

ASPECTOS POLÊMICOS DA PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO DO TRABALHO

Mauro Schiavi¹

DA PROVA

*Francisco Carnelutti*² define prova como “demonstração da verdade de um fato dada com os meios legais (por legítimos modos) ou, mais brevemente demonstração da verdade legal de um fato”.

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

O Código de Processo Civil não define o conceito de prova, apenas no artigo 332, assevera: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa”³.

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

O direito à prova decorre do princípio do Devido Processo Legal⁴

¹ Juiz do Trabalho na 2ª Região. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Professor Universitário (graduação e pós-graduação). Professor de Cursos Preparatórios para a Magistratura e Ministério Público do Trabalho. Autor dos livros: *A Revelia no Direito do Trabalho*; *Ações de Reparação por Danos Morais Decorrentes da Relação de Trabalho*, ambos publicados pela Editora LTr.

² CANELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*. São Paulo: LEUD Livraria e Editora Universitária de Direito. 2003, pág. 72.

³ Tampouco a Consolidação das Leis do Trabalho traz o conceito de prova para fins do Direito Processual do Trabalho.

⁴ Nesse sentido argumenta com propriedade Antonio Carlos de Araújo Cintra: “Recentemente, porém a doutrina se voltou para um estudo mais aprofundado e sistemático do direito à prova, com ênfase a perspectiva constitucional. Com efeito, o direito à prova se vincula às garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório”(Comentários ao Código de Processo Civil, Volume IV, Rio de Janeiro: Forense, 2001, pág. 11).

consubstanciado no artigo 5º, LIV, da CF⁵. Entretanto, a atividade probatória das partes no processo deve observar não só os ditames da lei processual como da moral, segundo preconiza o artigo 332 do CPC.

DA PROVA EMPRESTADA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Segundo Moacry Amaral Santos⁶ prova emprestada é a “prova de um fato, produzida num processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, pode ser trasladada para outro, por meio de certidão extraída daquele”.

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

Como bem adverte Cândido Rangel Dinamarco⁷: “não se incluem no conceito de provas emprestadas as meras cópias de *documentos* existentes em outros autos, porque cada documento vale por si próprio e pela eficácia que tiver: a circunstância de já ter prestado utilidade em um processo não altera a sua natureza nem influiu em seu poder de convicção. Só as provas *constituídas no processo* são suscetíveis de autêntico *empréstimo*, a saber, a oral, a pericial e a inspeção judicial”.

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

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

⁶ SANTOS, Moacry Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, volume II. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 365.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Volume III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 97.

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

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

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

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

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

A Consolidação das Leis do Trabalho nada dispõe sobre a prova emprestada, entretanto, tal meio de prova é perfeitamente compatível com o Direito Processual do Trabalho em razão da omissão da Consolidação e compatibilidade com a sistemática processual trabalhista (artigo 769, da CLT), uma vez que a prova emprestada propicia, no Processo do Trabalho, o acesso real do trabalhador à Justiça, efetividade processual e busca da verdade real⁸.

⁸ No Direito Material do Trabalho este princípio é definido como *princípio da primazia da realidade*. *Canelutti* dizia que prestigiar a realidade é prestar um tributo à verdade.

No processo do trabalho, são comuns a utilização da prova pericial emprestada quando o local de trabalho estiver desativado⁹ ou se alterarem as condições ambientais (artigo 420, III do CPC), e também dos depoimentos, tanto pessoais como de testemunhas produzidos em processo anterior, quando a prova oral não pode ser renovada no processo atual.

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

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

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

Nesse sentido destacamos a seguinte ementa:

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

De outro lado, há algumas provas que somente podem ser produzidas na esfera criminal como a interceptação telefônica¹⁰. Desse modo, o juiz do trabalho não pode determinar uma interceptação telefônica. Entretanto, caso a interceptação tenha sido feita pelo juiz criminal, esta prova pode ser trasladada ao processo do trabalho. O fato do juiz trabalhista não poder colher a prova, não significa que não possa importá-la do processo criminal em razão do

⁹ Nesse sentido, destaca-se a seguinte ementa: “PROVA EMPRESTADA – INSALUBRIDADE – PERÍCIA – DESATIVAÇÃO DO LOCAL DETRABALHO – PROVA EMPRESTADA – Embora a regra do art. 195, parágrafo 2º, da CLT determine a realização de perícia para a aferição de insalubridade no local de trabalho, é certo que, na hipótese em que se encontre este desativado e não ofereça as mínimas condições de reprodução das condições ambientais imperantes quando em atividade, pode referido meio de provar ser satisfatoriamente suprido pela juntada de laudos emprestados de outros processos, desde que estabelecida perfeita correspondência entre a situação periciada e o caso *sub judice*, flagrando-se comprovadamente as mesmas condições ambientais a que estava o autor submetido” (TRT 2ª R. – RO 19990441149 ac. 20000541086 – 8ª T, Rel. Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva – DOESP 16.1.2001).

¹⁰ Artigo 1º da Lei 9.296/1996: “A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça”.

caráter publicista do processo do trabalho e da busca da verdade real (artigo 765, da CLT). Assim, por exemplo, se em um processo trabalhista estiver sendo discutida uma justa causa por ato de improbidade do empregado e, na esfera criminal, em razão do mesmo fato, o empregado estiver sendo acusado de apropriação indébita, uma interceptação telefônica, determinada pelo juiz de direito, preenchendo os requisitos legais que comprove o fato, pode ser utilizada no processo do trabalho pela via da prova emprestada. Não seria razoável que o empregado, pelo mesmo fato pudesse ser condenado na justiça criminal e revertida a justa causa no processo trabalhista em razão da vedação do juiz do trabalho utilizar a interceptação telefônica como prova emprestada no processo do trabalho. Vale destacar, nos termos do artigo 935 do Código Civil a responsabilidade civil é independente da criminal, entretanto, não se pode mais questionar a existência do fato ou quem seja o seu autor se estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

No mesmo sentido ensina Nélson Nery Júnior¹¹:

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

REQUISITOS PARA UTILIZAÇÃO DA PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO DO TRABALHO

¹¹ NERY JÚNIOR, Nélson et al. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 7ª Edição. São Paulo: RT, 2003, p. 1513.

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

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

a) que tenha sido colhida em processo judicial entre as mesmas partes, ou uma das partes e terceiro¹²;

b) que tenham sido, a produção da prova, no processo anterior, observadas as formalidades estabelecidas em lei, mormente o princípio do contraditório¹³;

c) que o fato probando seja idêntico.

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

Como pondera Cândido Rangel Dinamarco¹⁴, não importa se a prova trasladada teve ou não o poder de convencer o juiz do processo de origem, nem a sentença já foi proferida ou se já passou em julgado ou não.

Deve ser destacado que o fato do juiz admitir da prova emprestada não significa que irá julgar favoravelmente à parte que produziu a prova, ou admitirá o fato constante da prova emprestada como verdadeiro. A prova

¹² Para Dinamarco, “exige-se também que naquele processo tenha estado presente, como parte, o adversário daquele que pretenda aproveitar a prova ali realizada - porque do contrário esse sujeito estaria suportando a eficácia de uma prova de cuja formação não participou” (Op. cit. p. 98).

¹³ “Não vale a prova emprestada, quando colhida sem caráter contraditório (v. CF 5º-LV, neste sentido), e sem a participação daquele contra quem deve operar, como é o caso de prova colhida em inquérito policial (RJTJESP 99/201).

¹⁴ DINAMRGO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 99.

emprestada será valorada em cotejo com os demais elementos dos autos, de acordo com o livre convencimento motivado do juiz.

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

Na fase de admissão, o juiz aprecia se é possível a produção da prova emprestada nos autos, devendo sempre fundamentar o deferimento ou indeferimento. Num segundo momento, se a prova emprestada foi determinada pelo juiz ou produzida por uma das partes, a parte contrária, ou até as duas partes (se o juiz tomou a iniciativa) podem impugná-la. No terceiro momento, na sentença, o juiz irá valorar a prova emprestada, em cotejo com as demais provas, se houve, podendo firmar livremente sua convicção¹⁵.

Como bem advertem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹⁶: “(...)é claro que a prova emprestada poderá não receber a mesma valoração da obtida no processo em que foi originariamente produzida. As circunstâncias do segundo processo, as particularidades do empréstimo e mesmo a variação na efetivação do contraditório podem impor valoração diferente à prova, caso comparada com a força que lhe foi atribuída no primeiro processo”.

DA NATUREZA DA PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO

ATUAL

¹⁵ Nesse sentido destaca-se a seguinte ementa: “Ao juiz incumbe a direção do processo (art. 125 combinado com o art. 130 do CPC). Portanto, ante uma prova emprestada, que sofreu impugnação de uma das partes, pode determinar que seja repetida na ação a fim de ficar com elementos para dirimir a impugnação, aceitá-la ou repudiá-la, com base em técnico de sua confiança. Além de tudo, pelo que se apurou, está feita e não há como desfazê-la. Problema de valorá-la é tema de decisão e não formal do agravo. Não há como impor-se ao juiz uma prova emprestada, pois nem mesmo está ele adstrito àquela produzida nos próprios autos, podendo renová-la” (RT 506/212).

¹⁶ Processo de Conhecimento. 6ª Edição. São Paulo: RT, 2007, p. 287.

Alguns autores asseveram que a prova emprestada, uma vez trasladada do processo anterior para o atual adquire a natureza de prova documental¹⁷, ou seja, prova emprestada deve ser avaliada como se documento fosse.

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

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

¹⁷ Nesse sentido é a opinião de Renato Saraiva: “A prova emprestada será inserida no processo como mera prova documental, devendo ser utilizada apenas excepcionalmente, uma vez que, em regra, as provas devem ser produzidas no mesmo juízo onde corre a demanda”(Curso de Direito Processual do Trabalho. 4ª Edição. São Paulo: Método, 2007, p. 375). No mesmo sentido, é a visão de Emília Simeão Albino Sako (A Prova no Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2006. p. 102).