do Processo Judiciário do Trabalho”) da CLT, dedica à prova somente treze artigos (818 a 830), sendo que o 826 foi revogado, de maneira implícita, por incompatibilidade lógica, pelo art. 3.º da Lei n. 5.584/70 (Decreto-lei n. 4.657, de 4-9-42, art. 2.º, § 1.º).

(6) O IV Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e Previdência Social (São Paulo, 1972) recomendou, a propósito, que “nos países onde não esteja regulado o ônus da prova em matéria processual do trabalho, isso se faça de forma expressa, para evitar a *prática* generalizada de aplicar subsidiariamente a lei processual civil”.