

# OUVIR E/OU FALAR

RICARDO C. FRAGA<sup>(\*)</sup>

## INTRODUÇÃO

*Karl Marx*, tratando das transformações e superações de diversos modos de produção, tais como, o moderno burguês, o feudal, o antigo, o asiático, entre outros, apontou certa constatação, mais genérica, no sentido de que:

*"(...) a humanidade se propõe sempre apenas os objetivos que pode alcançar, pois, bem vistas as coisas, vemos sempre que esses objetivos só brotam quando já existem ou, pelo menos, estão em gestação as condições materiais para a sua realização"*<sup>(1)</sup>.

O aperfeiçoamento da capacidade humana de melhor utilização da fala tem sido estudado, havendo novos avanços em áreas antes desconhecidas. A comunicação humana, certamente, ainda nos propiciará uma melhor compreensão dos semelhantes, mesmo e inclusive, nas nossas diferenças.

No campo específico do Direito, muitas são as tentativas de estabelecimento de regras e sistematização de aprendizados relativos ao difícil momento de produzir provas em juízo. No estudo geral desta matéria existem controvérsias, assim como outras tantas na parte específica de cada tipo de prova, que abordaremos apenas em algumas particularidades.

No presente estudo, busca-se apresentar algumas inquietações surgidas, acima de tudo, no convívio com juízes e demais profissionais que atuam na Justiça do Trabalho. Os ensinamentos doutrinários aqui apontados, seguramente, não são exaustivos; de qualquer modo, relacionam-se mais diretamente com os debates antes mencionados.

(\*) Juiz do Trabalho em Porto Alegre e Mestrando em Processo Civil, PUC-RS.

(1) *MARX, Karl*, Prefácio à "Contribuição à Crítica da Economia Política" in *Obras Escolhidas*, Editora Alfa-Omega, volume I, p 302.

Ao final e ao longo do presente texto, buscar-se-á expressar a crença na possibilidade e necessidade de novas conquistas do direito processual quanto à matéria das provas. Estes novos passos, além de outros, certamente, nos possibilitarão construir um Poder Judiciário bem diferente e muito superior ao atual.

## 1. FUNDAMENTAR E/OU CONVENCER

*José Maria Rosa Tesheiner* ao final de seu comentário ao princípio da persuasão racional sustenta que: *"É necessário que se compreenda que o advogado precisa convencer o juiz, mas que o juiz não pode pretender convencer a parte vencida"*<sup>(2)</sup>.

*Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*, pretendendo refutar essas observações, diz que o Professor referido "termina por adotar visão puramente de poder ao minimizar o valor da motivação e emprestar maior significação à decisão justa". Este reconhecido processualista e, agora, Desembargador integrante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em parágrafo que antecede a nota 79, transcrita parcialmente na linha anterior, revela a percepção de um novo momento:

*"... inestimável fator de coesão social e da solidez das instituições, apresentando-se, assim, como garantia política inerente ao próprio Estado de direito. Cuida-se, ao fim e ao cabo, de balizar o poder do órgão judicial, bem capaz de se tornar exacerbado, principalmente em termos de apreciação dos fatos da causa, em vista do princípio do livre convencimento, largamente adotado nos sistemas processuais do século XX. Nesse quadro, a motivação assume realmente um papel fundamental de racionalização da valoração das provas, não afastada nem mesmo pela discricionariedade ínsita nesta, reclamando decisão jurisdicional sempre justificada de forma adequada"*<sup>(3)</sup>.

O renomado processualista citado por último assinalou o enorme avanço representado pelo novo Texto Constitucional de 1988, a exigir fundamentação em todas as decisões judiciais. Medite-se que, na esfera das decisões administrativas, ainda persiste arraigada e injustificada resistência ao novo preceito do artigo 93, inciso IX. No site da Associação dos Juízes de Direito do Rio Grande do Sul, AJURIS, encontra-se intenso debate sobre o tema<sup>(4)</sup>.

---

(2) Algumas linhas antes, o Professor *Tesheiner* menciona *Ada Pellegrini Grinover* em seu estudo "O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros" (AJURIS, Porto Alegre, 50:5-20, nov. 1990) e termina por dizer que "A crítica não me comove. Deparamo-nos, aqui, com um daqueles casos, tão frequentes, em que o sistema funciona porque as normas não são rigorosamente obedecidas. A 'operação-padrão' pode apresentar-se como sucedâneo de uma 'operação-tartaruga' ou de um movimento grevista".

(3) OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, "Do Formalismo no processo civil", Editora Saraiva, 1997, p. 89.

(4) O site da AJURIS na Internet tem o seguinte endereço [www.ajuris.org.br](http://www.ajuris.org.br).

De qualquer modo, estamos, até aqui, diante de diferentes aspectos de um mesmo debate. A necessidade de fundamentação impõe-se pelo simples abandono do antigo sistema da prova legalmente taxada, o qual se examinará mais adiante. Diverso é o estudo sobre a postura mais adequada da magistratura, independentemente do maior ou menor respeito ao princípio da celeridade. Aqui, seguramente, reside a profunda contribuição do Professor *Tesheiner*, que acrescenta em sua Página Pessoal na Internet:

*"Volto ao tema, não porque pretenda polemizar, mas porque penso que tenho algo a dizer. É que formei minha convicção, não por assimilação daquilo que todos afirmam, mas por iluminação: aquela espécie de insight que tem o escravo, de sua própria condição, ao dar-se conta de que é demais o que se lhe exige de esforço diário."*

Os princípios, por serem princípios, são formulados de maneira genérica, como se não admitissem exceções. Daí o problema: eventuais exceções ao princípio terão que ser postas na legislação ordinária que, todavia, não pode contrariar a Constituição... Fica-se, assim, sem um instrumento para estabelecer as exceções. Tenta-se resolver o problema com a idéia de que um princípio constitucional limita outro. Fala-se no princípio da proporcionalidade ou em contraposição de princípios, tudo no plano das generalidades.

No que diz respeito ao princípio da motivação, indaga-se da necessidade de motivar despacho de mero expediente... de motivar decisão meramente homologatória... da exigência de resposta a cada argumento esgrimido pela parte... Alguns não se contentam com fundamentação baseada na lei, embora se funde na lei nosso sistema jurídico: exigem que o juiz se pronuncie expressamente não apenas sobre os fatos e as normas legais incidentes, mas também sobre seus valores...

*Ada Grinover* pretende que o juiz seja totalmente transparente na sua motivação (como se isso fosse possível). O homem não é só razão. É também sentimento. A própria razão é iluminada por intuições intraduzíveis em palavras. Transparência total é impossível.

Alguns dos que escrevem sobre o princípio da motivação não têm consciência do que se exige de um juiz no Brasil. São centenas de decisões que deve proferir a cada semana. Não se lhe pode exigir motivação exaustiva em cada decisão. Já é muito que aponte o fundamento legal.

Como se vê, não engulo bem o princípio da motivação, pelo menos do modo como apresentado pela doutrina, embora não tenha jamais julgado sem fundamentar.

De um modo geral, penso ser suficiente que o juiz indique a causa de pedir que o leva a acolher o pedido, não precisando rebater um a um os argumentos apresentados pela parte adversa. Não se pode exigir que responda um a um aos argumentos dos advogados, mesmo porque tem que decidir, ainda que ambas as partes alinhem argumentos para os quais não haja resposta cabal!

Serve a motivação para pôr racionalidade nas decisões. *O sentimento do justo ou a intuição que levaram o juiz a pender para uma solução podem não resistir ao crivo da razão. Cumpre então adotar a solução contrária. Creio ser essa a maior utilidade da motivação.* Ela não é primariamente endereçada às partes, *que dificilmente se deixarão convencer, nem aos tribunais superiores, que adotarão a solução de sua própria jurisprudência, por melhor que seja o raciocínio desenvolvido na sentença recorrida.* As partes, o tribunal *ad quem* e a comunidade jurídica também são destinatários da motivação, mas o principal destinatário é o próprio juiz. *Ele apresenta a si próprio os motivos de sua decisão, para que ela seja racional.*

*Parece haver aí uma contradição, pois disse antes que sentimento e intuição conduzem o juiz. Mas não há contradição. Sentimento e intuição são motivos da decisão que não se deixam revelar. Constituem a parte submersa do iceberg. O que pode ser revelado são apenas os argumentos de razão, que confirmam (ou não) o sentimento ou intuição inicial (grifos atuais)<sup>(5)</sup>.*

Fica-se, agora, mais próximo de se entender a própria finalidade da fundamentação das decisões judiciais. Hoje, esta necessidade, constitucionalmente reconhecida, nada tem a ver com algum objetivo de convencer as partes e, provavelmente, nunca tenha tido. Na verdade, a tentativa de convencer o jurisdicionado é que, talvez, possa revelar um comportamento quase autoritário. No mínimo, o tema relativo ao convencimento poderia ser melhor tratado junto ao debate sobre legitimação do próprio Estado, uso das técnicas de conciliação e utilização, também limitada, dos aprendizados contemporâneos de arbitragem, entre outros temas, os quais são bem diversos dos aqui tratados.

*Alain Supiot*, um dos principais autores do Direito do Trabalho na atualidade, apresenta profunda e atual observação neste tema. Embora utilizando a palavra “valores”, este estudioso francês diz qual é a exata finalidade da indicação dos fundamentos de uma decisão judicial, que se impõe cada vez mais, também em seu entendimento:

*“Como resolver? Jamás en nombre de la ley del más fuerte. Sin duda, el más fuerte — la corrupción en la política y la mercantilización de las profesiones jurídicas dan testimonio de ello — tiene medios para comprar a los que hacen las leyes o concurren a aplicarlas. Pero incluso el jurista que se ha vendido al más fuerte no puede resolver en nombre del más fuerte. El parlamentario financiado por un grupo de presión, el abogado que cobra de una organización patronal o sindical, o el juez o universitario comprado por un grupo de intereses (si existiera, lo que no quiera Dios!) no pueden apoyar su decisión o*

(5) O endereço é [www.geocities.com/jtesheiner/doutrinaprocessocivil/principiodamotivacao.htm](http://www.geocities.com/jtesheiner/doutrinaprocessocivil/principiodamotivacao.htm) que foi acessado em 4 de maio de 2001, às 18,30 horas. Neste site pessoal encontram-se ainda outros textos, não somente do autor, bem como *download* de sua obra aqui citada, a qual contém um outro capítulo sobre o “Princípio da Ilicitude das Provas”.

su opinión sobre la autoridad del que les paga, pues siempre deben referirla a un valor que trascienda las circunstancias del problema que se les ha sometido. *En nuestra cultura legalista, esta idea de referencia evoca primero la referencia a la ley, y la forma silogística de nuestros juicios y de nuestras maneras de razonar en derecho. Pero esta idea de referencia tiene un alcance mucho más amplio. Puede ser el precedente (o la ausencia de precedente) para el jurista de common law, el principio general del derecho para el juez administrativo o constitucional, el interés general para el ponente de una ley, etc.* En todos los casos, tal referencia significa que se resuelve el caso en nombre de lo que trasciende el caso, *que se encaja la decisión en un sistema normativo más vasto que la legítima (en nombre de la Ley, en nombre del Pueblo francés, en nombre de la República, etc.)*" (grifos atuais)<sup>(6)</sup>.

## 2. DISTANTE DAS ORDÁLIAS

Moacir Amaral Santos, logo após referir o tema do ônus da prova no Direito romano, assinala a relevância dos ensinamentos de *Bentham*, *Webber*, *Bethmann-Hollweg*, *Fitting*, *Gianturco*, *Demogue*, bem como de *Carnelutti*, adotando o entendimento de *Chiovenda* de que "o ônus de afirmar e provar se reparte entre as partes, no sentido de que é deixado à iniciativa de cada uma delas provar os fatos que deseja sejam considerados pelo juiz, isto é, os fatos que tenha interesse sejam por este tidos como verdadeiros"<sup>(7)</sup>.

*José Maria Rosa Tesheiner* acrescenta que o conceito de "ônus surgiu no processo e invadiu o direito material" e conclui que a dificuldade na distinção entre ônus da prova em sentido objetivo e subjetivo desapareceria se utilizássemos o conceito de direito formativo à produção das provas, "tanto mais que a ciência processual nunca conseguiu explicar bem como é que ao autor incumbe não só provar os fatos constitutivos como também produzir a contraprova dos fatos impeditivos ou extintivos alegados pelo réu"<sup>(8)</sup>.

Moacir Amaral Santos, mais adiante, analisa o sistema do Código de Processo Civil, afirmando que este adotou o sistema da persuasão racional. Ele transcreve e comenta o Código de Processo Civil, artigos 131, 366, afirmando que este consagra verdadeira "regra legal", 334, IV, sobre "pesunção legal", 335 sobre "regras de experiência". Menciona, também,

(6) SUPJOT, Alain, "Crítica Del Derecho Del Trabajo", Edição Coleção "Informes Y Estudios" do Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais da Espanha, 1996, p. 296.

(7) SANTOS, Moacir Amaral, "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", Saraiva, 1979, 2º volume, p. 305.

(8) TESHEINER, José Maria Rosa, "Elementos para uma Teoria Geral do Processo", Editora Saraiva, 1993, p. 20. CÂMARA, Alexandre Freitas, "Lições de Direito Processual Civil", Lumen Juris, volume I, 6ª edição, 2001, em nota na página 342, aponta que, hoje, a maioria da doutrina é no sentido que o tema das provas diz respeito ao Direito Processual.

inúmeros artigos do Código Civil, concluindo, de qualquer modo, que "o Código de Processo Civil se filia ao sistema da persuasão racional"<sup>(9)</sup>. A mesma conclusão é adotada pelo Professor *Tesheiner*, que, apesar de mencionar o mesmo processualista, apresenta exposição bem diversa do tema, em capítulo antes mencionado longamente.

*Eduardo Couture* analisa o conceito de "crítica sã", em momento bem anterior. Afirma que este outro sistema foi adotado pelos países influenciados pelo modelo da Lei Espanhola de 1855. Afirma que:

*"Este conceito representa uma categoria intermediária entre as provas legais e a livre convicção. Sem a excessiva rigidez de umas e sem a demasiada incerteza da outra, representa uma fórmula feliz, às vezes elogiada pela doutrina, mas pouco menos que desconhecida em suas origens, para regular a atividade intelectual do juiz em face da avaliação da prova.*

*As regras da crítica sã reproduzem, antes de mais nada, as regras do correto entendimento humano. Nelas se combinam as regras da lógica, com as regras da experiência do juiz. Um e outras contribuem por igual para que o magistrado possa avaliar a prova (seja por testemunhas, peritos, vistoria judicial, confissão qualificada) com base no sã raciocínio e no conhecimento experimental das coisas"*<sup>(10)</sup>.

O autor uruguaio revela profunda e incomum compreensão da marcha da história. Ele, já na apresentação, escrita em Montevideo, em 1942, aponta que "qualquer serenidade" estaria no passado e que o futuro seria "pura esperança de dias melhores" e, no específico deste tema, diz:

*"As máximas de experiência, às quais já foi feita menção, contribuem, tanto quanto os princípios lógicos, à apreciação da prova.*

*O juiz, seja-nos permitido insistir, não é uma máquina de raciocinar, mas sim, essencialmente um homem que toma contato com o mundo que o rodeia, e que ele conhece através de seus processos sensoriais e intelectuais. O prudente arbítrio é, portanto, a apreciação lógica de certas conclusões empíricas de que todo o homem se serve para movimentar-se na vida.*

*Essas conclusões não têm o caráter estrito dos princípios lógicos tradicionais, sendo antes contingentes e variáveis com relação*

(9) SANTOS, Moacir Amaral, "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", Saraiva, 1979, 2º volume, p. 334. Os artigos citados são 130, 131, 132, 133, 134 e outros, do Código Civil, repetidas no Anteprojeto de Código Civil, de 1972, arts. 103, n. III, 106, 107, 108, 168, n. V, 210, bem como as relativas à prova dos atos jurídicos, tais como as dos arts. 135, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143 e outros, do Código Civil, arts. 211 e segs. do Anteprojeto de Código Civil, de 1972, arts. 343, §. 2º, 350, 351, 364 e segs., 401.

(10) COUTURE, Eduardo J., "Fundamentos do Direito Processual Civil", Red Livros, Campinas, 1999, p. 192.

*ao tempo e ao lugar. O progresso da ciência é constituído por uma longa cadeia de máximas de experiência derrogadas por convicções mais exatas; e em face do próprio desenvolvimento dos princípios lógicos, a história do pensamento humano é um constante progresso na maneira de raciocinar*" (grifos atuais)<sup>(11)</sup>.

O processualista do país vizinho, conhecendo as modificações nos estudos dos demais centros culturais, observa, algumas páginas adiante, a utilização dos diversos conceitos. Assinala que na doutrina europeia, dos demais países, quando se afirma a "livre convicção" se quer, acima de tudo, afastar o sistema da "prova legal", até mesmo com "amplitude maior que a usual no sistema dos países hispano-americanos".

*Enrique Vésco VI*, comentando a realidade dos países latino-americanos, observa que "La doctrina latinoamericana, en forma prácticamente unánime, ha rechazado la distinción que pretendió fundar nuestro maestro Couture, entre apreciación racional de la prueba y sistema de la sana crítica"<sup>(12)</sup>.

Percebe-se, pois, que a superação do primeiro sistema, da prova legal, não tem sido fácil e rápida. "Crítica sã" pareceu como sistema intermediário e mais sábio para Couture. Para outros, o intermediário seria o da "persuasão racional" ou mesmo o "livre convencimento" motivado. *Alexandre Freitas Câmara* assinala que são visíveis, ainda hoje, os resquícios do sistema da prova legal, originários das ordálias ou "juízos de Deus", citando os artigos 401 e 902 do CPC, respectivamente sobre prova testemunhal exclusiva em contratos de valor maior e contrato de depósito<sup>(13)</sup>.

*Wagner Giglio* apresenta certa consideração específica sobre o Direito Processual do Trabalho e termina por adotar o entendimento de que vigora neste ramo o mesmo sistema do Código Processual Civil, que seria o do livre convencimento:

*"Produzida a defesa e não havendo acordo, inicia-se a fase probatória do processo (CLT, art. 848).*

(11) COUTURE, Eduardo J., obra citada, p. 194.

(12) VÉSCOVI, Enrique, "Elementos para una Teoría General del Proceso Civil Latinoamericano", Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, p. 79, nota 122, onde se lê, na mesma página, um comentário sobre a matéria em diversos países do Continente: "c) En la apreciación (valoración) de la prueba. En esta materia podemos afirmar que, salvo casos muy excepcionales, la mayoría de los códigos de Latinoamérica pertenecen a un sistema mixto, que establece un régimen de tarifa legal para algunas pruebas o ciertas reglas parciales respecto de algún medio de prueba (tal como la de que no vale la declaración de un solo testigo) y un sistema de libre apreciación racional (o sana crítica) para otros". Menciona regras da Guatemala, Peru, Colômbia, Argentina, México e termina sugerindo "No tenemos duda que el sistema de libre apreciación es el que debe adoptarse, tal como lo enseñan todos los autores modernos y es el que proponemos, sin limitaciones para el 'código modelo'".

(13) CÁMARA, Alexandra Freitas, obra citada, p. 349. Nesta mesma obra, em nota 17, p. 350, salienta que no Tribunal do Júri "os jurados não se encontram vinculados às provas existentes", observando-se o princípio da "livre convicção". JÚNIOR, Humberto Theodoro fala em "persuasão racional ou livre convencimento motivado", "Curso de Direito Processual Civil", Forense, volume I, p. 419.

*Os princípios gerais que informam a teoria da prova são estudados no Direito Processual Civil, e se aplicam ao processo trabalhista. As diferenças entre o processo ordinário e o trabalhista, nessa matéria, são poucas, pequenas e, regra geral, apenas de procedimento.*

*Assim, prevalece no processo do trabalho o mesmo sistema do livre convencimento, na apreciação da prova, consubstanciado no art. 131 do Código de Processo Civil; o Juiz do Trabalho, como o Juiz de Direito, atenderá aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, para formar seu convencimento, devendo, nada obstante, fundamentar os despachos e sentenças. 'Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados por outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial' (CPC, art. 154)<sup>(14)</sup>.*

Manoel Antonio Teixeira Filho distingue os sistemas adotados no Direito Processual do Trabalho, em que haveria um para o Individual e outro para o Coletivo:

*"O CPC de 1973 adotou, claramente, o princípio da persuasão racional, a que ainda se poderia designar de livre convencimento motivado, como se constata pela expressão do art. 131, já mencionado.*

*Não há dúvida de que o sistema da persuasão racional foi também adotado pelo Direito Processual do Trabalho, cuja inferência se extrai — embora palidamente — da leitura do art. 832, caput, da CLT, onde se alude à 'apreciação das provas' e aos 'fundamentos da decisão'. A adoção supletiva de certas normas processuais civis, entretantes, como é o caso do art. 131, robustece essa conclusão.*

*Equívocou-se, portanto, o ilustre Wagner Giglio (ob. cit., pág. 163) ao supor que o art. 131, do CPC, consubstanciase o princípio do livre convencimento; o que ali está é o da persuasão racional. No mesmo lapso incorreu C. P. Tostes Malta ("Prática do Processo Trabalhista", Rio, Ed. Trabalhistas, 1979, pág. 378).*

*Quanto às ações (dissídios) coletivos, cremos não haver erronia em afirmar-se que prepondera aí o sistema do livre convencimento (ou livre convicção), pois não ocorre, necessariamente, a vinculação da decisão às provas dos autos; a ser assim, estar-se-iam subtraindo, em muitos casos, a normatividade dessas decisões e o próprio caráter jurígeno que lhe é peculiar."<sup>(15)</sup>*

(14) GIGLIO, Wagner, "Direito Processual do Trabalho", Editora LTr, 1980, p. 163.

(15) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio, "A Prova no Processo do Trabalho", Editora LTr, 1993, p. 100.

Luciane Cardoso, em belo e recente estudo, expressou com clareza as enormes possibilidades de novos aprendizados do Direito e, em especial, no campo probatório. Diz, ela:

*"Se a hermenêutica filosófica representa luz nova à noção de interpretação do Direito, como um todo, tal enfoque deve, necessariamente atingir o particular, no que diz respeito às provas. Nesse prisma, o trabalho buscou apresentar e discutir alguns elementos para uma reflexão sobre o paradoxo das possibilidades interpretativas da fala informal da testemunha, no horizonte formal que é o processo judicial.*

*Destacamos, por fim, que a prova jurídica, e em especial a testemunhal, traz consigo, inevitavelmente, o seu caráter lógico e axiológico, comportando uma análise psicológica e filosófica. Por isso, devem ser rompidos os departamentos estanques que isolam o Direito dessas ciências, a fim de que os operadores jurídicos possam, ao compreender noções básicas das mesmas, obter uma avaliação fenomenológica mais completa da prova testemunhal.*

*Futuros estudos poderão focar tópicos, como a análise psicanalítica da linguagem da testemunha, e como esta é apreendida pelo juiz. Será, também, importante, para discussões ulteriores, aprofundar o estudo da justificabilidade e da racionalidade da hermenêutica jurídica, no contexto da escolha concreta do juiz por uma versão de determinada testemunha e não outra, temas interessantes sobre os quais desde sempre os operadores do Direito se questionam.*

*A atividade retórica desenvolvida no processo, pelo juiz, é necessidade decorrente do sistema, que exige que as decisões sejam motivadas. Entretanto, numa época de processos politicamente vinculados à idéia de Estados Democráticos, a necessidade de um novo enfoque de justificação judicial renasce pela nova filosofia jurídico-hermenêutica, que requer da fundamentação da sentença uma expressão ampliada da racionalidade judicial" (grifo atual)<sup>(16)</sup>.*

No específico da prova testemunhal, o referido texto, algumas linhas antes, apresenta novos e amplos horizontes, os quais poderão ser alcançados, sem que se esqueçam as enormes conveniências da prova documen-

(16) CARDOSO, Luciane, Tese de Mestrado na UNISINOS, sobre Provas, no ano de 2000, sendo orientada pelo Professor Ovídio Baptista da Silva, em Banca integrada por José Luiz Ferreira Prunes e Lenio Streck.

(17) A respeito de uma maior utilização da prova documental no processo trabalhista, que já está em curso, através dos anos, escrevemos com GUTERRES, Jurema Reis de Oliveira e FRAGA, Milton Moreira em "Modernização do Direito Processual do Trabalho", Coordenador LEDUR, José Felipe, LTr Editora, 1990, Capítulo "Prova Testemunhal e Princípio da Oralidade", pp. 33.

tal, inclusive quanto à certeza e à celeridade<sup>(17)</sup>. Mesmo tendo o cuidado de Juíza do Trabalho, que atua junto ao trabalhador ainda com dificuldades em dominar a arte de falar, ela propõe:

*"Todos estes resquícios da prova legal que permanecem nos nossos códigos, podem ser revistos pela reavaliação da linguagem no Direito. Assim, a filosofia lingüística questiona a filosofia da consciência de onde provém as teorias principais do Direito, inclusive as que abordam a prova, com forte predomínio da racionalidade positivista.*

*Em consequência do estudo precedente, sentimo-nos autorizados a concluir que a prova testemunhal aparenta ser o mais frágil meio de convencimento judicial. Entretanto, justamente em razão de seu caráter dúbio, como linguagem, decorrem amplas possibilidades interpretativas que são, por vezes, desprezadas na consciência formalista da maioria dos juristas.*

*A nova teoria da hermenêutica jurídica que surge em nosso tempo, privilegiando os elementos lingüísticos do Direito, pode ampliar o sentido desse meio de prova-oral, prejudicado pela lógica do pensamento cartesiano, o qual busca no processo, segundo um raciocínio formal, a fixação de uma verdade perene."*

*A filosofia hermenêutica traz à luz uma idéia de linguagem que não é uma terceira coisa entre sujeito e objeto, mas envolve o intérprete e o interpretado, num mundo constituído lingüisticamente como totalidade. Não se pode, a partir desse contexto, admitir que haja um sentido autônomo para o texto. O sentido é produzido pela interação significativa, em que emerge do texto uma determinada expectativa de sentido, que será confrontada e atualizada pelo contexto histórico que envolve o intérprete e o texto a ser interpretado, que bem pode ser a fala da testemunha. Na situação hermenêutica, o jurista está identificado com o historiador, porque não possui um acesso imediato ao valor histórico de um determinado texto, mas deverá desvelar um significado que seja conectado com o presente e produza sentido" (grifos atuais)<sup>(18)</sup>.*

(18) CARDOSO, Luciane, no Estudo antes mencionado, em continuidade, diz que "A linguagem expressa os elementos lógico-formais da fala, juntamente com o elemento prático, porque traduz as vivências de quem fala. Assim, toda a experiência é mediada pela linguagem, de onde a revelação de uma experiência que se dá através da linguagem demonstra o caráter transformador desta, porque possibilita tanto ao que fala como ao intérprete da fala uma compreensão, uma atribuição de sentido à experiência, uma nomeação ou renomeação do mundo. Se não existisse a possibilidade de uma interrogação a ser proporcionada pelo texto, aberta ao contributo de sentido do intérprete, estaríamos sempre diante de interpretações fechadas. Daí por que uma verdadeira interpretação jurídica deve levar em conta os questionamentos do texto, e estar aberta a uma possibilidade de interpretação que atenda à solução do conflito concreto, seguindo uma justificabilidade racional baseada numa pré-compreensão da realidade". Ela analisa a "filosofia da linguagem" e autores como HEIDEGGER e GADAMER, afirmando que "Toda a teoria da prova testemunhal, conforme a nova hermenêutica, deve ser revista como argumento de razoabilidade a indicar uma verdade possível e verossímil, tipicamente histórica e contingente, a ser construída pela fusão de horizontes da experiência do juiz, com a fala da testemunha, numa totalidade que produz sentido".

### 3. FATOS E DIREITO

A presunção de conhecimento da lei afasta a necessidade de prova desta. O artigo 337 do Código de Processo Civil apenas excepciona quanto à prova de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário. *Alexandre Freitas Câmara* registra que a regra deste artigo não se aplicaria quanto às leis da própria comarca do Juiz<sup>(19)</sup>. Esta observação igualmente era feita por *Gabriel Rezende Filho* relativamente à norma similar do antigo Código de Processo Civil de 1939, artigo 212<sup>(20)</sup>. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal não poderia deixar de conhecer ato do Poder Executivo do Distrito Federal, conforme Acórdão mencionado por *Theotônio Negrão*, em seu CPC Comentado, edição de 2000.

*Eduardo Couture* noticiava já ter ocorrido certa exceção, em seu país, quanto à proliferação de normas relativas a registro de patentes, quando era necessária a prova da regra vigente<sup>(21)</sup>. Esta excepcionalidade nos faz pensar sobre o futuro de nosso País, onde já existem mais de quatro mil Medidas Provisórias, várias delas reeditadas com redação diversa da original. A respeito vale lembrar o alerta de *Paulo Bonavides*, que já aponta uma grave "falência representativa do sistema legislativo"<sup>(22)</sup>.

Os conhecimentos doutrinários servem para auxiliar nos julgamentos, entre outros. Em nossa legislação, inexistente necessidade de que esses constem nos fundamentos de uma decisão judicial, e, conseqüentemente, inexistente prova sobre os mesmos. Em certo momento, houve disposição da

(19) CÂMARA, *Alexandre Freitas*, obra antes citada, p. 349.

(20) FILHO, *Gabriel Rezende*, "Direito Processual Civil", Saraiva, 1955, p. 212, item 665.

(21) COUTURE, *Eduardo*, obra antes citada, p. 140, onde se lê que: "A regra inversa dominava no direito grego primitivo, no qual o juiz somente podia aplicar a lei invocada e provada pelas partes. Para Aristóteles as provas eram cinco: as leis, as testemunhas, os contratos, a tortura dos escravos e o juramento".

A norma a que nos estamos referindo tem, entretanto, algumas exceções que fazem objeto de soluções particulares. Assim, por exemplo, quando a existência da lei é discutida ou controvertida, produz-se uma interferência entre os campos respectivos do fato e do direito. No Uruguai, as edições correntes das leis de 'Patentes de giro' contém uma interpolação que não é obra do legislador, tendo aparecido na consolidação realizada pelo Poder Executivo, com base na autorização outorgada pela Lei n. 9.173, mas com evidente excesso de poderes. Em casos como este, a existência ou inexistência da lei, que em si mesma é um fenômeno de direito, pode tornar-se uma questão de fato. Havendo dúvidas quanto à autenticidade das edições oficiais, será mister produzir prova do fato da existência ou inexistência da lei, recorrendo aos arquivos do Parlamento e do Executivo, onde se encontram os textos originais.

Por conseguinte, uma primeira exceção ao princípio de que o direito não é objeto de prova, seria a prova da existência ou inexistência da lei. Convém esclarecer, entretanto, que o fato das partes terem discutido a existência do direito, sem todavia produzirem prova a respeito, não obsta a que o juiz decida a controvérsia, investigando por seus próprios meios, ainda que fora dos autos, a lei aplicável".

(22) *Paulo BONAVIDES*, in *Revista do TST*, volume 67, número 1, jan/mar 2001, p. 131, em que é registrado, ainda, a existência de 649 projetos de Emenda Constitucional, tramitando nas duas Casas do Congresso Nacional.

Lei do Uruguai, artigo 466 do Código de Processo Civil, no sentido de que se "impunha ao juiz a citação de 'leis e doutrinas aplicáveis' nos considerando de sua sentença"<sup>(23)</sup>.

João Antonio Pereira Leite, em brilhante estudo sobre "A Presunção no Direito do Trabalho", expressa, lembrando *Pontes de Miranda*, que: "É supérflua a regra da lei que autoriza o juiz... a pensar" e que seria:

*"Recomendável, acaso, mais acuidade e coragem, sem imprudência, no proclamar certas presunções e repelir outras... Percebe-se, v. g., na jurisprudência, implícita presunção de excepcionalidade das horas extras, quando, sabidamente, em certos setores, a prorrogação habitual é a regra. A presunção da despedida tem sido aceita pela melhor doutrina, sem lograr, porém, o aplauso dos tribunais.*

*Ante a vacilação ou natural incerteza do julgador, as presunções legais relativas serviriam de indiscutível instrumento de Justiça, aos que se vêem impossibilitados de realizar a prova, pela debilidade de sua condição social e econômica. O ampliar o número das presunções legais, juris tantum, escassas em nosso direito positivo, é providência apta a solucionar questões até hoje precariamente resolvidas"* (grifo atual)<sup>(24)</sup>.

(23) METALLO, Mercedes in "Estudos sobre as Fontes do Direito do Trabalho", Coordenador Américo Piá Rodrigues, LTr, 1998, p. 191, notícia e comenta que "continua fazendo o art. 197 do Código Geral do Processo, que diz que deverão ser expostas na sentença as razões jurídicas por cujo mérito se aplica o direito. Há uma 'recíproca ajuda e colaboração da jurisprudência e da doutrina', porque a primeira cita a segunda para fundamentar suas conclusões e, ao contrário, a única oportunidade de confrontar a experimentação fática da doutrina é a de ser aceita por uma sentença. Pode acontecer às vezes de uma doutrina não ser recebida pela jurisprudência, por ser excessivamente adiantada para o estado da Ciência Jurídica no momento em que é formulada, mas, após algum tempo, é retomada por algum magistrado ou tratadista e se impõe em condições jurídicas mais propícias".

(24) LEITE, João Antonio Pereira, in Revista do TRT da Quarta Região, número 7, de 1974, p. 3 e seguintes, onde se lê "...LIEBMAN esclarece que as presunções simples não são meios de prova, isto é, prova no sentido objetivo mas constituem prova no sentido subjetivo, ou seja, "uma elaboração das provas alcançadas por outros meios". Mais adiante ele menciona SANTOS, Moacyr Amaral em "Prova Judiciária no Cível e Comercial" e CÂMARA LEAL, analisa o art. 251 do CPC para dizer que "...O uso prudente das presunções simples é instrumento indispensável para a solução correta dos dissídios do trabalho". Mais adiante lembra o jurista mexicano Urbina, ALBERTO TRUJEDA quando diz que "a prova do trabalhador para comprovar sua relação de trabalho e o cumprimento de seus deveres sociais não requer a rigidez da prova para comprovar a inexistência da relação ou a despedida; porque a primeira é a expressão, sem linha jurídica, para seguir vivendo do salário ou da indenização e, a segunda, para condenar o trabalhador a morrer de fome juntamente com sua família. Em conseqüência, a prova trabalhista tem uma natureza social básica para o trabalhador, enquanto que para o empresário ou patrão é secundária em razão de seus interesses patrimoniais que têm valores distintos dos humanos".

Advoga, em seguida, a inversão do ônus da prova em favor do empregado, e censura o mesmo recurso em benefício do empregador, concluindo: "A inversão da prova cumpre, pois, no processo do trabalho uma função tutelar do trabalhador que constitui, por outra parte, a finalidade de toda legislação social, que, sem prejuízo de garantir os direitos dos fatores ativos da produção no processo, olha com especial atenção, quanto se refira ao elemento operário e à sua proteção".

Ainda que se afirme que o direito probatório diga respeito; acima de tudo; ao direito processual, é oportuno que se medite sobre observação mais abrangente de *Francisco Rossal de Araújo*, buscando desvendar o próprio ato de julgar:

*“Assim como cada indivíduo possui a sua noção de realidade e poderá compartilhá-la com outros indivíduos através da comunicação, o processo judicial também é um processo comunicativo no qual o juiz e as partes compartilharão os seus pontos de vista de observação da realidade. Através da observação e da comunicação, poderá o julgador apreender a realidade e modificá-la, segundo os valores constantes da norma jurídica ou segundo os seus valores subjetivos, sempre dentro do espaço de indeterminação deixado pela própria norma jurídica.*

*— As partes, ao expor suas razões no processo, já interpretaram a realidade e a enunciam para o julgador conforme sua percepção e seus interesses. O juiz ponderará as versões e construirá a sua, segundo técnicas processuais (meios probatórios) e normas materiais que condicionam a sua interpretação (ônus probatórios e presunções). No final, construirá a sua própria versão da realidade, que servirá como base da sentença judicial” (grifo atual)<sup>(25)</sup>.*

A própria escolha dos fatos a serem provados e, posteriormente, julgados já constitui uma definição de relevância. Em determinada situação, bem peculiar, relativa a julgamento de legalidade ou ilegalidade de uma greve, a Juíza *Fany Fajerstein* acreditava estar julgando a paralisação como demonstração de repúdio à morte de colega na saída de uma derradeira assembleia. Ao contrário, seus colegas de Turma do E.TRT de Campinas acreditavam estar julgando apenas a legalidade ou ilegalidade em razão da procedência ou não das próprias reivindicações e demais requisitos da lei específica de greve. Em seu voto vencido, ela finalizou sustentando que:

*“No caso analisado, constatamos que houve uma paralisação do trabalho, que entendemos decorrente da morte do sindicalista. Até aí somente averiguamos matéria de fato, matéria do mundo do ser.*

(25) ARAÚJO, *Francisco Rossal de*, em estudo prévio de Doutorado, perante a Universidade Pompeu Fabra de Barcelona, 2001. Na continuidade do parágrafo transcrito ele afirma que: “A sentença judicial é uma visão da realidade como qualquer outra. No plano extrajudicial não há nenhuma distinção entre a versão do juiz e a versão das partes. Apenas se diferencia da visão das partes por força dos efeitos distintos que lhe dá o ordenamento jurídico. É o que foi visto quando se distinguiu entre proposição jurídica e sentença judicial. Ao conceber a situação de fato para poder aplicar a norma, o juiz a reduz a um enunciado como qualquer outra pessoa. Os efeitos são distintos por força do que dispõe o ordenamento jurídico. (...) caráter ideológico do Direito está presente a todo o momento”.

*Sendo o julgamento uma conexão entre o fato e o direito, a saber, entre o mundo do ser e do dever ser, expresso pelas normas jurídicas, poderia ser aplicada a Lei de Greve?*

*Entendemos que não, pois, apesar das conseqüências objetivas serem as mesmas, a saber, paralisação do trabalho, no nível dos fatos, a causa imediata foi a morte do sindicalista, fato que foge totalmente à Lei de Greve<sup>(26)</sup>.*

A dificuldade quanto à exata definição do papel do Juiz ao interpretar os fatos e dizer o Direito, somente, é superada pela frágil compreensão quanto às finalidades dos diferentes graus de jurisdição. Em outro momento, dissemos em estudo conjunto com Luiz Alberto de Vargas que:

*"(...) urge um debate mais profundo sobre a melhor concepção da natureza do procedimento revisional. Desde logo, assume-se o risco de afirmar que a revisão da sentença não é o refazimento da mesma como se a Turma do Tribunal se transformasse em juiz singular. Antes de tudo, porque essa transmigração é impossível. Por melhor que os registros de ata reproduzam os depoimentos de partes e testemunhas, jamais poderão transmitir a realidade complexa ocorrida na sala de audiência que somente o juiz, in loco pode captar<sup>(27)</sup>.*

No mesmo estudo, em capítulo sob o título "Máquinas e Computadores", apontou-se que *"estamos diante de um debate poucas vezes enfrentado com a definição das exatas finalidades e pressupostos filosófico-jurídicos de cada julgamento, valendo como exemplo, quase único, o belo e rico texto da Juíza do Trabalho de Campinas Fany Fajerstein",* aqui, novamente, já referido.

A própria celeridade, além do enfraquecimento do papel do julgador de primeiro grau e, acima de tudo, a ausência de uma formulação mais

(26) FAJERSTEIN, Fany, "Democracia e Direito do Trabalho", Coordenador Luiz Alberto de Vargas, LTr, 1995, p. 112. No seu voto vencido ela sustentou que "Estamos convictos de que o julgamento deve basear-se na análise de causa e efeitos. No caso analisado, o efeito foi a paralisação do trabalho, mas a causa foi o ataque contra o sindicalista, que redundou em morte. E seria essa uma causa que pudesse ser enquadrada no conceito de greve? Não, pois tratou-se de um fato anômalo, não abrangido pelo Direito do Trabalho e sim pelo Direito Penal. III — Na análise da epistemologia jurídica, pelo menos sob o ponto de vista do Juiz, quando da elaboração de uma sentença, há necessidade de analisar-se os fatos e depois procurar a norma aplicável à espécie. Nesta ocasião o Juiz se depara com um problema difícilíssimo, a saber, a análise do fato que ensejou a prestação jurisdicional".

(27) "Fatos e Jurisprudência — reflexões iniciais", VARGAS, Luiz Alberto de e FRAGA, Ricardo Carvalho, Juízes do Trabalho no Rio Grande do Sul, sendo o primeiro Doutorando em Barcelona, Suplemento Trabalhista LTr 117/99, bem como o livro "Direito do Trabalho e Realidade", Coordenador Cláudio Scandola, Editora Livraria do Advogado, 2000, p. 168. Já foi dito que "...certas demandas deveriam terminar, em definitivo, no primeiro grau, sob o ponto de vista de matéria de fato. Daí para frente os recursos seriam puramente jurídicos", foi o depoimento do Ministro VELLOSO, Carlos perante Comissão de Reforma do Poder Judiciário, divulgado na "Voz do Brasil" de 24 de outubro de 2000.

crystalina dos aprendizados do Direito ficam esquecidos e relegados. Por isto, no mesmo estudo, sob o título "Tribunais e Celeridade", mais próximos à conclusão, buscou-se apontar:

*"Em realidade, cada vez mais, em todo mundo desenvolvido vem se impondo um novo trabalho aos Tribunais. Como o julgamento de 'todos os casos' é impossível, o julgamento do Tribunal deve ser, cada vez mais, um julgamento exemplar, que busque formar e cristalizar uma orientação jurisprudencial. ...Na medida em que avance nestes novos rumos, melhor o primeiro grau poderia cumprir seu papel e compreender o efetivo papel dos Tribunais, quanto à formação e cristalização da jurisprudência, inclusive com a edição de súmulas, as quais, certamente, passariam a representar apenas a cristalização de alguma jurisprudência anterior razoavelmente cristalizada, sem trazer surpresas ou incompreensões quando editadas. Medite-se que mesmo os projetos de reforma constitucional dos Deputados Jairo Carneiro e Aloysio Nunes Ferreira, com os quais se tem profundas e inúmeras divergências, inclusive no específico das súmulas vinculantes, no mínimo, cuidavam de que houvesse anterior jurisprudência antes destas"<sup>(28)</sup>.*

A Lei n. 9.957, relativa ao rito sumaríssimo na Justiça do Trabalho, apresenta algumas novidades, nestes temas. Acaso mantido o julgamento de primeiro grau, por seus próprios fundamentos, não será lavrado Acórdão, mas apenas Certidão de Julgamento, artigo 895, parágrafo primeiro, inciso IV. Mesmo as atas de audiências, como já era claro para alguns, em razão dos artigos 843 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho, deverão ter "registrados resumidamente os atos essenciais", artigo 852-F, acrescentado a mesma CLT.

Houve veto do Presidente da República à limitação dos recursos ordinários, tal como aprovado no Congresso Nacional. Restou a limitação do recurso de revista, o qual foi mantido somente para casos de "contrariedade à súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho e violação direta da Constituição da República" (artigo 896, parágrafo sexto).

---

(28) Em exemplo de tema freqüente nos julgamentos da Justiça do Trabalho, lembramos, no mesmo texto, que "Nesta visão sobre o exato papel de cada instância tampouco seriam freqüentes as reformas com escassa argumentação contra os fundamentos jurídicos dos primeiros julgamentos. Por exemplo, relativamente aos julgamentos de primeiro grau que decidiam pela inconstitucionalidade da base de cálculo do salário mínimo do adicional de insalubridade, desde o início haveriam decisões de segundo grau, refutando seus fundamentos. Haveriam muitas linhas enriquecendo o debate, em todas as instâncias, máxime por se tratar de matéria constitucional. Sendo assim, hoje, quando o próprio STF reconheceu a inconstitucionalidade do cálculo do adicional de insalubridade com base no salário mínimo, já teríamos lido antes uma chance de refletir melhor sobre a matéria e adotar um posicionamento mais enriquecido, a favor ou contra, que representasse um maior avanço doutrinário".

Luciane Cardoso, em comentário a esta mesma Lei, quanto à instrução probatória, observa novas possibilidades de atuação mais incisiva do Juiz:

*"Visto sob o prisma da apreciação da prova, a inclusão de um dispositivo que incentiva a 'dar especial valor às regras de experiência comum' abre-nos um caminho interpretativo para a valoração da prova que deve ser preenchido com parâmetros de razoabilidade. Por uma 'lógica do razoável' extraída da experiência humana, devem ser interpretados os fatos que traduzem a realidade social concreta trazida para o processo pelo filtro probatório.*

*Concluindo: podemos constatar que, independentemente das críticas que possam ser feitas à Lei n. 9.957/2000 em sua totalidade, o art. 852-D da mesma lei incentiva uma postura política de incremento dos poderes instrutórios do juiz na condução do processo e aplicação justa da lei. A boa administração do dispositivo legal pelo magistrado significa impulso legitimador da atividade jurisdicional, tão necessário no momento atual"<sup>(29)</sup>.*

Os inúmeros debates sobre a nova Lei n. 9.957, que teve ato solene de promulgação, na Capital Federal, ao início do ano de 2000, apresenta outra inovação, mais profunda, quanto ao papel do juiz, que ainda está por ser melhor avaliada. Francisco Rossal de Araújo percebeu que:

*"O mesmo dispositivo pode ensejar outro tipo de reflexão: tradicionalmente o ordenamento jurídico afirma que o juiz deve decidir de acordo com a lei e, somente em caso de lacunas (falta de previsão normativa para a situação de fato em questão) é que o julgador deve utilizar de outros meios para decidir o caso. Essa tradição está expressa no art. 4º da LICC e no art. 8º da CLT. O parágrafo único do art. 852-I, inverte a lógica e estabelece a prioridade da Justiça e Equidade na sentença e, com caráter finalístico, a relaciona com o atingimento dos fins sociais da Lei e o Bem Comum. Somente o tempo vai dizer se os Tribunais do Trabalho vão fazer frutificar essa disposição legal de caráter inovador e que permite aproximar a decisão judicial da realidade"<sup>(30)</sup>.*

#### 4. CEDO OU TARDE DEMAIS

Já em 1947 na Escola Nacional de Jurisprudência, posteriormente, Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México, *Eduardo Couture* apresentou seu Projeto de Código de Processo Civil. Ao início,

(29) CARDOSO, Luciane in "Sumaríssimo Trabalhista — 1 ano", Editora HS, Organização Amatra IV, 2001, p. 40.

(30) ARAÚJO, Francisco Rossal de in "Sumaríssimo Trabalhista — 1 ano", Editora HS, Organização Amatra IV, 2001, p. 98.

justificou a necessidade de que os princípios constassem na própria lei, propondo o quinto como sendo "o juiz deverá manter, dentro do possível, a igualdade das partes no processo"<sup>(31)</sup>.

No debate antes mencionado, entre outros, interveio o Professor Alberto Trueba Urbina, ponderando:

*"Os caçulas dos processualistas, os estudiosos do processo trabalhista, como aquele que fala neste instante, sentimo-nos profundamente satisfeitos por encontrar, no Projeto de Código, as diretrizes fundamentais que, brilhantemente, foram examinadas nesta noite. Sentimo-nos, também, estimulados, porque, precisamente, as modalidades do processo trabalhista influíram no desenvolvimento do processo civil, com seus princípios fundamentais específicos: tecnicismo, rapidez, economia, porque nele se trata nada menos que de disputas entre entidades humanas, essencialmente desiguais, como o são empregados e empregadores.*

*Como o direito — já se disse, aqui, de modo muito elegante — é feito para a vida, o legislador do trabalho aproximou-se mais dela, levando em conta essas desigualdades. Sabemos todos, perfeitamente bem, que, na exposição de motivos do Código de Processo Civil italiano, se afirma, de modo categórico, que as regras do processo trabalhista se estenderam ao processo civil. Quer isso dizer que os cultores do Direito Processual do Trabalho cooperaram no desenvolvimento progressivo do processo civil"<sup>(32)</sup>.*

Em sua resposta, o Professor Eduardo J. Couture teceu comentários sobre a situação do Direito do Trabalho em seu país naquele momento e concluiu:

*"Cheguei à convicção, através de um estudo que o Professor Trueba Urbina, em seu notável livro Derecho Procesal del Trabajo, julgou de maneira extremamente generosa, de que o direito adjetivo do trabalho não deixou de pé nem um só dos princípios clássicos do*

(31) Couture, EDUARDO J., "Interpretação das Leis Processuais", Forense, 1997, tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, p. 58.

(32) Obra, por último citada, de E. COUTURE, p. 135, a partir da qual TRUEBA URBINA acrescenta que: "Existe o princípio de que todos os homens são iguais perante a lei, mas todos reconhecemos, também, que é falso tal princípio. Em consequência, penso que o art. 5º do admirável Projeto de Código mencionado deve ser reforçado, revigorado, para que não resulte fictício, como o princípio da igualdade jurídica; porque o fato de impor ao juiz a obrigação de visar à igualdade das partes no processo, sem lhe dar uma orientação precisa, equivale a reproduzir, na esfera do processo, o preceito jurídico da igualdade dos homens diante da lei...

Em síntese, para tornar efetivo meu pensamento, considero fundamental que se adicione, adequadamente, a palavra real ao texto do Projeto, para que lá se exija a igualdade real das partes em juízo, como símbolo de humanismo processual e de autêntica justiça. Caso não seja apropriada a palavra real, que encerra um conceito claro frente a ficção, será possível procurar outra. O senhor é um homem de grandes recursos intelectuais e pode encontrar o conceito que imprima mais solidez à idéia que inspirou seu Projeto de Código".

*Direito Processual Civil. Ele excedeu, literalmente, todos os postulados que estamos manejando para a justiça civil ordinária: a idéia de prova, em virtude dos fenômenos típicos da inversão do ônus da prova, em matéria de acidentes ou em matéria de indenização por despedida; a idéia da coisa julgada, mediante o problema da sentença coletiva; a idéia de jurisdição; a idéia relativa ao princípio de igualdade entre as partes etc. Tudo foi ultrapassado pelas exigências do processo trabalhista.*

*Torno a repetir que existem, entre nós, coincidências muito profundas quanto à essência e ao destino do Direito Processual do Trabalho. Quero, apenas, esclarecer, para fugir a uma apreciação errônea por parte de quem não conheça a realidade de nosso país, que a orientação que comento poderia ser justificada, porque neste Projeto não se trata, por enquanto, de iniciativas do tipo das que preocupam ao Professor Trueba Urbina e a mim”<sup>(33)</sup>.*

Entre nós, José Fernando Ehlers de Moura expressou semelhantes preocupações quanto ao Direito Processual do Trabalho e Civil<sup>(34)</sup>. Em estudo, mais próximo às conclusões, ele observa que:

*“De outro lado, o mesmo insigne Carnelutti percebera a valia do princípio de se atribuir a carga da prova à parte que esteja na melhor situação para oferecê-la. Infere-se desse princípio ser irrelevante tratar-se de autor ou de réu quem deva arcar com o onus probandi do fato.*

(33) Obra citada de E. COUTURE, p. 138, em que o próprio responde dizendo: “A resposta será, também, muito breve, porque, na realidade, existem entre o Professor Trueba Urbina e a minha pessoa profundas consonâncias sobre o conteúdo e o destino do Direito Processual do Trabalho. No tocante a sua sugestão acerca do princípio de igualdade, não me considero, neste momento, em condições de dar nenhuma solução. Direi, apenas, que suas premissas ficam, em certo sentido, gravadas em mim. Poderia dizer que ficam em estado de fermentação e de sugestão. Tratarei de cristalizar sua observação, o mais depressa possível e da melhor maneira, em um texto adicional”.

(34) MOURA, José Fernando Ehlers de, Revista do TRT da Quarta Região, número 7, 1974, p. 25, em que se lê “Trueba Urbina, entretanto, que escreveu, quicá, a obra de Direito Judiciário do Trabalho de maior transcendência na América do Sul, sustenta que o Direito Judiciário do Trabalho destruiu ou renovou, um a um, os princípios fundamentais do processo civil, de modo a deixar intacta, apenas, a estrutura lógica do processo.

Com efeito, o Direito Processual Civil admite implicitamente a igualdade de condições dos litigantes no processo, o que não é corrente no processo do trabalho. CARNELUTTI já esboçara a regra de se atribuir o ônus da prova à parte que esteja provavelmente na situação mais favorável para produzi-la. Encontramos esse princípio esposado na doutrina estrangeira e na legislação processual do trabalho de alguns países.

O estado de subordinação do trabalhador, a sua instrução inferior na maioria das vezes, não raro analfabeto, ao passo que as empresas possuem departamento pessoal com escrituração e registros próprios, além de controle da frequência e do horário de trabalho, são condições e circunstâncias que colocam o empregador em situação mais favorável para produzir prova de dados do contrato de trabalho e da prestação, inclusive dos próprios fatos constitutivos dos direitos do empregado, realidade que contraria os princípios esposados pelo art. 209 do Cód. de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, e que aponta para a estrada larga da

*Daí por que o Anteprojeto de Código de Processo do Trabalho do preclaro Ministro Russomano dispõe no parágrafo único de seu art. 77, após haver adotado no caput do artigo o princípio de que 'a prova das alegações incumbe à parte que as fizer': 'A ausência do trabalhador ao emprego fará presumir sua despedida, até prova em contrário, salvo nos casos de abandono de emprego em que o empregador tenha comunicado o afastamento do empregado à autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, mediante documento escrito'<sup>(35)</sup>.*

Mais recentemente, *Francisco Rossal de Araújo* lembrou o "princípio de oportunidade de prova" dizendo:

*"As partes devem ter igualdade na oportunidade para a produção de provas. Toda a prova tornada possível a uma delas, deve ser oportunizada à outra. Esse princípio não se confunde com o ônus probatório. Na prova documental, por exemplo, a oportunidade de prova diz respeito ao momento da produção, e não ao conteúdo ou à distribuição do seu ônus. No Processo do Trabalho, o empregador tem um ônus diferente do empregado no que tange aos documentos, porque a maioria dos documentos existentes na relação de emprego são originados (feitos) pelo empregador. Nessas circunstâncias, interpretar igualdade de oportunidades como igualdade de ônus constitui profundo equívoco"<sup>(36)</sup>.*

O Código de Defesa do Consumidor representou novos e importantes avanços, em matéria das provas. *Kasuo Watanabe* afasta as críticas contra certo rigorismo desta Lei, principalmente quanto ao artigo 6º, inciso VIII:

*"O dispositivo prevê duas situações distintas: a) verossimilhança da alegação do consumidor e b) hipossuficiência do consumidor.*

inversão do ônus da prova. A não ser assim, a única prova que ficaria ao alcance do trabalhador seria a testemunhal, justamente a mais falha, além de constituir-se na mais das vezes em colegas de serviço do litigante, constrangidos pelo temor que a repercussão de suas declarações pode causar, podendo acarretar-lhes, inclusive, a perda do emprego com prejuízo da sua subsistência. Com muita acuidade, adverte Lopes da Costa que em processo a pesquisa da verdade não é somente um problema de lógica, mas também um problema político. Daí as largas possibilidades que se abrem no processo do trabalho à teoria da inversão do ônus da prova. Apesar de não ter esta se constituído em formulação do Direito do Trabalho, está sendo, como afirmou Russomano uma conquista desse direito".

Nasceu a teoria da inversão do ônus da prova no campo civil. Daí se difundiu para o âmbito da infonfística, na época em que esta era de índole inteiramente civil, orientada, inclusive, pelos princípios civilistas. Nesse tempo a concepção que dominava para explicar o pagamento das indenizações por acidentes de trabalho e moléstias profissionais era a teoria da culpa. As enormes dificuldades para se demonstrar a culpa do empregador, a ponto de acarretar o indeferimento da indenização ao trabalhador acidentado na maior parte dos casos, com consideráveis reflexos sociais, inspiraram aos defensores da teoria da culpa na infonfística a adoção do princípio da inversão do ônus da prova. De acordo com este passou-se a presumir a culpa do empregador no acidente do trabalho, atribuindo-se ao empresário o ônus de provar que não houvera culpa sua no acidente". (o artigo citado do CPC é o de 1939).

(35) MOURA, José Fernando Ehlers de, mesma Revista do TRT da Quarta Região, p. 29.

(36) ARAUJO, Francisco Rossal de, estudo de Doutorado antes mencionado.

*Na primeira situação, na verdade, não há uma verdadeira inversão do ônus da prova. O que ocorre, como bem observa Leo Rosenberg, é que o magistrado, com a ajuda das máximas de experiência e das regras de vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes: Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova.*

*Cuidou o legislador, apesar disso, de explicitar a regra e o fez com propósitos didáticos, para lembrar aos operadores do Direito, não muito propensos a semelhante critério de julgamento, que é ele inafastável em processos que tenham por conteúdo o direito do consumidor. E há, no dispositivo, também a lembrança de que, tratando-se de tutela do direito do consumidor, deve ser utilizado com mais frequência, regra inscrita no art. 335 do Código de Processo Civil.*

*Na segunda situação, que é a da hipossuficiência, poderá ocorrer, tal seja a situação do caso concreto, uma verdadeira inversão do ônus da prova<sup>(37)</sup>.*

O renomado processualista, mais adiante, quanto ao momento de aplicação da regra de inversão do onus da prova relata o debate, posicionando-se com maior cautela<sup>(38)</sup>. Em obra anterior, quase contemporânea ao Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990, José Roberto dos Santos Bedaque, também, sustenta que "as regras

(37) WATANABE, Kazuo, "Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto", Forense Universitária, 1999, p. 712.

(38) WATANABE, Kazuo, obra citada, p. 714, dizendo: "Não se desconhece a existência de entendimento doutrinário e de julgados que defendem a tese de que 'o deferimento da inversão do ônus da prova deverá ocorrer entre o ajuizamento da demanda e o despacho saneador, sob pena de se configurar prejuízo para a defesa do réu' (TJSP, Agr. Instr. n. 014.305-5/8, 4ª Câmara de Direito Público, rel. des. José Geraldo de Jacobina Rabello, j. 5.9.95).

Não nos parece a melhor inteligência do dispositivo legal em análise. Na mesma linha do nosso entendimento exposto, a Col. 9ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo teve a oportunidade de proclamar que preceito legal algum determina que o citado art. 6º, VIII, só pode ser aplicado quando o juiz, antes do início da instrução probatória, tenha decidido ser o caso de sua incidência". Além disso, "se a inversão do ônus probatório, no caso do art. 6º, VIII, depende da verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, força é entender que o juiz não pode decidir antecipadamente a respeito, posto que as citadas circunstâncias fáticas ao menos na maioria dos casos dependem de elucidação probatória, não comportando, portanto, decisão antecipada" (Ap. Civ. 255.461-2/6, rel. des. Aldo Magalhães, j. 6.4.95).

É, todavia, medida de boa política judiciária, na linha evolutiva do processo civil moderno, que confere ao juiz até mesmo atribuições assistenciais, e na conformidade da sugestão de Cecília Matos, que no despacho saneador ou em outro momento que preceda a fase instrutória da causa, o magistrado deixe advertido às partes que a regra de inversão do ônus da prova poderá, eventualmente, ser aplicada no momento do julgamento final da ação. Com semelhante providência ficará definitivamente afastada a possibilidade de alegação de cerceamento de defesa.

relativas à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão-somente no momento de decidir". *Alexandre Freitas Câmara* acredita estar tratando-se de "regras de julgamento", relacionando o tema com o "princípio da comunhão" das provas, ou seja, no momento em que estão sendo produzidas passam a integrar os autos, tendo menor relevância saber-se de quem é o ônus<sup>(39)</sup>.

Na prática, perante a Justiça do Trabalho, tem sido cada vez mais freqüente a tentativa de ouvida das testemunhas conforme o ônus das partes, em ordem, ou seja, primeira as da reclamada, principalmente quando se examina alegação de justa causa. Na verdade, o próprio artigo 765 da Consolidação das Leis do Trabalho afirma um poder de direção do processo ao juiz mais amplo que o CPC. Falta, de qualquer modo, uma melhor definição do tema, talvez até em lei, porque existirão inúmeras consequências deste outro entendimento. Eventualmente, este novo avanço somente venha a ser viável quando o mesmo debate for mais intenso na Justiça Comum.

## CONCLUSÃO

O mencionado Professor *Bedaque*, Desembargador em São Paulo, noticia uma tendência visível fora de nosso País quanto ao papel do Juiz, em matéria das provas. Ele afirma que: "*A concepção de que o reforço da autoridade do juiz, que dá origem ao chamado processo inquisitivo, corresponde a regimes não democráticos de governo, é absolutamente equivocada. Aquilo que se convencionou chamar de processo acusatório, onde os poderes de iniciativa das partes são levados a extremos, resulta de um individualismo político e filosófico já ultrapassado, pois não atende à realidade socioeconômica do Estado moderno, cuja atividade é toda voltada para o social*"<sup>(40)</sup>.

O reconhecimento de que o magistrados também vivem em sociedade, onde inclusive exercem a cidadania, recolhendo um certo conhecimento da realidade, não pode deixar de ser considerado nos dias atuais. O Juiz

(39) *BEDAQUE, José Roberto dos Santos*, "Poderes Instrutórios do Juiz", Editora Revista dos Tribunais, 1991, página 86. *CÂMARA, Alexandre Freitas*, obra citada, p. 347.

(40) *JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE*, obra citada, p. 60, no sentido de que: "Após breve análise da legislação estrangeira, a respeito dos poderes instrutórios do juiz, percebe-se uma nítida tendência no sentido de sua ampliação. Existem, todavia, ordenamentos jurídicos fortemente influenciados por concepções privatistas ultrapassadas, em que o julgador ocupa ainda a posição de mero observador do duelo travado entre os litigantes, sem qualquer preocupação com o resultado do processo. Por isso, pode-se dividir o direito alienígena em três grandes grupos: aqueles que não conferem poder instrutório ao juiz, aqueles que o fazem com restrições e os que permitem amplamente a investigação probatória oficial. Integra o primeiro grupo, sem sombra de dúvida, o Direito espanhol, fortemente influenciado pelo chamado princípio dispositivo". Após, ele menciona as leis do Chile, Itália, França, Argentina, Áustria, União Soviética, Hungria, e Checoslováquia, afirmando "que o Brasil é apontado pela doutrina estrangeira, juntamente com a Alemanha, Itália, México, Argentina, Áustria e Rússia, como um país em que encontra-se consagrada a tendência moderna de concessão de poderes instrutórios ao juiz".

do Trabalho, em São Paulo, *Jorge Luiz Souto Maior* constatou que as decisões judiciais não podem mais se deslocar “daquilo que muitas vezes já é do conhecimento geral”<sup>(41)</sup>.

Pensando-se com mais profundidade, percebe-se que “será parcial o juiz que deixar de determinar, de ofício, a produção de certa prova, pois, nesse caso estará favorecendo a parte a quem tal prova seria prejudicial”, como afirma *Alexandre Freitas Câmara*. Analisando os atuais rumos do direito probatório, *Ovídio Baptista da Silva* propõe, até mesmo, uma diferente utilização dos diversos meios de prova, privilegiando-se a inspeção judicial<sup>(42)</sup>.

Acredita-se, então, na necessidade e possibilidade de novos avanços dos estudos sobre tema. Certamente, em breve, poder-se-á estar em melhores condições de bem compreender e mais transformar a realidade, bem como, em alguns instantes, quase só observá-la, como diz a canção:

“Não: Não digas nada — *Secos e Molhados*”

“Não: não digas nada

Supor o que dirá

A tua boca velada

É ouvi-lo já

É ouvi-lo melhor

Do que o dirias

O que és não vem à flor

Das frases e dos dias

És melhor do que tu

Não digas nada, sê

Graça do corpo nu

Que invisível se vê.”

(41) MAIOR, *Jorge Luiz Souto*, Boletim da Associação dos Juízes para a Democracia, São Paulo, número 22, p. 7.

(42) CÂMARA, *Alexandre Freitas*, obra citada, p. 41 SILVA, *Ovídio Batista da*, “Curso de Processo Civil”, volume I, Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, p. 325. Ali, o culto professor, além da maior celeridade, aponta que “os princípios de oralidade e imediatidade a que aspiram os ordenamentos modernos, teria, na inspeção judicial, sua expressão mais autêntica e efetiva, fazendo com que se evitasse a justa observação crítica de CAPPELLETTI de que a oralidade que se pratica no Direito contemporâneo, de um modo geral, é simples oralidade protocolar e não a verdadeira oralidade”.