

Recebimento do artigo: 18/01/2008

Aprovado em: 18/02/2008

Sérgio Shimura

São Paulo, SP, Brasil

sshimura@uol.com.br

Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre, Doutor e Livre-Docente pela PUC/SP. Professor nos programas de graduação e pós-graduação da PUC/SP, da Escola Superior do Ministério Público e do Curso de Mestrado do UNIFIEO.

Sumário

1 Notas introdutórias. 2 Conceito de prova e sua finalidade. 3 Objeto. 4 Fatos que não dependem de prova. 4.1 Fato notório. 4.2 Fato confessado. 4.3 Fato incontroverso. 4.4 Fato presumido. 5 Meios de prova e hierarquia. 5.1 Todos os meios legais e moralmente legítimos. 5.2 Hierarquia entre as provas. 5.3 Dever de colaborar com a justiça. 5.4 Restrições à amplitude probatória. 5.4.1 Escusas legítimas. 5.4.2 Restrições à prova testemunhal. 5.4.3 Sigilo bancário. 5.4.4 Garantias fundamentais. 5.4.4.1 Interceptação telefônica. 6 Ônus da prova. 6.1 Poderes instrutórios do juiz. 6.2 Inversão do ônus da prova. 7 Princípios referentes à prova. 8 Referências.

Resumo

Prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. No processo, significa todo meio destinado a convencer o juízo a respeito da ocorrência de um fato. A Constituição Federal prevê certos direitos e garantias fundamentais que interferem na amplitude probatória. Preceitua que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Contudo, é certo que, dependendo dos interesses em litígio, uma garantia constitucional pode conflitar com outra, podendo o juiz flexibilizar tais regras, analisando o direito de cada parte. A prestação jurisdicional deve ser exercida de modo eficaz e célere, o quanto possível, de maneira mais fiel e próxima àquela existente antes da violação da norma. Em razão disso, exige-se a participação e a colaboração de todos na demonstração dos fatos.

Abstract

It is considered proof every element that can take to someone the knowledge of a fact to someone. In the process, it defines every means taken to convince the judge regarding the occurrence of a fact. The Federal Constitution foresees certain rights and basic guarantees that interfere in the probatory amplitude. It states that within the process it is inadmissible any proof acquired through illicit ways. However, it is certain that, depending on the interests in litigation, a constitutional guarantee may conflict with another and, in this case, the judge might soften such rules, analyzing the right of each part. The judgment must be carried quickly and efficiently and be kept as faithful and similar to the one that there was before the breaking of the norm. For this reason it is expected the participation and the contribution of every one in the demonstration of the facts.

Palavras-chave

Princípio da proibição da prova ilícita. Direito e fato. Meios de Prova. Amplitude probatória. Ônus da prova. Dever de colaborar.

Key words

Principle of the prohibition of the illicit test. Right and fact. Approbatory amplitude. Onus of the proof. The duty to collaborate.

1 Noções introdutórias

A jurisdição consiste na função estatal, exercida pelo Poder Judiciário¹, de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida. Nessa atividade, o Estado-juiz ora conhece do litígio posto pela parte lesada e lhe outorga a solução prevista em lei (processo de conhecimento), ora dá efetividade ao direito já acertado (processo de execução), ora confere tutela preventiva ao direito das partes (processo cautelar).

Em regra, a jurisdição atua sobre um caso concreto, diante de uma hipótese fática específica (ex.: reclamação trabalhista, descumprimento de um contrato, falta de pagamento de aluguel, concepção de um filho etc.).

E essa atividade judiciária é exercida por meio de um **processo**. Em outras palavras, o processo é instrumento de composição da lide, obtível pelo exercício da jurisdição².

Porém, essa atividade só se apresenta **se e quando** provocada pela parte.³ Em regra, sem que a parte apresente expressamente o pedido de uma providência estatal,

¹ No presente estudo, a expressão “jurisdição” é usada como atividade precípua e específica do Poder Judiciário. É que, por vezes, é utilizada como **área territorial** sobre a qual o poder, no sentido administrativo, é exercido.

Exemplos: art. 14, § 7º, Constituição Federal: “São inelegíveis, no território de **jurisdição** do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição”.

Art. 156, CLT. “Compete especialmente às Delegacias Regionais do Trabalho, nos limites de sua **jurisdição**:

I - promover a fiscalização do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho;

II - adotar as medidas que se tornarem exigíveis, em virtude das disposições deste Capítulo, determinando as obras e reparos que, em qualquer local de trabalho, se façam necessárias;

III - impor as penalidades cabíveis por descumprimento das normas constantes deste Capítulo, nos termos do art. 201”.

² No item 6 da Exposição de Motivos do CPC, **lide** designa **mérito** (lide = conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, conforme lição de Cappelletti). Assim, os arts. 5º, 22, 46, I, 47, 110, 126, 132 etc, CPC. Mas, há situações em que a expressão **lide** pode estar no sentido de **ação** ou **processo** (arts. 70, 132, CPC; art. 793, CLT).

³ Art. 2º, CPC. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

não se há cogitar de atividade jurisdicional de ofício.⁴ Tal situação advém do chamado princípio da inércia.

Outrossim, todo pedido se baseia em algum fato afirmado pelo autor/reclamante. E se o réu se opuser, negando o fato ou alegando outros, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, igualmente deve prová-los (art. 326, CPC).

Por isso, na peça inicial que instaura o processo, o requerente (autor / reclamante) deve indicar os fatos que envolvem o litígio ou o dissídio, bem como o respectivo pedido (art. 282, CPC; art. 840, CLT). O art. 282, CPC, reza que a petição inicial deve indicar o fato e os fundamentos jurídicos do pedido. Além disso, não basta alegar. Tem de provar.

Nessa linha de raciocínio, ao analisar o pedido, é possível separar idealmente dois aspectos: o **direito** e o **fato**. Exemplo: na reclamação trabalhista, os fatos podem consistir na admissão ao serviço, as horas trabalhadas e a despedida; o direito resulta da previsão legal abstrata, no sentido de que “É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa” (art. 477, CLT). Em um pedido de indenização, o fato pode consistir no assédio sexual; o direito provém da norma legal, abstratamente prevista (art. 927, CC).⁵

Assim, quando o juiz, na sentença, decide sobre o pedido formulado pela parte, exerce o seguinte silogismo: analisa a **premissa maior** (norma jurídica), constata

⁴ Como exceção ao princípio da inércia, podemos mencionar a “execução trabalhista”, à luz dos art. 877-A e 878, CLT.

Art. 877-A. É competente para a execução de título executivo extrajudicial o juiz que teria competência para o processo de conhecimento relativo à matéria.

Art. 878. A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex-officio*, pelo próprio juiz ou presidente ou tribunal competente, nos termos do artigo anterior.

⁵ Art. 927, CC. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 129, CLT. Todo empregado terá direito anualmente ao gozo de um período de férias, sem prejuízo da remuneração.

132 a premissa menor (fatos) e chega à conclusão (sentença).⁶ Infere-se, pois, que a atividade probatória versa sobre a **situação fática** da relação jurídica.

Apenas excepcionalmente há necessidade de se provar o **direito** (conteúdo e **vigência**, cf. art. 337, CPC; art. 14, LICC).⁷ No processo trabalhista, interessa lembrar as convenções coletivas de trabalho (arts. 154, 227, § 2º, 444, 462, 611 e ss., CLT) ou convenção internacional (art. 651, § 2º, CLT), que, embora não sejam “leis” no sentido estrito, ostentam verdadeiramente conteúdo de norma jurídica.

2 Conceito de prova e sua finalidade

Prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. No processo, significa todo meio destinado a convencer o juízo a respeito da ocorrência de um fato.

Sua finalidade é demonstrar uma situação fática dentro do processo, reunindo elementos para a convicção do órgão judiciário. Interessa ressaltar que a prova é feita para o processo e, por consequência, gera o convencimento do juízo sobre determinado fato.

De conseguinte, ainda que o juiz (pessoa física) já esteja convencido sobre o fato, não pode lastrear a sua decisão em conhecimento próprio e impressão pessoal acerca dos fatos. Deve ensejar a produção da prova para que a mesma se perpetue no processo, inclusive para servir de suporte aos órgãos superiores na verificação do acerto ou do equívoco da sentença.

A exceção a essa regra fica por conta da chamada “máxima de experiência”, conforme dispõe o art. 335, CPC: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado,

⁶ Art. 458, CPC. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Art. 832, CLT. Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão.

Art. 832, CLT. Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão.

⁷ Exemplo de prova da vigência do direito. Na adoção internacional (art. 51, § 2º, Estatuto da Criança e Adolescente), “A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá determinar a apresentação do texto pertinente à legislação estrangeira, acompanhado de prova da respectiva vigência”.

quanto a esta, o exame pericial”. De mesmo teor, o art. 852-D, CLT, preceitua que “O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”.

3 Objeto

A prova envolve **fatos**, relevantes e controvertidos. Na investigação dos fatos, caberá ao juiz perquirir a respeito **do que, quando, onde, quem e como** foram os acontecimentos relevantes à causa. Bem por isso é que o art. 331, § 1º, CPC, determina que o juiz deve fixar os **pontos controvertidos** sobre os quais serão produzidas as provas.

E o art. 852-D, CLT, dispõe que

O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar **excessivas, impertinentes ou protelatórias**, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica (g/n).

Quanto ao fato ocorrido no exterior, o art. 13, Lei de Introdução ao Código Civil, estabelece que “A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça”.

A questão sobre “fatos” e a “respectiva prova” ganha relevo quando se cogita do cabimento dos recursos extraordinários (especial, extraordinário e o de revista), situação que demanda a análise de dois aspectos.

O primeiro refere-se à **valoração da prova**, à admissibilidade legal da prova. Diz respeito ao valor legal da prova, abstratamente considerado. Por hipótese, se a lei federal exige determinado meio de prova, abstratamente considerado, eventual decisão que considere o fato provado por **outro meio** ofende o Direito Federal, permitindo o recurso especial ao STJ (art. 105, III, CF) ou o de revista ao TST (art. 896, CLT).

O segundo aspecto concerne à **reapreciação da prova**. Nesse particular, descabem recursos extraordinários para rediscutir o simples reexame de provas. Vale dizer, se a lei federal não dispuser sobre o valor probante, em abstrato, de certos meios de provas, não se pode asseverar que o julgado local, apreciando bem ou mal as provas, contraria ou ofende Direito federal.

No reexame de provas, pode ocorrer ofensa ao direito subjetivo da parte, mas não contrariedade a Direito federal, abstratamente considerado. De conseguinte, nem o Superior Tribunal de Justiça nem o Tribunal Superior do Trabalho se prestam ao reexame de matéria fática ou reapreciação das provas, sob pena de a instância especial se convolar em ordinária, imiscuindo-se na livre convicção motivada do juiz.

Assim, as Súmulas 279-STF (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”), 7-STJ (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”) e 126-TST (“Incabível o recurso de revista ou de embargos - arts. 896 e 894, ‘b’, da CLT - para reexame de fatos e provas”).

E a Súmula 410-TST não admite nem ação rescisória (“A ação rescisória calcada em violação de lei não admite reexame de fatos e provas do processo que originou a decisão rescindenda”).

4 Fatos que não dependem da prova

Se a prova diz respeito aos fatos controvertidos e relevantes para o deslinde da causa, há outros, por consequência, que não reclamam a respectiva prova. Daí porque o art. 334, CPC, enunciar que “Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

4.1 Fato notório

É o fato que seja de conhecimento geral, em determinado local ou região, sobre o qual as partes não têm dúvida. Exemplo: ninguém há duvidar que o dia 1º de maio é feriado nacional.

No processo trabalhista, a Súmula 217-TST estabelece que “O credenciamento dos bancos para o fim de recebimento do depósito recursal é fato notório, independendo da prova”.

4.2 Fato confessado

É a admissão de um fato que prejudica uma parte e beneficia a outra (art. 348, CPC). O art. 844, CLT, a respeito, edita que “O não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão, quanto à matéria de fato”.

Todavia, a confissão não gera efeitos se provier de pessoa incapaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados (art. 213, CC). E, se feita a confissão por um representante, somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado (parágrafo único do art. 213, CC).

Malgrado a confissão seja irrevogável, a mesma pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação (art. 214, CC). Será caso de ação anulatória, se ainda estiver pendente o processo em que foi feita; e, será caso de ação rescisória, se já transitado em julgado a sentença, da qual constitui o único fundamento (art. 352, CPC).

4.3 Fato incontroverso

É o fato não contrariado pela parte (não necessariamente confessado) e desde que a prova seja disponível (arts. 320, III, 366, CPC). Exemplos: o autor diz que o acidente foi no dia tal, e o réu não contesta. O reclamante alega falta de anotação em carteira de trabalho e a reclamada não oferece defesa quanto a esse ponto.

Na esfera trabalhista, a incontrovérsia se mostra relevante em alguns aspectos, como a condenação em dobro (Art. 467, CLT. Em caso de rescisão do contrato de trabalho, motivada pelo empregador ou pelo empregado, e havendo controvérsia sobre parte da importância dos salários, o primeiro é obrigado a pagar a este, à data do seu comparecimento ao tribunal do trabalho, a parte incontroversa dos mesmos salários, sob pena de ser, quanto a essa parte, condenado a pagá-la em dobro).

No que concerne à revelia, existe a presunção (relativa) da incontrovérsia dos fatos. Revelia é a falta de defesa (contestação), situação em que se presumem verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

A revelia resulta de uma situação fática (ausência de defesa); mas a revelia nem sempre gera **efeitos** (presunção de veracidade dos fatos invocados pelo autor). Diz o art. 320, CPC, que a revelia não induz o efeito da presunção de veracidade: I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.

Como dito, tal presunção é apenas relativa. O juiz pode, ao sentenciar, entender que há carência da ação, que o pedido improcede ou, ainda, mandar produzir provas, em face do princípio do livre convencimento motivado. A propósito, a Súmula 231-STF: “O revel, em processo cível, pode produzir provas, desde que compareça em tempo oportuno”.

Na seara trabalhista, “O não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão, quanto à matéria de fato” (art. 844, CLT). “Ocorrendo, entretanto, motivo relevante, poderá o presidente suspender o julgamento, designando nova audiência” (parágrafo único do art. 844).

A Súmula nº 16-TST estabelece que: “Presume-se recebida a notificação 48 (quarenta e oito) horas depois de sua postagem. O seu não-recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo constitui ônus de prova do destinatário”.

4.4 Fato presumido

Fato presumido é a conclusão a que se chega a partir de um fato conhecido. É uma forma de raciocínio do juiz, pela qual, de um **fato provado**, conclui a existência de outro.

A respeito, o art. 212, IV, CC, reza que “O ato jurídico pode ser provado mediante presunção”. O art. 334, IV, CPC, edita que “Não dependem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

Indício e presunção se equivalem. Ambos encerram um procedimento racional pelo qual de um fato conhecido e certo se conclui, pela lógica da causa e efeito, o fato desconhecido.

Em regra, a presunção é relativa (*juris tantum*), admitindo prova em sentido contrário. Excepcionalmente, a presunção é absoluta (presunção *juris et de jure*), não admitindo prova em contrário. Verificadas as premissas legais, a lei impõe ao juiz a aceitação do fato como verdadeiro (exemplos: é incapaz o menor de 18 anos, art. 5º, CC; é nulo o negócio jurídico quando celebrado por pessoa absolutamente incapaz, art. 166, CC; o registro da penhora de imóvel no cartório imobiliário gera presunção absoluta de conhecimento por terceiros, art. 659, § 4º, CPC).

Ilustrativamente, na jurisprudência, há julgados no sentido de que o uso de imagem sem autorização já leva à presunção de dano moral.⁸

⁸ Trata-se de pedido de ação de indenização por danos morais proposta por goleiro que teve sua imagem (foto) vinculada em folder promocional de empresa (fábrica de bolas), utilizando sua imagem para fins comerciais sem sua autorização e ainda em situação depreciativa: “levando um gol”. O pedido foi julgado improcedente nas instâncias ordinárias, ao fundamento de ausência de prova do dano moral sofrido. Prosseguindo a renovação do julgamento em razão do empate, a Turma, por maioria,

5 Meios de prova e hierarquia

5.1 Todos os meios legais e moralmente legítimos

Todos os meios legais e os moralmente legítimos são hábeis a provar a verdade dos fatos (art. 5º, LVI, CF; art. 332, CPC). O art. 212, CC, estabelece que “Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I - confissão; II - documento; III - testemunha; IV - presunção; V - perícia. Assim, como regra, qualquer meio de prova é hábil para provar os fatos controvertidos e relevantes (ex.: documentos, testemunhas, fotos, filmagem etc.).

A Constituição Federal diz expressamente que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI do art. 5º, CF). O que não se permite é a **obtenção de forma ilícita** da prova. Por exemplo, o documento, em si considerado, é prova lícita; todavia, se a sua obtenção se deu mediante coação, furto, violação de correspondência, tortura, violação de domicílio, deixa de ter valor legal. A interceptação telefônica, em si, é meio de prova; porém, o que está vedado é a interceptação telefônica sem autorização judicial.

Portanto, é vedado meio **ilegal** de prova. Prova **ilegal** (gênero) é aquela cuja obtenção contraria normas legais, ou princípios gerais do direito, sejam de natureza processual, sejam de cunho material. Quando a ofensa incide sobre norma de caráter processual, tem-se a prova **ilegítima**; se afetar norma de conteúdo material, é caso de prova **ilícita**.

5.2 Hierarquia entre as provas

Em princípio, não há uma valoração pré-estabelecida das provas ou uma hierarquia das provas. Não há prioridade na valoração das provas, não ficando o juiz vinculado a determinada prova em detrimento de outra, bem porque o fato pode ser provado por **qualquer meio de prova** (art. 332, CPC).

deu provimento pelo voto mérito da Min. Relatora, de acordo com a jurisprudência assente, segundo a qual a reparação dos danos morais independe da prova desses e considerou que a sociedade empresária que utiliza, sem autorização e para fins econômicos, a imagem de terceiro, como no caso, causa lesão ao direito de imagem da vítima, portanto deve ser compensado. Em voto-vista, o Min. Castro Filho lembrou que o direito à indenização pelo uso indevido da imagem é garantido constitucionalmente e a ofensa se materializa com o simples uso sem autorização, ainda que tal utilização não seja vexatória. Ressaltou-se que, nos autos, houve pedido de condenação em danos materiais, por isso só se apreciaram os danos morais (STJ. REsp. 426.070-CE, rel. Min. **Nancy Andrighi**, j. 4/11/2004).

Entretanto, em algumas situações, a lei exige que a prova seja **documental** (art. 400, II, CPC). Por exemplo: contrato de fiança (art. 819, CC), distrato social de contrato escrito (art. 472, CC), contrato de seguro (art. 758, CC), depósito voluntário (art. 646, CC), procuração *ad judicium* (arts. 37, 38, CPC; art. 675, CC), ação monitória (art. 1.102a, CPC), contrato de alienação fiduciária (art. 1º, Decreto-lei nº 911/69), prova de pobreza (art. 1º, Lei nº 7.115/83).

No âmbito trabalhista, “A Carteira de Trabalho e Previdência Social é obrigatória para o exercício de qualquer emprego, inclusive de natureza rural, ainda que em caráter temporário, e para o exercício por conta própria de atividade profissional remunerada” (art. 13, CLT); “É considerado como documento essencial ao comparecimento às concorrências públicas ou administrativas e para o fornecimento às repartições paraestatais ou autárquicas, a prova da quitação da respectiva contribuição sindical e a de recolhimento da contribuição sindical, descontada dos respectivos empregados” (art. 607, CLT).

E mais. A lei, em algumas situações, exige prova documental e já lhe confere valor absoluto, hipótese em que o juiz fica vinculado à respectiva prova, como se infere dos arts. 366, CPC, e 134, CC. Tais provas são reguladas e já tarifadas em sua eficácia probante por normas imperativas, caso em que o juiz tem liberdade apenas na análise de seu aspecto formal.

É a hipótese da escritura pública relativa a bens imóveis (art. 108, CC: “Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”).

Outros exemplos: o casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro. Justificada a falta ou perda do registro civil, é admissível qualquer outra espécie de prova (art. 1.543, CC). “A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil” (art. 1.603, CC).

5.3 Dever de colaborar com a justiça

Sendo um direito fundamental, a prestação jurisdicional, como atividade estatal, deve ser exercida de modo eficaz e célere, fazendo com que a situação violada seja restaurada, o quanto possível, de maneira mais fiel e próxima àquela existente antes da violação da norma.

Daí porque a lei exige a participação e a colaboração de todos na demonstração dos fatos. “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o

descobrimiento da verdade” (art. 339, CPC). “Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado” (art. 340, CPC). Compete ao terceiro, em relação a qualquer pleito: I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento; II - exhibir coisa ou documento, que esteja em seu poder” (art. 341, CPC).

Por exemplo: o perito pode solicitar documentos que estejam em poder das partes ou em repartições públicas, pode ouvir testemunhas (art. 429, CPC); o oficial de justiça deve procurar informações sobre o paradeiro do réu a ser citado (art. 228, CPC).⁹

Na Justiça do Trabalho, aqueles que se recusarem a depor como testemunhas, sem motivo justificado, incorrerão na multa de 3 (três) a 30 (trinta) vezes o valor de referência regional (art. 730, CLT). Ainda, as repartições públicas e as associações sindicais são obrigadas a fornecer aos juízes e Tribunais do Trabalho e à Procuradoria da Justiça do Trabalho as informações e os dados necessários à instrução e ao julgamento dos feitos submetidos à sua apreciação. A recusa de informações ou dados a que se refere este artigo, por parte de funcionários públicos, importa na aplicação das penalidades previstas pelo Estatuto dos Funcionários Públicos por desobediência (art. 735, CLT).

Em relação às organizações criminosas, nos procedimentos investigatórios concernentes a crime resultante de ações de quadrilha ou bando, permite-se o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais. E se envolver violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz (arts. 2º e 3º da Lei nº 9.034/95).

5.4 Restrições à amplitude probatória

Se todos os meios legais e os moralmente legítimos são hábeis a provar a verdade dos fatos, se todos têm o dever de colaborar com o descobrimento da verdade dos fatos, é certo que a própria Constituição Federal e as normas infraconstitucionais se encarregam de impor certos balizamentos.

⁹ Cf. MACHADO, Costa. **Código de processo civil interpretado e anotado**. Barueri: Manole, 2007, p. 720.

5.4.1 Escusas legítimas

O próprio ordenamento se encarrega de limitar a atividade probatória, prevendo certas **escusas** em favor da própria parte ou de terceiros.

A parte e o terceiro se escusam de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa que possam comprometer a vida da família, que cause ofensa à honra de alguém; se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo (art. 363, CPC).

De igual modo, a parte não pode ser obrigada a depor sobre fatos que a incriminem (art. 347, CPC; art. 229, CC). Exemplo: o empregado não pode ser instado a depor sobre o furto de produtos que praticou contra o estabelecimento.

Por outro lado, quanto à testemunha, pode suceder que tomou ciência dos fatos, em razão de sua profissão ou de seu estado, que a impede de falar a seu respeito. **Profissão** é a atividade remunerada, exercida com habitualidade (ex.: médico, advogado, jornalista, psicólogo). **Estado** é a situação ou posição em que determinada pessoa se encontra no meio social, sem caráter remuneratório (ex.: padre, pastor).

E mais. O sigilo, além de **dever**, pode configurar verdadeira **obrigação** para a parte ou terceiro, cujo descumprimento pode fazer incidir sanções de diversas naturezas.

No campo laboral, é falta grave e constitui justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, a violação de **segredo da empresa** (art. 482, “g”, da CLT).

No funcionalismo público, impõe-se ao servidor guardar sigilo sobre assunto da repartição, podendo até ser demitido, no caso de revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo (arts. 116 e 132, da Lei nº 8.112, de 11/12/90, Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União).

Além da sanção trabalhista, a quebra do sigilo pode ter igualmente conseqüências penais. É a hipótese do empregado que divulga segredo que soube pela profissão que exerce (art. 153, CP); violação de sigilo profissional por funcionário público (art. 325, CP); pratica crime de concorrência desleal quem divulgar, sem autorização, conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou serviço, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia (art. 195, CP); na licitação, incorre em crime aquele que devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório (art. 94, Lei nº 8.666/93).

Pode caracterizar ainda infração de natureza administrativa, como se infere do art. 247, Estatuto da Criança e Adolescente:

Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial,

administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional.

Também pode encerrar ato de improbidade administrativa revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; revelar, antes da divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço (art. 11, III e VI, Lei nº 8.429/92).

No tocante a algumas profissões, a lei confere especial relevo a algumas delas. Ilustrativamente, o advogado pode praticar o crime de patrocínio infiel, traindo, na qualidade de procurador, o dever profissional, prejudicando interesse, cujo patrocínio, em juízo, lhe é confiado (art. 355, do CP).

Quanto ao médico (ou equiparados, como o dentista, psicólogo etc), o profissional freqüentemente tem acesso a informações íntimas do paciente, da família, de seus amigos, ao buscar a origem do problema ou as circunstâncias que ensejaram a doença. No exame do paciente, o médico pode ter acesso a comportamentos ilegais, antiéticos ou que não devam ser expostos ao público, como ocorre no caso do consultório ser confessionário do empregador que praticou assédio sexual contra a funcionária. Nessa situação, a lei lhe garante o direito de guardar o sigilo profissional.

Porém, cabe aqui a ressalva da perícia. Quer dizer, às vezes, o médico tem o **dever** de informar em razão de o respectivo exame já trazer consigo a **função específica de servir de elemento probatório**. A atuação específica no exame dos fatos já tem a destinação na produção da prova.

Exemplos: médico que faz exames que antecedem a contratação ou a demissão de empregado (art. 168, CLT), a obtenção de aposentadoria, ou a autorização e sua renovação da licença para dirigir veículos, casos em que não se cogita de escusa, mas sim **dever** e **obrigação** do médico de colaborar com a Justiça, cujo descumprimento pode, até, configurar crime (falsa perícia, art. 342, CP; omissão de doença, art. 269, CP).

Quanto à profissão de jornalista, o sigilo é exatamente requisito indispensável ao bom desempenho de sua atividade. A sua profissão é exatamente dar publicidade aos fatos de que tem conhecimento, gozando, pois, de maior proteção na questão do dever de servir de testemunha. Nesse contexto, a própria Constituição Federal preconiza que “É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (art. 5º, XIV, CF) e “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social” (art. 220, § 1º, CF).

Nenhum jornalista pode ser compelido a indicar o nome do informante ou a fonte de suas informações (arts. 7º e 71 da Lei de Imprensa, Lei nº 5.250/67). O acesso às informações fica facilitado na medida em que o jornalista está desobrigado de revelar as fontes de que se valeu para colher seu material informativo.

Mas, essa prerrogativa do jornalista não é absoluta. O próprio art. 220, § 1º, CF, determina que se observe o disposto no art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV. Em outras palavras, é preciso que se respeite a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Além disso, fica garantido o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

5.4.2 Restrições à prova testemunhal

Embora todos os meios de provas sejam permitidos, a lei pode restringir o uso de determinada prova. É o caso, por exemplo, da prova exclusivamente testemunhal. O art. 401, CPC, dispõe que a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.

No mesmo sentido, o art. 227, CC: “Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados”. Parágrafo único. “Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito”.

De outro lado, pode a lei exigir prova escrita, como sucede na ação monitória (art. 1.102, a, CPC), ou, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, na ação de mandado de segurança.

No processo laboral, a Súmula 299-TST enuncia que “É indispensável ao processamento da ação rescisória a prova do trânsito em julgado da decisão rescindida”, prova essa que há de ser documental. De igual modo, no que tange ao mandado de segurança, a teor da Súmula 415-TST: “Exigindo o mandado de segurança prova documental pré-constituída, inaplicável se torna o art. 284 do CPC quando verificada, na petição inicial do ‘mandamus’, a ausência de documento indispensável ou de sua autenticação”.

Há também previsão no que concerne à imparcialidade ou capacidade da testemunha. Daí a lei fixar que podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas (art. 405, CPC; art. 228, CC).

São incapazes o interdito por demência; o que, acometido por enfermidade, ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções, o menor de 16 (dezesesseis) anos e o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam (art. 405, § 1º, CPC).

São impedidos: I - o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangüinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito; II - o que é parte na causa; III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes (art. 405, § 2º, CPC).

E são suspeitos: I - o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença; II - o que, por seus costumes, não for digno de fé; III - o inimigo capital da parte, ou o seu amigo íntimo; IV - o que tiver interesse no litígio (art. 405, § 3º, CPC).

5.4.3 Sigilo bancário

A instituição bancária não serve apenas para ser depositária de valores. Atua como agente financeiro, intermedia cobranças, vende moedas estrangeiras, aluga cofres, redesconta títulos etc. E atende a todos (comerciante, industrial, funcionários públicos, empregados, patrões, estudantes). Envolvendo valores, a lei resguarda o sigilo, não só para reforçar a confiança da clientela nas instituições financeiras, como assegurar a afluência de capitais. Sem o sigilo, o capital tomaria outro rumo, ignorado ou ilegal.

O art. 38 da Lei nº 4.595/64 dispunha que “As instituições financeiras conservarão o sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”. § 1º. “As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma”.

No entanto, com vistas ao maior controle das atividades ilícitas, sobreveio a Lei Complementar nº 105/2001, seguida da Lei nº 10.174/2001, diplomas que passaram a dispor sobre o sigilo das operações de instituições financeiras. Autorizam a quebra do sigilo de contas de depósitos e aplicações financeiras dos contribuintes mediante

144 a simples existência de processo ou procedimento administrativo fiscal, quando houver indícios da prática de atividades ilícitas ou criminosas.

As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados (art. 1º, LC nº 105/2001). Todavia, é possível a quebra de sigilo, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: terrorismo; tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; extorsão mediante seqüestro; contra o sistema financeiro nacional; contra a Administração Pública; contra a ordem tributária e a previdência social; lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores praticado por organização criminosa.

O sigilo bancário pode ser quebrado pelo Poder Judiciário, Fisco (agentes tributários) e Comissão Parlamentar de Inquérito. Quanto ao Poder Judiciário, as informações devem ser prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide (art. 3º, LC nº 105/2001).

De igual modo, as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente (art. 6º, LC nº 105/2001).

Entretanto, existe o contraponto. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis (art. 10, LC nº 105/2001).

E o servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial (art. 11, LC nº 105/2001).

5.4.4 Garantias fundamentais

A Constituição Federal prevê certos direitos e garantias fundamentais que interferem na amplitude probatória. Com efeito, são invioláveis a intimidade, a

vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X do art. 5º, CF).

A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (inciso XI do art. 5º, CF).

De igual modo, é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (inciso XII do art. 5º, CF).¹⁰

Nessa ordem de idéias, pode-se cogitar, em linha de princípio, da proibição absoluta da prova quando envolva, por exemplo, violação ao direito à intimidade ou à imagem das pessoas.

Contudo, é certo que, dependendo dos interesses em litígio, uma garantia constitucional pode conflitar com outra, podendo e devendo o juiz flexibilizar tais regras, analisando e proporcionalizando o direito de cada parte. Dependendo de valores jurídicos e morais em discussão, permite-se considerar a prova obtida por meio ilegal.

É a doutrina conhecida como a do “interesse predominante”, com a adoção do “princípio da proporcionalidade”. Analisa-se a gravidade do caso, a dificuldade na produção da prova, o vulto do dano, os interesses em discussão etc. Exemplos: interceptação de conversa telefônica de detento, filmagem de empregada doméstica que espanca criança ou idoso. Nestes casos, o autor da prova poderia ser processado criminalmente, mas a prova produzida é de ser levada em consideração.

5.4.4.1 Interceptação telefônica

O art. 5º, XII, CF, prevê a inviolabilidade do sigilo comunicações telefônicas, salvo, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. A Lei nº 9.296/96 veio regular tal procedimento.

Interceptação telefônica é a captação da comunicação telefônica feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores. Para a sua validade, exige

¹⁰ Veja-se decisão em: <http://advogado.adv.br/artigos/2002/mlobatopaiva/jurisprudencia.htm#_ftn3> Acesso em: 10 fev. 2008.

146 autorização judicial para fins penais; realizada sem autorização judicial, é crime (art. 10, Lei nº 9.296/96).

A escuta telefônica consiste na captação da comunicação feita por um terceiro, **com a ciência e consentimento** de um dos comunicadores. É o caso, por exemplo, em que a polícia grava a conversa entre a família da vítima do seqüestro e os seqüestradores. Também reclama autorização judicial.

Cabe frisar que interceptação telefônica não se confunde com a obtenção dos **dados** ou **registros telefônicos** (ex.: número do telefone discado, data, horário, duração do uso, valor). Esses registros armazenados pela companhia telefônica, relacionados com chamadas telefônicas pretéritas, também estão protegidos pelo sigilo, podendo, todavia, ser quebrado por ordem judicial. Além do previsto na Lei nº 9.296/96, outros diplomas legais autorizam tal meio de prova (ex.: art. 399, CPC; art. 198, CTN, Lei Orgânica Nacional do MP etc.). De conseguinte, tal prova pode ser usada não só no processo penal, mas também no processo civil (inclusive no trabalhista).

Interessa destacar a chamada **prova emprestada**, consistente naquela produzida em determinado procedimento (ex.: documentos, testemunhas, confissão etc.) e trasladada para outro, por meio de certidão ou por cópias das peças. Malgrado a Lei nº 9.296/96 permita a interceptação telefônica apenas para fins penais, nada obsta o empréstimo da prova obtida para o âmbito civil.

Pela relevância, cabe citar o precedente consubstanciado no caso conhecido como “Operação Furação, *Hurricane*”. Na apuração de crimes praticados por desembargadores e juiz trabalhista, a Polícia Federal procedeu à interceptação telefônica, autorizada pelo Supremo Tribunal Federal, seguida de prisão dos envolvidos.

Em 25/04/2007, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, autorizou o envio de cópias do acervo de provas reunidas nos autos do Inquérito (INQ) 2424, atendendo aos requerimentos de informações do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para terem acesso ao inquérito relativo à Operação Furacão. A decisão foi tomada após o Ministro relator, Cezar Peluso, levar ao Plenário da Corte uma questão de ordem referente a esses pedidos. STJ e CNJ afirmaram, nos seus respectivos requerimentos, que os pedidos têm por objetivo formar “juízo sobre a instauração ou não de processo administrativo destinado a apurar infrações disciplinares imputáveis a magistrados sujeitos a seu controle administrativo”. O Ministro Cezar Peluso levantou a questão de ordem tendo em vista que os autos do inquérito contêm interceptações telefônicas realizadas, de forma lícita, pela Polícia Federal. Segundo o ministro, a Constituição

Federal, bem como a Lei nº 9.296/96, não permitiriam o **empréstimo de prova** contendo interceptação telefônica para qualquer outra investigação ou processo penal. Ao serem atendidos os requerimentos do STJ e do CNJ, o Ministro Peluso disse acreditar que as provas obtidas pela interceptação estariam sendo usadas para “provar os mesmos atos, contra as mesmas pessoas ou agentes, pelo mesmo Estado”. O que se faria no caso é “tirar da mesma fonte de prova a capacidade de servir de meio de convencimento do mesmo fato, desde que se trate de procedimento não penal”, resumiu o ministro. Em seu voto, o Ministro afirmou que não insulta a Constituição nem a Lei

o entendimento de que a prova oriunda de interceptação lícita, autorizada em investigação criminal, contra certa pessoa, na condição de suspeito indiciado ou réu pode ser-lhe oposta na esfera própria pelo mesmo Estado encarnando por órgão administrativo ou judiciário a que esteja o agente submetido como prova do mesmíssimo ato, visto sobre a qualificação jurídica de ilícito administrativo ou disciplinar.

Nesta hipótese, continuou o Ministro, “tenho que se desvanecem as objeções. Está nela, por pressuposto, afastada a idéia de *fraus legis* ou *fraus constituciones*, que o juízo da prova poderia, em caso contrário, abortar”. Assim, votou para que o Supremo autorize, sob dever de resguardo do segredo de justiça, a remessa de cópias do Inquérito 2424 ao STJ e ao CNJ, bem como ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro) e ao Tribunal Regional do Trabalho de Campinas, se estes últimos vierem a fazer a mesma solicitação. Mais uma vez, o Ministro ressaltou que as provas obtidas por interceptação telefônica não devem ser usadas apenas em procedimentos penais.

6 Ônus da prova

Ônus é o encargo processual que, se não atendido, acarreta prejuízo à própria parte que o descumpriu (ex: ônus de contestar, de provar, de recorrer). O descumprimento de tal encargo não é fato ilegal ou contrário à norma jurídica. Daí se falar em **ônus da prova**, como o encargo de provar os fatos alegados.¹¹

Diferentemente, a **obrigação** constitui-se no vínculo jurídico pelo qual alguém fica sujeito a uma prestação (ex: obrigação de pagar a dívida). O descumprimento de uma obrigação é fato contrário à lei, que gera prejuízo à parte contrária, daí poder ser reclamada em juízo. É um encargo passível de conversão em pecúnia, gerando benefício à parte contrária e se esgota com o seu cumprimento.

O **dever** apresenta similitude com o ônus, mas com ele não se confunde. O dever também é um encargo, porém não se converte em pecúnia nem se esgota

¹¹ MACHADO, Costa. **Código de processo civil interpretado e anotado**. Barueri: Manole, 2007, p. 713.

com o seu cumprimento. Em regra, o dever constitui-se em um encargo permanente de conduta. Exemplo: dever de colaborar com a justiça, de proceder com lealdade processual.

Nessa ordem, tem-se a questão do ônus da prova. O art. 333, CPC, fixa as suas bases. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

De igual modo, o art. 818, CLT, estabelece que “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. Assim, cabe ao autor a prova dos fatos dos quais deduz o seu pedido (horas extras, similitude do serviço prestado etc). Ao réu demandado cabe a prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos (ex.: pagamento, despedida com justa causa etc.).

A regra geral, quanto ao encargo de provar, é a de que incumbe a cada uma das partes litigantes a prova de suas alegações. Assim, deve o reclamante, ao ajuizar sua reclamação, juntar as provas com que pretende provar o alegado, na força dos arts. 787 e 845, pois é seu o encargo de provar o fato constitutivo de seu direito. Alegando, porém, a reclamada fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante, assume o ônus da prova. Fixadas essas premissas, se a reclamada apenas nega os fatos alegados pelo reclamante, a ele incumbe a prova do fato constitutivo de seu direito. Já no caso de a contestação alegar determinado fato que impeça, modifique ou extinga o direito postulado, inverte-se o ônus da prova, incumbindo-o à reclamada. Outro modo de inversão do ônus da prova é a aplicação ao litigante da pena de confissão quanto à matéria de fato.¹²

Na Justiça do Trabalho, oportuno citar as seguintes súmulas:

Súmula 6-TST, ‘VIII - É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial’;

Súmula 212-TST: ‘O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado’;

Súmula 338-TST: ‘I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência

¹² MANUS, Pedro Paulo Teixeira; ROMAR, Carla Teresa Martins. **CLT e legislação complementar em vigor**. São Paulo: Malheiros, 2006, nota ao art. 818.

gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.03). II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.01). III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.03)?

6.1 Poderes instrutórios do juiz

A questão do ônus da prova pode, aparentemente, conflitar com os poderes instrutórios do juiz, previstos nos art. 130 e 1.107, CPC. Edita o art. 130, CPC: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. E o art. 1.107: “Os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas”.

Em verdade, esses enunciados só têm espaço quando a teoria do ônus da prova não tiver plena operatividade. Vale dizer, os poderes instrutórios do juiz têm lugar de modo subsidiário, sendo uma alternativa para a carência probatória.

Com efeito, o processo é instrumento a serviço da jurisdição, que envolve a correta aplicação da lei ao caso concreto, de acordo com os fatos ocorridos. Nessa dimensão, é dever do juiz dirigir o processo, assegurando as partes igualdade de tratamento, velando pela rápida solução do litígio, prevenindo e reprimindo qualquer ato contrário à dignidade da justiça (art. 125, CPC).

É considerado litigante de má-fé aquele que altera a verdade dos fatos (art. 17, CPC). Se as partes têm disponibilidade sobre o direito discutido, não podem usar o processo para alcançar objetivo ilegal, simulado ou fraudulento. E o juiz, em obediência ao princípio da indeclinabilidade, não pode deixar de sentenciar (art. 126, CPC; art. 4º, LICC).

De outra parte, o juiz não está circunscrito às provas realizadas pelas partes. Pode até indeferi-las, porque desnecessárias, impossíveis ou protelatórias. Faculta-se-lhe determinar, de ofício, a produção de outras provas. Pode determinar, por exemplo, nova perícia (art. 437, CPC), comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa (arts. 342 e 343, CPC), a oitiva de testemunhas referidas (art. 418, CPC), acareação de testemunhas ou delas com as partes (art. 418, CPC), exibição de documentos (art. 399, CPC) ou proceder à inspeção judicial (art. 440, CPC).

Em suma, o poder instrutório do juiz não conflita com o ônus da prova, nem quebra a sua imparcialidade, seja porque, ao determinar a produção de uma prova, não pode antever o respectivo resultado, seja porque é seu dever velar pela igualdade entre as partes, buscando um julgamento justo àquele, com ou desprovido de razão.

6.2 Inversão do ônus da prova

O Código de Processo Civil já previa a inversão do ônus da prova, por convenção entre as partes. Edita o parágrafo único do art. 333, CPC, que “É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

A par disso, o Código de Defesa do Consumidor, permite-se a inversão do ônus da prova (arts. 6º, VIII, 38, e 51, VI, CDC). A despeito da divergência doutrinária e jurisprudencial, temos que a temática da inversão do ônus da prova importa em “regra de procedimento”.

É certo que o problema do ônus da prova aparece quando o juiz não se tenha convencido sobre os fatos, diante da falta ou insuficiência de provas. Todavia, o juiz deve fixar a inversão do ônus da prova, antes do pronunciamento final, até para que a parte não se veja surpreendida com uma decisão que lhe condene, sem que tenha tido a oportunidade de produzir determinada prova, que, a rigor, caberia à parte adversa.

7 Princípios referentes à prova

O primeiro princípio é o do **livre convencimento motivado** (art. 131, CPC; art. 93, IX, CF). Significa que o juiz é livre na apreciação das provas, devendo, contudo, decidir em conformidade com os fatos e circunstâncias dos autos, indicando os motivos que lhe formaram o convencimento. Não pode julgar simplesmente conforme a sua experiência ou convicção pessoal, sem base nas provas produzidas nos autos do processo. Em verdade, é vedado ao juiz atuar como magistrado e, ao mesmo tempo, como testemunha do caso.

No campo penal, especificamente no tribunal do júri, o sistema é o da livre apreciação, independentemente de fundamentação por parte dos jurados, em face da permissão constitucional (art. 5º, XXXVIII, CF).

O segundo princípio é o da **comunhão da prova**, ou da **aquisição processual** (arts. 354, 373 e 380, CPC). Indica que, uma vez realizada a prova, a mesma pertence ao processo, não podendo ser desentranhada se prejudicial à parte que a produziu. Por exemplo, se a testemunha do autor-reclamante depuser de modo contrário ao respectivo interesse, tal prova deve considerada.

O terceiro princípio diz com a **oralidade** (art. 336, CPC; art. 820, CLT). Representa uma forma de o juiz ter contato direto com a prova oral (depoimentos, interrogatório da parte), produzida, preferencialmente, em audiência.

Com decorrência desse princípio, exsurge o da **imediação** (art. 446, CPC; 820, CLT), pelo qual é o juiz quem procede à colheita da prova oral, direta e pessoalmente (e não por interposta pessoa), permitindo ao juiz perceber as reações das pessoas (partes ou testemunhas), nervosismo, apreensão, discernimento etc.

Outro princípio é o da **identidade física do juiz** (art. 132, CPC), também como desdobramento do princípio da oralidade. Refere-se à vinculação do juiz ao processo, quando tiver concluído a audiência. Não se aplica tal princípio quando o juiz tiver sido convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. No processo trabalhista, esse princípio resta inaplicado, até por conta do aspecto histórico, em que, até a Emenda Constitucional nº 24/99, os juízos eram colegiados, com a presença de vogais, dado que já inviabilizava a vinculação de um juiz a determinado feito.

Conquanto os princípios da oralidade, imediação e identidade física do juiz sirvam de norte, é certo que, se descumpridos, não geram nulidade do feito, se, por si, não causarem prejuízo à parte, bastando imaginar que, em regra, perante os tribunais, não há espaço para a sua incidência.

8 Referências

ARRUDA ALVIM. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: RT, 2006.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. São Paulo: RT, 1995

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra, 1994.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica**. São Paulo: RT, 1997.

GOMES, Sergio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1996.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 2000.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: RT, 2006.

- 152 MACHADO, Costa. **Código de processo civil interpretado e anotado**. Barueri: Manole, 2007.
- MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. Rio de Janeiro: Atlas, 2006.
- NERY Jr., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: RT.
- NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. **Rivista di Diritto Processuale**, XXI, 1966, Padova.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (coord.). **Prova cível**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **A prova colhida em fita magnética**. São Paulo: RT 643/25, SP.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 2000.
- SILVA, César Dario Mariano. **Provas ilícitas**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.