WILSON RICARDO BUQUETTI PIROTTA

HERMENÊUTICA DA PROVA E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA ERA DO PROCESSO ELETRÔNICO DO TRABALHO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, como parte das exigências para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador:

Professor Associado
Dr. ESTEVÃO MALLET

Faculdade de Direito
Universidade de São Paulo
São Paulo
2013

Os antigos navegantes votavam especial tributo à estrela que os guiava nas noites escuras pelos mares imensos e desconhecidos.

Nos mares da vida, minha estrela guia, Kátia, a quem dedico este trabalho.

AGRADECIMENTOS

"Um galo sozinho não tece uma manhã", diz João Cabral de Melo Neto. Tampouco sozinho teria eu logrado êxito em finalizar este trabalho de pesquisa e relatar seu percurso no presente texto. Agradecer nominalmente a cada pessoa que, direta ou indiretamente, colaborou para a realização deste trabalho seria fazer uma lista infindável, sempre com o risco de se cometerem irreparáveis injustiças. Algumas contribuições, no entanto, não podem deixar de ser individualmente agradecidas.

Em primeiro lugar, mister dirigir agradecimento especial ao meu orientador, Professor Associado Dr. Estevão Mallet, sob cuja orientação concluí o Mestrado em Direito, nesta instituição de ensino e que, renovando sua dedicação ao ensino e à pesquisa, generosamente acolheu o projeto que deu ensejo ao presente trabalho. Sua contribuição ao desenvolvimento da pesquisa, crucial e sempre bem-vinda, nunca deixou de respeitar as ideias e os caminhos escolhidos pelo orientando. O acompanhamento dos cursos ministrados pelo Prof. Dr. Estêvão Mallet, seja como monitor nas classes da graduação, seja como aluno nas classes de pós-graduação, forneceram oportunidade para aprender muito sobre a didática do ensino superior, bem como acerca do conteúdo mesmo da matéria em pauta.

Meu agradecimento aos membros da banca do exame de qualificação, Prof. Dr. Paulo Henrique dos Santos Lucón e Prof. Dr. José Carlos Baptista Puoli, cujas leituras primorosas, sugestões e críticas ao projeto de pesquisa vieram em proveito deste doutorando e do desenvolvimento do trabalho.

Aos professores e colegas das disciplinas de pós-graduação, meu carinhoso agradecimento pelos valiosos colóquios quando se descortinaram novos horizontes para o aprimoramento da pesquisa.

Ao Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, nas pessoas dos professores que o compõem, agradeço o acolhimento à proposta deste estudo e o oferecimento das condições para a sua realização.

À Kátia Cibelle Machado Pirotta, minha esposa, cuja experiência como pesquisadora científica, estudiosa e orientadora trouxe grande contribuição nas discussões sobre os temas do presente

trabalho, bem como lhe permitiu tolerar os momentos em que o trabalho acadêmico roubou tempo e espaço ao nosso convívio familiar.

Aos funcionários da 2ª Vara do Trabalho de Diadema, agradeço a colaboração e o empenho em contribuir com a compatibilização da grande carga de trabalho decorrente das atividades judicantes com a dedicação exigida pelo trabalho acadêmico. Em especial, agradeço o incentivo de Adriana, Andréia e Fábio, que sempre acreditaram no sucesso desta empreitada.

Agradeço ao amigo e fisioterapeuta Fernando Pavanelli, pelo sempre renovado incentivo para seguir em frente.

RESUMO

O presente trabalho tomou como ponto de partida as recentes alterações legislativas que instituíram o processo judicial eletrônico para a reflexão sobre a produção da prova judicial no processo do trabalho, sua interpretação e sua instrumentalização na argumentação jurídica.

O primeiro capítulo examina, a partir de fragmentos literários, as relações entre texto e testemunho sob o prisma das relações entre a estrutura do texto e os eventos narrados. O segundo capítulo dedica-se a expor as alterações legislativas que deram azo ao presente trabalho e algumas interpretações que serviram de base às reflexões dos capítulos seguintes, localizando-os no contexto da modernidade ocidental e destacando as bases metodológicas empregadas na pesquisa que resultou na presente tese. O terceiro capítulo dedica-se a fazer uma breve reflexão sobre o conceito de verdade, nas acepções do senso comum e da filosofia, relacionando-as com as correntes positivistas em filosofia e no direito, e a apresentar uma crítica a tais conceitos sob a perspectiva das ciências sociais. No quarto capítulo, são estudadas as normas que regem a produção da prova no processo do trabalho. O quinto capítulo apresenta uma discussão sobre o fato relevante para o processo judicial e sua prova, sob o enfoque da filosofia analítica, da hermenêutica e das teorias da argumentação.

Nas considerações finais, pondera-se que o processo hermenêutico de interpretação da norma é concomitante ao processo de interpretação das provas judiciais e da construção da matéria fática no processo. Matéria de fato e matéria de direito se interpenetram no círculo hermenêutico de compreensão do caso judicial e determinam-se mutuamente. Os fatos somente são perceptíveis no momento mesmo da “pré-compreensão” da interpretação da norma que será levada em conta, ao mesmo tempo em que a norma a ser invocada somente passa a existir com a “pré-compreensão” dos fatos que lhe dão estofo.

ABSTRACT

This study has its starting point in the recent legislative changes that instituted the electronic judicial process and has intended a reflection on the production of evidence in labor process, its interpretation and its use in legal reasoning.

Based in literary fragments, the first chapter examines the relationships between text and testimony from the perspective of the relationship between the structure of the text and the events narrated. The second chapter is dedicated to exposing the legislative changes that led to this work and some interpretations that served as the basis for reflections of the following chapters, locating them in the context of Western modernity and highlighting the methodological bases used in the research that resulted in this thesis. The third chapter is devoted to a brief reflection on the concept of truth in the meanings of common sense and philosophy, relating them with positivist philosophy and legal positivism, and to present a critique of these concepts from the perspective of social sciences. The fourth chapter studies the rules governing the production of evidence in the labor process. The fifth chapter presents a discussion of the relevant fact for the lawsuit and its proof, from the standpoint of analytic philosophy, hermeneutics and theories of reasoning.

The last chapter considers that the process of hermeneutic interpretation of law is concomitant to the process of judicial interpretation of the evidence and the construction of the factual material in the process. Matter of fact and matter of law intermingle in the hermeneutic circle of understanding the court case and determine each other. The facts are noticeable only when the "pre-understanding" interpretation of the law that will be taken into account. At the same time, the law to be invoked only comes into existence with the "pre-understanding" of the facts that give them substance.

RÉSUMÉ

Cette étude a pris comme point de départ les récentes modifications législatives qui ont institué la procédure judiciaire électronique, pour la réflexion sur la production d'éléments de preuve dans une procédure judiciaire du travail, son interprétation et son instrumentalisation dans l'argumentation juridique.

Le premier chapitre examine, à partir de fragments littéraires, les relations entre le texte et le témoignage du point de vue de la relation entre la structure du texte et les événements racontés. Le deuxième chapitre est consacré à exposer les modifications législatives qui ont conduit à ce travail et certaines interprétations qui ont servi de base à la réflexion des chapitres suivants, en les situant dans le contexte de la modernité occidentale et de mettre en évidence les bases méthodologiques utilisées dans la recherche qui a abouti à cette thèse. Le troisième chapitre est consacré à une brève réflexion sur le concept de vérité dans le sens commun et la philosophie, en les reliant aux écoles de la philosophie positiviste et le positivisme juridique, et de présenter une critique de ces concepts dans la perspective de sciences sociales. Le quatrième chapitre étudie les règles régissant la production des éléments de preuve dans le procès de travail. Le cinquième chapitre présente une discussion sur le fait pertinentes pour le procès et de la preuve, du point de vue de la philosophie analytique, de la herméneutique et de les théories de l'argumentation.

Le processus d'interprétation herméneutique de la norme est concomitant au processus d'interprétation judiciaire de la preuve et la construction des éléments de fait dans le processus. Question de fait et de droit se mêlent dans le cercle herméneutique de la compréhension de l'action en justice et se déterminent réciproquement. Les faits sont perçus simultanément avec le «pré-compréhension» de la norme qui sera appliquée. La norme est utilisée seulement avec le «pré-compréhension» des faits qui donnent corps.

ÍNDICE

I. TEXTO E TESTEMUNHO 01

II. PROCESSO ELETRÔNICO, ORALIDADE E MODERNIDADE 11

III. VERDADE, DISCURSO E SOCIEDADE 31

III.1. Definição de verdade segundo os dicionários e lugar comum 31

III.2. Definição filosófica de verdade 36

III.3. Método científico e positivismo jurídico 46

III.4. A postura crítica das ciências sociais 59

IV. A PRODUÇÃO DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO 71

IV.1. Antecedentes históricos 71

IV.2. Legislação aplicável à produção da prova no processo do trabalho 75

IV.3. Distribuição do ônus da prova 80

IV.4. Matéria de direito e matéria de fato 82

IV.5. Da iniciativa na produção das provas 87

IV.6. A prova documental 101

IV.7. A prova pericial 113

IV.8. A prova oral 122

V. FATO, PROVA, INTERPRETAÇÃO 140

V.1. Fatos brutos e fatos institucionais 142

V.2. Provas e interpretação 154

V.3 Provas e argumentação 167

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS 179

VII. BIBLIOGRAFIA REFERIDA 189

I. TEXTO E TESTEMUNHO

MACBETH: *So foul and fair a day I have not seen.*

BANQUO: *How far is't called to Forres? – What are these,*
So withered and so wild in their attire,
That look not like th'inhabitants o'th'earth
And yet are on't? – Live you, or are you aught
That man may question? You seen to understand me
By each at once her choppy linger laying
Upon her skinny lips. You should be women,
And yet your beards forbid me to interpret
That you are so.

MACBETH: *Speak if you can: what are you?*

FIRST WITCH: *All hail, Macbeth: hail to thee, Thane of Glamis!*

SECOND WITCH: *All hail, Macbeth: hail to thee, Thane of Cawdor!*

THIRD WITCH: *All hail, Macbeth, that shalt be king hereafter!*

BANQUO: *Good sir, why do you start and seem to fear*
Things that do sound so fair? – I'th'name of truth,
Are ye fantastical or that indeed
Which outwardly ye show? My noble partner
You greet with present grace and great prediction
Of noble having and royal hope,
That he seems rapt withal: to me you speak not.
If you can look into the seeds of time

And say which grain will grow and which will not,

Speak then to me, who neither beg nor fear

Your favours nor your hate.

FIRST WITCH: *Hail!*

SECOND WITCH: *Hail!*

THIRD WITCH: *Hail!*

FIRST WITCH: *Lesser than Macbeth, and greater!*

SECOND WITCH: *Not so happy, yet much happier!*

THIRD WITCH: *Thou shalt get kings, though thou be none:*

So all hail, Macbeth and Banquo!

FIRST WITCH: *Banquo and Macbeth, all hail!*[1]

Shakespeare, *The Tragedy of Macbeth*, 1.3

---

[1] BATE, Jonathan; RASMUSSEN, Eric (editors). *William Shakespeare complete works.* Hampshire: MacMillan, 2007. p. 1866-1867. Em uma tradução para o português, apenas para facilitar o entendimento, pois as observações a serem realizadas terão por base o texto original em inglês: *"Macbeth – Tão feio e tão lindo, dia assim eu nunca tinha visto. / Banquo – A que distância, em sua avaliação, senhor, estamos de Forres? O que são essas figuras, tão murchas e claudicantes e tão fantásticas e desvairadas em seus trajes a ponto de não parecerem habitantes da terra e, no entanto, podemos ver que estão sobre a terra? Vivem, vocês? Ou seriam vocês alguma coisa que não admite perguntas humanas? Vocês parecem entender-me, logo levando, como fazem, cada uma por sua vez seu dedo encarquilhado aos lábios emaciados. Vocês têm toda a aparência de mulheres e, no entanto, suas barbas proíbem-me de interpretar suas figuras como tal. / Macbeth – Falem, se é que sabem falar: o que são vocês? / Primeira bruxa – Salve, Macbeth; saudações a vós, Barão de Glamis. / Segunda bruxa – Salve, Macbeth; saudações a vós, Barão de Cawdor. / Terceira bruxa – Salve Macbeth, aquele que no futuro será Rei. / Banquo – meu bom senhor, por que sobressalta-se? Por que parece o senhor temer palavras que soam tão auspiciosas? Em nome da verdade, é fantasioso o senhor ou é realmente aquele que mostra ser por fora? – Meu nobre companheiro vocês saúdam com evidente graça e com poderoso vaticínio de nobres haveres e de esperanças de realeza; tanto que ele parece estar com isso extasiado. A mim, vocês não dirigiram a palavra. Se sabem examinar as sementes do Tempo e dizer qual grão vingará e qual jamais será broto, falem então comigo, que não suplico por seus favores nem os temo, assim como não temo o seu ódio. / Primeira bruxa – Salve! / Segunda bruxa – Salve! / Terceira bruxa – Salve! / Primeira bruxa – Menos importante que Macbeth, e mais poderoso. / Segunda bruxa – Menos feliz e, no entanto, muito mais feliz. / Terceira bruxa – Filhos teus serão reis, embora tu não o sejas. Assim sendo... Salve, Macbeth! E salve, Banquo! / Primeira bruxa – Banquo e Macbeth, salve!"* SHAKESPEARE, William. *Macbeth*. (trad. Beatriz Viégas-Faria). Porto Alegre: L&PM, 2012. p. 18-20.

A peça *The Tragedy of Macbeth* de William Shakespeare inicia-se com o encontro de três criaturas de aspecto sombrio e sobrenatural, três feiticeiras que demonstram poucas qualidades morais em suas falas e encerram seu encontro marcando seu retorno para quando, terminada a batalha, surgirem Macbeth e sua comitiva. A segunda cena da peça ocorre em local distante dali, onde o Rei Duncan toma conhecimento da vitória e da lealdade de Macbeth e da traição do atual *Thane*[2] de Cawdor. Condenando o traidor à morte, o rei decide honrar seu primo e vassalo vencedor de importante batalha, Macbeth, com o título de *Thane* de Cawdor. A terceira cena encontra-se transcrita acima, quando, a caminho das terras de Macbeth, ele e Banquo se deparam com as feiticeiras e recebem as predições que elas lhes revelam.

A predição é uma espécie de testemunho ao contrário. Ao invés de alguém relatar um fato que teria presenciado no passado, relata um fato que, segundo crê ou quer fazer crer, ocorrerá no futuro.

Pela voz de Banquo, Shakespeare descreve o poder da predição como a capacidade de inspecionar o cerne das sementes do tempo e dizer qual grão irá brotar e qual não irá. As sementes carregam apenas a promessa, o potencial de se tornar a planta. Mas quais são os traços da semente que a planta carrega em si, antes de produzir novas sementes? Um que inspecione a planta apenas pode descrever a semente ou o processo de germinação, sem os ter visto anteriormente em planta igual? E se assim ocorrer, como descrever com exatidão àquele, que nunca viu uma tal semente ou nunca acompanhou o processo de germinação da semente dessa espécie de planta, como se dá cada passo do processo e a aparência da semente ao deixar de sê-lo e a aparência da planta que apenas deixou de ser semente?

---

[2] O termo *thane* refere-se a título de nobreza no sistema de suserania e vassalagem da Escócia antiga, ligada à propriedade da terra e às conquistas militares, e não encontra tradução exata no português. O dicionário Michaelis *On Line* refere que o termo significa proprietário livre de terras, guerreiro, lorde feudal, pessoa que presta serviço militar em troca da propriedade de terras. No sistema lusitano, a figura mais próxima seria o termo *barão.* Fonte: *http://michaelis.uol.com.br/moderno/ingles/index.php?lingua=ingles-portugues&palavra=thane*

Ora, as questões que envolvem a estrutura e o desenvolvimento do texto que narra uma leitura "nas sementes do tempo" não são de natureza essencialmente diversa daquelas que envolvem a estrutura e o desenvolvimento do texto que narra uma leitura "nos frutos do tempo". O conteúdo semântico de cada um desses textos, no entanto, desafiaria o leitor com cargas de credibilidade diversas, bem como com formas distintas de acreditar uma possível relação de correspondência entre o texto narrado e o mundo empírico, tal qual entendido o mundo empírico pelo leitor, em seu contexto sócio-cultural. Se é do senso comum, de certa forma mesmo intuitivo, que se pode conhecer algo sobre os acontecimentos passados, examinando-se provas presentes, com o recurso à experiência e aos conhecimentos acumulados pela humanidade, o conhecimento dos eventos futuros não goza de mesma unanimidade, ainda que boa parte das ciências exatas e humanas foque seus métodos na predição de eventos futuros, como são os casos da meteorologia e da economia. Os recursos metodológicos das assim chamadas artes divinatórias e das ciências preditivas, por certo, são distintos em seus fundamentos e estatutos, bem como em seus resultados práticos. O diversos textos gerados pela narrativa dos eventos passados, seja sob a forma da narrativa do historiador, seja sob a forma da narrativa daquele que presenciou a ocorrência do evento e conta o que presenciou a outra pessoa, informalmente ou num processo judicial, e os textos gerados pela predição de eventos futuros, apresentam a característica comum de estarem todos sujeitos à interpretação e ao questionamento quanto às correspondências que se podem estabelecer entre suas diversas versões e entre elas e aquilo que cada ouvinte poderia ler como realidade fática.

Ao contrário do testemunho dos fatos ocorridos no passado, a predição será comparada com os acontecimentos vindouros pelos que tiveram conhecimento da predição e puderem presenciar as situações a que ela se refere. A correspondência entre o quanto predito e o que ocorrerá no mundo dos fatos empíricos depende da formulação do texto da predição e da

interpretação que lhe for dada pelo ouvinte, bem como pela leitura da realidade empírica pelo intérprete da predição. Shakespeare joga com a forma típica de construção da fala da predição, tal como utilizada nas artes divinatórias, em que fatos e situações de conhecimento atual são combinados com frases ambíguas sobre um possível acontecimento futuro. A tessitura da linguagem, em ambos os casos, deve ser semelhante para fazer crível o quanto predito. Assim, Macbeth é saudado com seu título atual e por ele conhecido, da mesma forma com que é saudado por seu título já prometido, mas de que os ouvintes das feiticeiras não tem conhecimento, embora o público já o saiba. Na mesma linha de construção do texto, a terceira saudação atribui um possível título de rei a Macbeth. Mas, lido com atenção o texto de Shakespeare, nele não existe a afirmação categórica de que Macbeth, de fato, será rei, conforme indica o verbo *shall*, o que é explicitado na fala de Banquo, quando diz *"...present grace and great prediction/ Of noble having and royal hope..."*. A graça – o título de nobreza atual de Macbeth – é um dado do presente e por todos sabida; a predição de nobre porvir – a concessão do título de *Thane* de Cawdor está afirmada. Porém, a ascensão de Macbeth ao trono real é apenas esperança. A leitura que Macbeth faz da predição, no entanto, ao descobrir que o título de *Thane* de Cawdor de fato lhe fora atribuído, é de que o destino lhe reservara a coroa real. Mesma leitura é feita por Lady Macbeth ao receber do marido as notícias das predições e da honraria a ele destinada pelo rei, o que leva o casal ao regicídio e às manobras para imputar a culpa pelo assassínio do rei a seus filhos, restando Macbeth como sucessor da coroa real. Mas a confiança de Macbeth nas predições não é pétrea: ele age para fazer com que elas ocorram e não apenas espera pelos acontecimentos.

O paralelismo das frases *"All hail, Macbeth: hail to thee, Thane of Glamis!"* e *"All hail, Macbeth: hail to thee, Thane of Cawdor!"* contrasta com a expressão *"All hail, Macbeth, that shalt be king hereafter!"*. Não por acaso, apenas a última carrega verbo. Gilles Deleuze demonstrou que, ao se dizer, "Alice cresce", quer-se dizer que ela se torna maior do que era, mas, por

isso mesmo, ela também se torna menor do que é agora. Ela não é, simultaneamente, maior e menor, mas ela, ao mesmo tempo, se torna um e outro. Em suas palavras: *"Tal é a simultaneidade de um devir cuja propriedade é furtar-se ao presente. Na medida em que se furta ao presente, o devir não suporta a separação nem a distinção do antes e do depois, do passado e do futuro. Pertence à essência do devir avançar, puxar nos dois sentidos ao mesmo tempo: Alice não cresce sem ficar menor e inversamente."*[3] No mesmo texto, Deleuze aduz que o nome próprio ou singular é garantido pela permanência de um saber e representa um princípio de identidade, mas o paradoxo do puro devir, carregado de sua capacidade de se furtar ao presente, é a identidade infinita, nos dois sentidos, do passado e do futuro, ao mesmo tempo.[4] Os augúrios que dizem ainda há de se tornar rei Macbeth, dizem ao mesmo tempo não ter sido ele rei até então e tal condição se esvanece num futuro que, como tal, não existe, é puro porvir.

A presença da forma verbal na profecia acerca do futuro real de Macbeth traz para o cerne do significante o jogo de paradoxos que será explorado no campo semântico quando das predições para o futuro de Banquo. Visivelmente incomodado com a reação de Macbeth ante as predições das feiticeiras e com o silêncio acerca de seu próprio futuro, Banquo as desafia, dizendo-lhes que falem com ele, pois não teme nem deseja seus favores e tampouco seu ódio. Diante do desafio, as feiticeiras saúdam Banquo com três paradoxos, formulados em paralelismo com as saudações que foram feitas a Macbeth. Dizem elas: *"Lesser than Macbeth, and greater!"*; *"Not so happy, yet much happier!"*; e *"Thou shalt get kings, though thou be none…"*. Também aqui a forma verbal somente aparece na terceira asserção. Porém, as duas primeiras, ao contrário das saudações dirigidas a Macbeth, trazem afirmações contraditórias, e a terceira desafia a ordem estabelecida, ao prever

---

[3] DELEUZE, Gilles. *Lógica do sentido.* (trad. Luiz Roberto Salinas Fortes). São Paulo: Perspectiva, 2007. [Estudos, 35]. p. 1.
[4] *Id. ibidem*, p. 2.

originarem-se reis daquele que nunca o será. Por óbvio, o recurso utilizado por Shakespeare possui um grande efeito dramático, pois aguça a curiosidade do espectador acerca do futuro de Banquo e evita revelar a funesta sorte que o aguarda, ao mesmo tempo em que antecipa considerações morais acerca das condutas das personagens. De fato, no curso da ação dramática, temendo Macbeth que filhos de Banquo sejam os sucessores do trono por ele conquistado com o assassínio do rei, envia matadores ao encalço de Banquo e seu filho, sendo que os enviados logram matar Banquo, mas seu filho escapa com vida. Ante a conduta honrosa adotada por Banquo durante toda a ação e a decadência moral e psicológica de Macbeth no final da peça, forma-se a possibilidade de interpretação que dá coerência lógica aos paradoxos enunciados pelas feiticeiras acerca do futuro de Banquo.

Deleuze sugere que, se a moral tem algum sentido, o que ela quer dizer é nada além disso: não ser indigno do que nos acontece. Receber o que acontece como injusto e como não merecido, atribuindo a culpa a alguém, seria o que torna nossas chagas repugnantes, o ressentimento contra o acontecimento. Não se trata, porém, de resignação, outra figura para o ressentimento. Em suas palavras: *"O brilho, o esplendor do acontecimento é o sentido. O acontecimento não é o que acontece (acidente), ele é no que acontece o puro expresso que nos dá sinal e nos espera."*[5] O processo de atribuição de sentido ao acontecimento é, assim, a um tempo linguístico e existencial, conforme pode ser observado na trama shakespeareana, casando-se bem as asserções de Deleuze às atitudes e reações de Banquo e Macbeth ao longo da peça.

Shakespeare explora os meandros da alma humana em suas peças teatrais, ao trabalhar o potencial dramático dessas sutilezas da linguagem e de suas estruturas. A ação dramática toma corpo a partir da estrutura da linguagem, em que suas ambiguidades, suas contradições, seus paradoxos, sua

[5] *Id. ibidem*, p. 152.

ubiquidade, dão ensejo a interpretações diversas, de acordo com a índole de cada personagem, levando-as a ações também diversificadas que, por sua vez, são observadas também pelo prisma do signo linguístico. Sua construção das falas das personagens atua, assim, como um exemplo bastante elucidativo das complexas relações entre o ser linguístico e o ser existencial, das relações entre a forma do texto e sua carga semântica, e mesmo da fluidez das fronteiras entre uns e outros, se localizáveis tais fronteiras.

Uma outra espécie de testemunho são os relatos de viagem. Numa época em que não havia o registro fotográfico de imagens e que a reprodução imediata de paisagens e acontecimentos observados ao longo de uma viagem era dificultada pela necessária especialização de desenhistas e pintores e pela demora de tais técnicas na captação do quanto se desejasse eternizar, os relatos dos viajantes forneciam o material mais rico a testemunhar o que distante ou passado houvera sido presenciado.

A viagem de Fernão de Magalhães, por exemplo, foi acompanhada por um cronista italiano, Antonio Pigafetta, que sobreviveu a toda a epopéia vivida pela tripulação daquela expedição e relatou suas experiências e observações. O cronista buscou retratar com fidelidade o que via, bem como o que não via mas lhe era relatado, sendo que, em alguns momentos, é difícil distinguir uma coisa da outra. Em sua passagem pelas costas da América do Sul, relata assim sua passagem pelo Rio da Prata e chegada à Patagônia:

> *"Pasamos en este puerto trece dias, continuando en seguida nuestra derrota pegados a la costa hasta los 34º40' de latitud meridional, donde encontramos un gran río de agua dulce. Aquí es donde habitan los caníbales, es decir, los que comen carne humana. Uno de ellos de estatura gigantesca y cuya voz se asemejaba a la del toro, se aproximó a nestra nave para tranquilizar a sus compañeros, que, temiendo que les quisiésemos hacer daño, se alejaban de la costa para retirarse con sus efectos hacia el interior del país. Para no dejar escapar la ocasión de verles de cerca y de hablarles, saltamos a tierra*

> *en número de cien hombres, persiguiéndolos a fin de poder atrapar algunos, mas daban unos pasos tan desmesurados, que, aun corriendo y saltando, no pudimos nunca alcanzaros. (...) Aquí fue donde Juan de Solís, que andaba como nosostros descubriendo nuevas tierras, fue comido con sesenta hombres de su tripulación por los caníbales, en quienes se había confiado demasiado."*[6]

À precisão da coordenada geográfica e da referência ao Rio da Prata, contrastam as informações sobre os hábitos canibais da população aí encontrada, pois Pigafetta não teria, como diz o relato, podido apreender tal hábito pela observação direta, mas apenas pelo que teria ouvido contar, não revela ele de quem, nem tampouco quando. Também chama a atenção a imagem de gigantes dos indígenas observados por Pigafetta, pois não há relatos antropológicos modernos de pessoas de estatura significativamente maior daquela habitual ao ser humano nas tribos habitantes dessas regiões, mesmo nas escavações arqueológicas. Há que se observar, quanto mais ao sul estiver Pigafetta, mais ele irá referir o gigantismo dos nativos encontrados. Aos 49º30'S, onde atualmente se encontra Puerto San Julián, o cronista relata: *"Transcurrieron dos meses antes de que avistásemos a ninguno de los habitantes del país. Un día en que menos lo esperábamos se nos presentó un hombre de estatura gigantesca. (...) Este hombre era tan alto que con la cabeza apenas le llegábamos a la cintura."*[7]

Ainda que se considere que a estatura média do europeu do século XVI fosse consideravelmente inferior à atual, pelo relato, o indígena mencionado teria algo em torno de três metros de altura, o que não encontra paralelo entre as observações etnográficas, antropológicas e arqueológicas mais modernas. Não se pode atribuir a Pigafetta uma desonestidade de propósito em suas descrições. Ele busca refletir aquilo que, pelo menos,

---

[6] PIGAFETTA, Antonio. *Primer viaje alrededor del Globo.* Barcelona: Orbis, 1986. p. 46.
[7] *Id. Ibidem*, p. 47.

acredita estar presenciando e narrar com fidelidade o que experimenta. Da estrutura do texto não se pode inferir o que é fantasia, o que é descrição fiel de uma realidade sensível, o que é relato daquilo de que ouviu falar, mas não o presenciou pessoalmente.

As observações acerca da estrutura da narrativa e do conteúdo dos testemunhos conforme aparecem em textos literários podem propiciar um ponto de vista privilegiado para as indagações acerca do que se quer dizer quando se fala da busca da verdade no processo judicial, através do depoimento de partes e testemunhas e do testemunho das provas documentais. De plano, há que se observar que o senso comum pouco pode ajudar para se adentrar a essa questão. Os capítulos seguintes irão esboçar algumas questões para propiciar o seguimento das discussões sobre este tema.

II. PROCESSO ELETRÔNICO, ORALIDADE E MODERNIDADE

A Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, publicada no D.O.U. de 20.12.2006 e com *vacatio legis* de 90 dias, dispôs sobre a informatização do processo judicial, introduzindo diversas modificações no Código de Processo Civil. Em seu artigo 1º, a lei estabelece que o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos da referida lei. Seu § 1º especifica que os dispositivos dessa lei serão aplicados de forma indistinta aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

A lei define como meio eletrônico toda a forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais, especifica a preferência pela rede mundial de computadores para a transmissão eletrônica e define as formas aceitáveis de assinatura digital, que deverá basear-se em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma da lei específica que regula a matéria, ou cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinarem os órgãos específicos. Para a prática de atos processuais, como envio de petições e recursos, por meio eletrônico é obrigatório o uso de assinatura eletrônica.

Em seu Capítulo III, intitulado "Do Processo Eletrônico", a Lei nº 11.419/2006 faculta aos órgãos do Poder Judiciário o desenvolvimento de sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, também com o uso preferencial da rede mundial de computadores (internet). O artigo 10 traz interessante inovação, ao permitir que o advogado distribua a petição inicial e junte contestação, recursos e petições em geral, em formato digital diretamente nos autos do processo

eletrônico, sem necessidade da intervenção do cartório ou da secretaria judicial, ocorrendo a autuação de forma automática, com fornecimento de recibo eletrônico de protocolo.

Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário serão, segundo a lei, considerados originais para todos os efeitos legais. Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais. A lei ressalva a possibilidade de alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais. Dispõe, ainda, a lei que os originais dos documentos digitalizados deverão ser preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória.

Com o advento da lei sob análise, foi alterado o artigo 154 do Código de Processo Civil, redigindo-se o § 2º com a permissão para que todos os atos e termos do processo possam ser produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico.

De se ressaltar, ainda, as alterações sofridas pelo artigo 169 do mesmo Código, estabelecendo-se em seu § 2º que os atos processuais praticados na presença do juiz, quando se tratar de processo total ou parcialmente eletrônico, poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, mediante registro em termo que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelos advogados das partes. O § 3º esclarece que

eventuais contradições na transcrição deverão ser suscitadas oralmente no momento da realização do ato, sob pena de preclusão, devendo o juiz decidir de plano, registrando-se a alegação e a decisão no termo.

A mais superficial leitura das novas regras instituídas pela Lei nº 11.419/2006 revela suas profundas relações com os princípios da oralidade, da imediatidade, da identidade física do juiz, da concentração dos atos processuais e da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias.

O princípio da oralidade, como tal, não se encontra positivado de forma autônoma e específica nas normas processuais existentes na Consolidação das Leis do Trabalho ou no Código de Processo Civil. Embora o referido princípio esteja explícito no artigo 2º da Lei nº 9.099/95, que regula o funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais[8], o recurso a tal dispositivo legal para justificar a existência e a aplicação do princípio da oralidade nos processos civil e trabalhista não é, em absoluto, necessário, eis que tal princípio decorre de toda a sistemática do CPC e das normas processuais da CLT, com especial ênfase para a regulação legal dos atos processuais previstos para ocorrer em audiência.

A adoção do princípio da oralidade representa a opção pela prevalência do debate oral sobre os temas processuais a serem discutidos e decididos, com vistas à garantia da aplicação do direito material cabível à espécie. Como salienta Bebber, *"A oralidade significa a prevalência da palavra falada sobre a escrita, contribuindo, com isso, para a celeridade processual. Não significa, porém, que prevalecendo a palavra falada haverá a extinção da escrita. A palavra falada, como não poderia deixar de ser, deve*

[8] *Art. 2º. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.*

ser documentada, ressalvadas as hipóteses excepcionadas pela própria lei (...).” [9]

Em primeira instância, o princípio da oralidade revela-se de forma mais acentuada no momento da audiência. A presença das partes e de seus procuradores, frente ao juiz, possibilita o amplo debate sobre as possibilidades de conciliação, bem como a resolução célere de incidentes processuais, esclarecimentos de pontos obscuros, coleta das provas orais, apresentação de provas documentais, apresentação de razões finais e conclusão dos autos para julgamento, cuja sentença resultante pode ou não ser proferida na mesma audiência.

O processo do trabalho, em especial nos ritos sumário e sumaríssimo, possui dispositivos específicos em que se verifica a explicitação do princípio da oralidade. Assim, o artigo 851 prevê que os trâmites de instrução e julgamento da reclamação serão resumidos em ata, constando na íntegra apenas a decisão. Em seu §1º, o referido artigo autoriza o juiz a dispensar de fazer constar da ata o resumo dos depoimentos, no caso de processo de alçada exclusiva do órgão de primeira instância, devendo constar da ata a decisão quanto à matéria de fato. O artigo 852-F, por seu turno, especifica que na ata de audiência serão registrados resumidamente os atos essenciais, as afirmações fundamentais das partes e as informações úteis à solução da causa trazidas pela prova testemunhal.

Verifica-se, assim, que a instrumentalização do princípio da oralidade em audiência gera a concentração dos atos processuais, que também possui *status* de princípio, bem como coloca em movimento os princípios da imediatidade, vez que o juiz pessoalmente preside os atos conciliatórios e de instrução do feito, bem como inclina ao atendimento ao princípio da identidade física do juiz. Por óbvio, considerando-se a concentração dos atos processuais,

[9] BEBBER, Júlio César. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 395.

embora não de forma exclusiva, aplica-se ao procedimento de audiência o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias na Justiça do Trabalho, valendo os protestos da parte inconformada com tais decisões como meio de defesa análogo ao agravo retido do processo civil.

No âmbito dos Tribunais, o princípio da oralidade encontra-se presente nas sessões de julgamento, onde existe a possibilidade de sustentação oral pela parte interessada e os votos são proferidos de viva voz pelos componentes do órgão colegiado responsável pelo julgamento.

Conexos ao princípio da oralidade encontram-se, portanto, os princípios da imediatidade, da concentração, da identidade física do juiz e da irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

O princípio da imediatidade trata da atuação do juiz diretamente na produção das provas e condução do processo, sem intermediação. Diz o artigo 416 do CPC que o juiz interrogará a testemunha sobre os fatos objeto da instrução processual. O artigo 446 do mesmo Código, dentre as atribuições do juiz, inclui a de proceder direta e pessoalmente à coleta das provas, numa formulação bastante clara do princípio da imediatidade. No âmbito do processo do trabalho, a CLT estipula claramente, em seu artigo 820, que as partes e testemunhas serão inquiridas pelo juiz, podendo ser reinquiridas, por seu intermédio, a requerimento das partes, seus representantes ou advogados.

A identidade física do juiz é necessária para à ampla aplicação do princípio da oralidade, pois o julgador que presencia os embates das partes e atua diretamente na coleta das provas está mais preparado para apreciar em profundidade as dissensões entre as partes à luz do ordenamento jurídico pátrio. No CPC existe determinação específica a respeito do tema. O artigo 132 diz que o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Em

seu parágrafo único esclarece que, em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas. No processo do trabalho, a originária formação colegiada do órgão julgador de primeira instância, as extintas Juntas de Conciliação e Julgamento, levou ao entendimento de que não se aplicava em seu âmbito o princípio da identidade física do juiz, muito embora essa identidade física seria garantida se observada a forma de audiência prevista pela CLT, qual seja, a audiência una, em que, de uma única assentada, deveriam ser feitas as propostas conciliatórias iniciais e, frustrada a conciliação, apresentada a defesa e colhidas as provas. Renovadas as propostas conciliatórias, não sendo elas aceitas, desde logo seria proferida a decisão. Extintas as Juntas de Conciliação e Julgamento, passando os órgãos de primeira instância da Justiça do Trabalho a ser monocráticos e denominados Varas do Trabalho, nada impediria que se implantasse o princípio da identidade física do juiz, que viria em proveito do jurisdicionado e da jurisdição. Porém, a organização das pautas, muitas vezes cindidas em audiências iniciais, de instrução e de julgamento, tornou problemática a adoção de outro sistema, sendo que a Súmula nº 136 do Tribunal Superior do Trabalho previa explicitamente que não se aplicaria às Varas do Trabalho o princípio da identidade física do juiz.

A Resolução nº 185/2012, publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 25 de setembro de 2012, porém, cancelou a Súmula nº 136, abrindo o caminho para a modificação do entendimento jurisprudencial acerca do tema, com a aplicação do princípio da identidade física do juiz às Varas do Trabalho.

Por certo, a aplicação do princípio da identidade física do juiz gera muitos problemas de ordem prática referentes à distribuição do trabalho jurisdicional entre os juízes e órgãos julgadores. Problemas dessa natureza, no entanto, ocorriam ainda sob a vigência da Súmula nº 136 do Tribunal Superior do Trabalho. A exemplo disso, o Tribunal Regional do Trabalho da Segunda

Região, por meio de Provimento conjunto da Presidência do Tribunal com a Corregedoria Regional, publicou em 11 de maio de 2012 um conjunto de normas referentes à vinculação do juiz ao julgamento dos feitos submetidos à sua apreciação. O referido Provimento alterou a redação dos artigos 319 a 321 da Consolidação das Normas da Corregedoria do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, prevendo que se vincula ao julgamento da lide o juiz que: (1) atuar na audiência inaugural, estando a parte reclamada devidamente citada, quando não houver necessidade de produzir provas; (2) prorrogar audiência una para produção de provas complementares ou formalização de acordo; (3) prorrogar audiência una para formalização de acordo ou para produção de provas complementares, exceto, neste último caso, quando se tratar de prova técnica exigida por lei, hipótese em que a vinculação ficará a cargo de quem encerrou a instrução; e (4) prolatar sentença anulada ou reformada com baixa para novo julgamento. Com o cancelamento da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho sobre a não aplicação da identidade física do juiz, tais normas regionais ganharam maior força coercitiva, restando, a princípio, firmado o entendimento, no âmbito da Segunda Região, de que vigora o princípio da identidade física. Outros Tribunais Regionais do Trabalho também adotam normas semelhantes.

O Código de Processo Civil não traz norma específica sobre o princípio da concentração, mas o sistema adotado por ele leva à conclusão de que a realização de todos os atos processuais em um mesmo momento é desejável no curso do processo. A CLT, embora não fale literalmente em princípio da concentração, ao especificar o processamento da reclamação trabalhista, apresentação de defesa e produção de provas, em seus artigos 846 e seguintes, traz clara determinação de que se concentrem os atos processuais em audiência, havendo cisão entre as fases de conciliação, instrução e julgamento apenas em casos excepcionais. O regime de tramitação das ações submetidas ao rito sumaríssimo aprofunda essa exigência legal, ainda que preveja a possibilidade de realização de outros atos fora da audiência, o que

não poderia deixar de ser, considerando-se, por exemplo, a necessidade de produção de provas periciais em algumas causas.

O princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias existe de forma clara no processo do trabalho, no § 1º do artigo 893 da CLT, cuja redação prevê que os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva. Mas mesmo no âmbito do processo civil admite-se a aplicação do referido princípio, ao considerar-se que das decisões interlocutórias cabe o recurso de agravo, podendo ser retido ou por intermédio de instrumento, que não obsta, em um caso ou em outro, o andamento do processo.

***

No que tange as relações entre o novo processo eletrônico e a produção da prova, em especial da prova oral, muitas especulações tem sido feitas. Na verdade, como não se verificou, ainda, a implementação em larga escala do processo eletrônico e das novas possibilidades de fixação da memória dos atos e termos processuais, inclusive produção das provas, não se pode falar propriamente em consequências de tais modificações, muito menos avaliar tais consequências. A própria ideia de haver a possibilidade de determinar as consequências de dada modificação na lei ou na prática forense, bem como de avaliar tais consequências já se apresenta problemática. No entanto, discutir as hipóteses que tem sido lançadas e aprofundar os estudos da hermenêutica da prova são importantes passos para se enfrentarem os desafios sempre atualizados quando de modificações substanciais do processo e do procedimento.

Um dos aspectos que chamam a atenção na nova forma de registro dos atos processuais é a possibilidade e mesmo a propriedade da gravação das audiências, pois a forma digital do processo se coaduna perfeitamente com tal

forma de registro. Em artigo que discute a informatização do processo, Walter Nunes da Silva Júnior comenta que:

> *"Outra vantagem sobremaneira importante da informatização é quanto à documentação das audiências. No sistema tradicional, o juiz ouve as pessoas (autor, réu, testemunhas etc.) e, por meio de ditado, determina a sua redução a termo, mediante a digitação do documento pelo servidor. Com a informatização, a audiência pode ser gravada, ficando o áudio do depoimento disponível nos autos eletrônicos, sem a necessidade de ulterior degravação. Não fosse a circunstância de a gravação sem a necessidade de degravação representar economia do tempo de audiência e de trabalho pelo servidor, essa prática é salutar, pois permite que o órgão de segunda instância tenha a exata compreensão do contexto em que foram dadas as respostas pela pessoa inquirida, o que confere maior segurança para o órgão de superior instância discutir, em sede de recurso, os aspectos factuais esclarecidos pela prova colhida por meio de depoimento."* [10]

A citação acima traz a percepção de um Juiz Federal sobre as consequências e, no seu entender, vantagens, da gravação eletrônica da audiência, arrolando parte das implicações de tal alteração de procedimento. Em nota de rodapé inserida no texto supra, o autor observa que o sistema atual de documentação das audiências *"é arcaico, além de não retratar, com fidelidade, a prova colhida na audiência. Por mais talento e lealdade do juiz ao fazer o ditado do que foi dito pela pessoa inquirida, ainda assim, o que é colocado no termo é a compreensão que ele teve do que foi respondido."*[11]

---

[10] SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. "Informatização do processo". *In*: CHAVES, Luciano Athayde (org.). *Direito processual do trabalho: reforma e efetividade.* São Paulo: LTr, 2007. p. 430.
[11] *Loc. cit.*

Não obstante a contribuição do texto acima citado para enunciar as questões que se colocam quando se trata da modificação da forma de fixação da memória do ocorrido em audiência de instrução, a visão sobre as implicações de tal modificação por ele enunciada retrata lugar comum bastante redutor em relação à complexidade do problema. A comunicação humana é um problema complexo. A interpretação dos discursos construídos em um contexto especifico depende inteiramente, ainda que não exclusivamente, desse contexto em sua atualidade histórica, sendo que a gravação, apenas do som ou do som e da imagem, gera contexto diverso daquele em que os discursos foram engendrados. A forma de gravação e de reprodução, ângulos, tomadas, intensidades, timbres, tudo sofre de uma historicidade irredutível a meio de fixação da memória do ocorrido e de transmissão dos dados. A ideia de fidelidade a um original existente no mundo dos fatos é corrente no senso comum, mas desafiada continuamente pelos estudos especializados. Nesse sentido, a crítica sociológica e a crítica lingüística, bem como a inspeção sob a égide da hermenêutica jurídica, são instrumentos fundamentais para a compreensão da extensão do problema tratado, sob o crivo da ciência do direito.

É parte do projeto moderno e das exigências de sua realização a concepção científica do direito. Boaventura de Souza Santos observa que o direito desenvolveu um autoconhecimento especializado e profissionalizado que se define como ciência jurídica. Diz ele que o cientificismo jurídico e o estatismo jurídico evoluíram de forma concomitante, sendo o positivismo jurídico a forma mais acabada dessa co-evolução. O pressuposto ideológico da ideia de ciência jurídica sempre foi o de que o *"direito devia desconhecer, por ser irrelevante, o conhecimento social científico da sociedade e, partindo dessa ignorância, deveria construir uma afirmação epistemológica própria*

('direito puro', 'direito auto-referencial', subjetividade epistémica do direito')."[12]

Em primeiro lugar, há que se recordar que o ideário norteador do que afirma o autor citado está inserido no contexto do paradigma do pensamento ocidental moderno, cuja crise tem sido apontada por autores de diversas áreas do pensamento[13].

A crise paradigmática vivida pela modernidade ocidental afeta profundamente as crenças sobre os lugares comuns estabelecidos como verdades absolutas. Boaventura de Souza Santos observa que *"a complexa matriz das energias regulatórias e das energias emancipatórias inscrita na modernidade ocidental foi sendo reduzida, à medida que esta convergiu com o desenvolvimento capitalista, a dois grandes instrumentos de racionalização da vida colectiva, a ciência moderna e o direito estatal moderno. A crise de ambos coincide, por isso, com a crise do paradigma dominante, uma crise epistemológica e societal."*[14] Prossegue o autor dizendo que:

> *"...as sociedades são a imagem que têm de si vistas nos espelhos que constroem para reproduzir as identificações dominantes num dado momento histórico. (...) Quanto maior é o uso de um determinado espelho e quanto mais importante é esse uso, maior é a probabilidade de que ele adquira vida própria. Quando isso acontece, em vez de a sociedade se ver reflectida no espelho, é o espelho a pretender que a sociedade o reflicta. (...) É como se o espelho passasse de objecto trivial a enigmático super-sujeito, de espelho passasse a estátua. Perante a estátua, a sociedade pode, quando muito, imaginar-se como foi ou, pelo contrário, como*

---

[12] SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.* 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 165.
[13] Apenas a guisa de exemplo: TOURAINE, 2006; HOBSBAWM, 1995; COMPARATO, 2006; SANTOS, 2001, conforme bibliografia ao final.

> *nunca foi. (...) Quando isto acontece, a sociedade entra numa crise que podemos designar como crise da consciência especular: de um lado, o olhar da sociedade à beira do terror de não ver reflectida nenhuma imagem que reconheça como sua; do outro lado, o olhar monumental , tão fixo quanto opaco, do espelho tornado estátua que parece atrair o olhar da sociedade, não para que este veja, mas para que seja vigiado. Entre os muitos espelhos das sociedades modernas, dois deles, pela importância que adquiriram, parecem ter passado de espelhos a estátuas: a ciência e o direito."*[15]

A consciência crítica da crise paradigmática da modernidade ocidental é imprescindível para que não se ocorram análises simplistas de fenômenos complexos como os sistemas processuais e suas formas de operacionalização. Caso contrário, o recurso ao pensamento simplificador do positivismo, científico ou jurídico, é tentação sempre presente a comprometer a compreensão mais ampla da realidade com que se lida.

Para além da questão epistemológica acima assinalada, o tema proposto apresenta aspectos cuja compreensão demanda a aproximação através dos estudos lingüísticos. O princípio da oralidade e seus correlatos colocam em pauta as especificidades dos textos orais em contraposição com os textos escritos. A forma de elaboração de um texto traz as marcas da situação que mediou sua criação e a finalidade para a qual fora formulado. Dino Preti, comentando um texto de Rubem Fonseca escrito sob a forma de um diálogo espontâneo, observa que:

> *"Como constitui uma manifestação escrita, a linguagem literária tem afinidades maiores com essa modalidade de língua. Por mais*

---

[14] SANTOS, *op. cit.*, p. 42.
[15] *Id. ibidem,*, p. 47/48

que se pretenda aproximá-la do fenômeno da oralidade, o escrito literário pressupõe uma elaboração por parte do escritor, ainda mesmo quando sua intenção seja a de aproximar o que escreve da naturalidade da fala."[16]

Por seu turno,

"...a característica mais evidente do texto falado é a grande incidência de descontinuidades no curso de sua formulação. A descontinuidade, como o próprio termo já diz, consiste numa interrupção do fluxo formulativo, atribuída, em princípio, ao fato de o falante não encontrar uma alternativa de formulação imediata e definitiva, o que caracteriza, segundo ANTOS (1982, p. 160), um 'problema de formulação'. (...) A análise de textos de língua falada aponta nitidamente para a distinção entre problemas prospectivos e retrospectivos. Os primeiros se identificam no fato de o falante deles se dar conta antes de os formular; os outros ele só percebe quando já estão lingüisticamente inseridos na formulação do texto."[17]

As observações acima são relevantes para a análise das implicações mediatas e imediatas da forma de registro dos depoimentos das partes e testemunhas em audiência, bem como de eventuais debates que surjam no curso da audiência, entre os advogados assistentes das partes ou entre eles e o juiz. A transcrição representa a passagem de um tipo de linguagem para outro tipo de linguagem, o que pressupõe necessariamente uma interpretação. Umberto Eco, acerca da interpretação de textos, comenta que:

"O debate clássico tinha por objetivo descobrir num texto ou o que seu autor pretendia dizer, ou o que o texto dizia independentemente

[16] PRETI, Dino (org.). *Análise de textos orais*. 2ª ed. São Paulo: FFLCH/USP, 1995. p. 218.

> *das intenções de seu autor. Só depois de aceitar a segunda alternativa do dilema é que podemos perguntar se aquilo que foi encontrado é o que o texto diz em virtude de sua coerência textual e de um sistema de significação original subjacente, ou é o que os destinatários descobriram nele em virtude de seus próprios sistemas de expectativas."*[18]

Os argumentos de Silva Junior, mais acima expostos, apresentam, segundo seu ponto de vista, algumas vantagens do registro de atos processuais, em especial aqueles produzidos em audiência, por meio de gravação de áudio. Seriam reforçados tais argumentos se o registro também contivesse a gravação em vídeo, com o acréscimo das informações decorrentes da linguagem gestual dos atores. É fato, ainda, que a transcrição de depoimentos e de outras intervenções orais para o registro escrito representa, seja qual for o meio utilizado, uma interpretação daquilo que foi dito.

O registro por meio de áudio e de vídeo, segundo essa tese, reduziria a intervenção de um "tradutor" entre os meios de comunicação. Porém, a tese deve ser cuidadosamente perscrutada em seus fundamentos, sendo este um dos objetivos do presente trabalho. Ademais, a mudança na forma de registro representa outro paradigma de construção da argumentação jurídica e, de certa forma, desloca parte do processo interpretativo para outro momento processual. Como observa Eco, sem tentar ocultar a recorrência ao círculo hermenêutico, *"mais do que um parâmetro a ser utilizado com a finalidade de validar a interpretação, o texto é um objeto que a interpretação constrói no decorrer do esforço circular de validar-se com base no que acaba sendo seu resultado."*[19]

---

[17] *Id. ibidem*, p. 108.
[18] ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. 2ª ed. (trad. MF). São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 75.
[19] *Id. ibidem*, p. 76.

O problema colocado pelo trabalho ora apresentado, assim, possui aspectos que devem ser analisados sob o ponto de vista dos estudos lingüísticos. Não obstante, o pensamento lingüístico-estruturalista apresenta limitações quanto à compreensão dos dados socioculturais que medeiam a produção de um texto. Bourdieu observa que: *"Uma sociologia estrutural da língua, inspirada em Saussure mas construída contra a abstração que ele opera, deve tomar como objeto a relação capaz de unir sistemas estruturados de diferenças lingüísticas sociologicamente pertinentes e sistemas estruturados de diferenças sociais."*[20] Assim, outro aspecto a ser considerado para a compreensão do objeto que ora se propõe a estudo é a contribuição da sociologia.

Para compreender as efetivas implicações das alterações na legislação concernente ao processo e a admissão do processo eletrônico e do registro eletrônico dos atos processuais é, sem dúvida nenhuma, necessário perscrutar os próprios meandros do objeto processual que se pretende estudar. Assim, coloca-se em pauta o problema dos princípios da oralidade, da imediatidade, da identidade física do juiz, da concentração e da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias no processo do trabalho, com as modificações trazidas pelo advento do processo eletrônico, dando-se especial ênfase para a produção e registro das provas orais e documentais, cuja análise demanda o recurso ao instrumental multidisciplinar acima proposto.

A prova judicial é usualmente dita como destinada a revelar no processo a verdade dos fatos para possibilitar ao órgão judicial a aplicação da norma jurídica. Diante disso, a discussão sobre o conceito de verdade no âmbito processual, na filosofia e na sociologia é dado relevante para a formação de um cabedal crítico de análise e interpretação do objeto do presente estudo.

---

[20] BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas linguísticas.* (trad. Sérgio Miceli e equipe). São Paulo: EDUSP, 1998. p. 40.

A discussão sobre método e metodologia da pesquisa científica em Direito, por seu turno, é de fundamental importância para o trabalho acadêmico. Jan Schapp observa que, de modo muito geral, o tema da doutrina tradicional da metodologia jurídica centra-se em três perguntas fundamentais, quais sejam, como o juiz aplica a lei ao caso concreto a ser por ele decidido; como são interpretadas as leis; e se existe a ideia de direito ou um princípio de justiça e qual o significado disso para a busca do direito concretamente aplicado.[21]

Vê-se que há pouca nitidez na separação entre metodologia jurídica e filosofia do direito, mormente na terceira questão levantada. No entanto, não se podem separar tais questões da problemática metodológica. Shapp relembra que o fundamento filosófico sobre o qual repousa a metodologia jurídica tradicional, aquela da aplicação da lei por subsunção do fato particular à norma geral, é a doutrina do universal e do particular desenvolvida na Antiguidade clássica e retomada pela Escolástica, na Idade Média. Embora a história recente da metodologia jurídica seja uma história de crítica e ataques a este modelo de subsunção do caso concreto à lei geral, essa doutrina prossegue sendo central para a atuação dos operadores do direito, por faltar uma alternativa clara à crítica.[22]

Em filosofia, o termo método apresenta dois significados fundamentais, sendo o primeiro o de qualquer pesquisa ou orientação de pesquisa e o segundo o de uma técnica particular de pesquisa. Prevalente na filosofia moderna e contemporânea, o segundo significado apresenta-se mais restrito, pois indica *"um procedimento de investigação organizado, repetível e auto-corrigível, que garanta a obtenção de resultados válidos"*[23], ao contrário

---

[21] SCHAPP, Jan. *Problemas fundamentais de metodologia jurídica*. (trad. Ernildo Stein). Porto Alegre: Fabris, 1985. p. 7.
[22] *Id. ibidem*, p. 8.
[23] ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia.* (trad. Alfredo Bosi). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 668.

do primeiro significado, que não se distingue dos significados de investigação ou doutrina. O autor observa que tanto Platão quanto Aristóteles utilizam o termo com ambos os significados e que Descartes salientou tal dualidade em sua obra.

No que tange ao termo metodologia, por seu turno, por ele podem ser designadas quatro coisas diferentes, a saber, a lógica ou parte da lógica que estuda os métodos; a lógica transcendental aplicada; o conjunto de procedimentos metódicos de uma ciência; ou a análise filosófica de tais procedimentos[24]. No âmbito do presente trabalho prevalecerá, em um primeiro momento lógico, a atribuição ao termo "metodologia" do terceiro significado assinalado acima, o que coincide com o uso contemporâneo e generalizado do termo. Assim, entender-se-á por metodologia o conjunto de procedimentos técnicos de averiguação ou verificação dos procedimentos a serem adotados na realização da pesquisa e análise de seus resultados, com vistas à obtenção de resultados cientificamente válidos.

Não se pode olvidar, no entanto, que a pesquisa realizada enfocou procedimentos de produção e interpretação das provas judiciais em suas relações com o próprio método de documentação de tais provas. Assim, estão presentes aspectos de uma análise filosófica dos próprios procedimentos metodológicos, o que exige a utilização do termo "metodologia" também no quarto dos significados indicados acima, como uma disciplina filosófica relativamente autônoma destinada à análise das técnicas de investigação utilizadas pelas ciências. Nesse sentido, não são objeto da metodologia os métodos das ciências, ou seja, as classificações amplas e aproximativas (análise, síntese, indução, dedução, experimentação, etc.), nas quais se inserem as técnicas de pesquisa científica, mas tão-somente essas técnicas, consideradas em suas estruturas específicas e nas condições que possibilitam o

[24] *Id. ibidem*, p. 669.

seu uso. Tais técnicas compreendem, obviamente, qualquer procedimento linguístico ou operacional, qualquer conceito e qualquer instrumento que uma ou mais disciplinas utilizem na aquisição e na verificação de seus resultados.[25]

O objeto de estudo proposto é bastante complexo e envolve objetos já estudados de forma extensa em diversas disciplinas. O caráter multidisciplinar da construção metodológica do objeto proposto não implica a busca de conhecer o referido objeto, de forma aprofundada e específica, segundo a óptica de cada uma das disciplinas que já se dedicaram ao tema. Tampouco significa a busca de uma síntese entre as metodologias próprias de cada campo do conhecimento envolvido no estudo do objeto, o que poderia levar à inauguração de uma disciplina derivada das originárias. Não se situa, ademais, em área nebulosa entre uma e outra disciplina, em que nenhuma delas pode ser considerada autônoma na descrição e análise do objeto e que somente algo como uma metodologia intermediária entre ambas levaria a algum avanço no conhecimento.

Ao contrário, o presente trabalho propôs explicitamente a tomada de consciência das formas de recorte metodológico de seu objeto por outras disciplinas como meio de se evitar uma visão ingênua sobre a construção de tal objeto pelos meios próprios da hermenêutica jurídica, cujo instrumental norteia o trabalho de pesquisa e análise dos dados obtidos. Como observa Gadamer, *"O que motiva a primazia da autoconsciência em relação à consciência da coisa no pensamento moderno é o primado da certeza ante a verdade, um primado que se fundamentou por meio da idéia de método da ciência moderna. O método é compreendido desde Descartes como caminho de*

[25] *Loc. cit.*

autocertificação, e, nesse sentido, apesar de toda a pluralidade de métodos, o método é um."[26]

O recurso à hermenêutica como campo de conhecimento apto a nortear a aproximação que ora se propõe do objeto de estudo justifica-se pelo próprio caráter interpretativo desse objeto de estudo. A historicidade da objetividade científica remete claramente aos estudos hermenêuticos e sua forma de aproximação da experiência do mundo.

Conforme salienta Eduardo C. B. Bittar, ao discutir a experiência hermenêutica e a experiência jurídica sob a égide da obra de Gadamer, "*Pode-se desde logo dizer que a experiência de mundo, a vivência das coisas, a existência histórica não estão excluídas do sistema de produção do conhecimento. Portanto, toda vez que me aproximo de um objeto, não o conheço, simplesmente, mas o interpreto. Quando o faço, em verdade, dele permito aproximar-se um conjunto de outras preocupações ligadas à minha experiência de mundo. É exatamente este importe fenomenológico que será o fundamento para a construção do conceito de experiência hermenêutica (...).*"[27]

A ideia de interpretação do objeto do conhecimento traz em si a questão dos valores e da possível objetividade na aproximação do objeto. MacCormick frisa que: "*Objectivity depends on values and on giving the best and most account of these. Elucidation of values is not the antithesis of objectivity, but its precondition. Indeed, objectivity itself matters only as a value in the context of some pursuit of understanding and truth. (…) The methodology of the kind of explanation offered here has to be interpretative or hermeneutic. That is, it must seek to understand the practices and institutions*

---

[26] GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica.* (trad. Marco Antônio Casanova). Petrópolis: Vozes, 2007. p. 14.

of human beings in terms of what makes them intelligible and worthwhile, or at least on balance worthwhile, to their human participants."[28]

No mesmo caminho, *"Gadamer, ao utilizar-se da idéia de 'pré-conceito', não o faz no sentido mais pejorativo da palavra (sinônimo de discriminação), mas sim no sentido fenomenológico de conceito formado previamente, de algo que constitui e determina todas as estruturas do conhecimento. Está formado, a partir dessa idéia, o círculo hermenêutico, pois, se conheço as coisas a partir de 'pré-conceitos', estes passam a se incorporar às coisas de modo que quando conheço coisas conheço também 'pré-conceitos'; à ciência é dado o dever de desvendar estes 'pré-conceitos' que se arraigam às coisas."*[29] De certa forma, o recurso à aproximação do objeto por meio de instrumental metodológico tomado de diversas disciplinas, sob a égide da forma específica de atuar na formação do conhecimento da hermenêutica, preenche o requisito de não se ignorarem os valores e "pré-conceitos" ligados ao objeto quando dele se aproxima. Também se evita a indesejável situação de se ignorar que um dado objeto pode ter uma construção metodológica radicalmente diversa daquela que se adota em dada pesquisa, quando tomada outra área do conhecimento ou de se repetir caminhos já largamente trilhados por dada disciplina, sem nada avançar no conhecimento do objeto.

---

[27] BITTAR, Eduardo C. B. "Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica". p. 182-183. *In*: BOUCAULT, Carlos E. De Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.) *Hermenêutica plural.* São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 181-201.
[28] MACCORMICK, Neil. *Institutions of law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 295.
[29] BITTAR, *op. cit.*, p. 184.

III. VERDADE, DISCURSO E SOCIEDADE

> *Words! Mere words! How terrible they were! How clear, and vivid, and cruel! One could not escape from them. And yet what a subtle magic there was in them! They seemed to be able to give a plastic form to formless things, and to have a music of their own as sweet as that of viol or lute. Mere words! Was there anything so real as words?*
>
> Oscar Wilde, *The picture of Dorian Gray*

III.1. Definição de verdade segundo os dicionários e lugar comum

Os manuais de direito processual, civil ou do trabalho, costumam iniciar o capítulo sobre provas dizendo que a produção de provas no processo visa levar ao conhecimento do juiz a verdade sobre os fatos pertinentes à lide. Como exemplo, podemos citar: "*Toda pretensão prende-se a algum fato, ou fatos, em que se fundamenta (*ex facto oritur jus*). (...) As afirmações de fato feitas pelo autor podem corresponder ou não à verdade. E a elas ordinariamente se contrapõem as afirmações de fato feitas pelo réu, em sentido oposto, as quais, por sua vez, também podem ser ou não verdadeiras. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações de fato feitas pelo autor ou por ambas as partes no processo, a propósito de dada pretensão deduzida em juízo, constituem as* questões de fato *que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova dos fatos pretéritos relevantes."*[30] Evitam os manuais de direito processual, sistematicamente, com algumas poucas exceções, a delicada

[30] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 377. No mesmo sentido,

discussão filosófica sobre o significado do termo "verdade". Ao longo dos tempos, foi sendo construído o significado processual de verdade, havendo, inclusive, a distinção doutrinária entre "verdade real" e "verdade processual"[31]. A leitura do trecho mais acima transcrito e de seus similares em outros manuais de processo e livros de doutrina na área do processo civil e do processo do trabalho leva à conclusão de que a base da construção do significado do termo verdade no direito processual é, sem dúvida, o senso comum, cristalizado e representado pelo significado atribuído ao termo pelos dicionários da língua.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, em seu livro intitulado *Prova*, iniciam o capítulo referente à verdade e à prova[32] comentando que é inerente à preocupação com a prova o tema da função da prova e, de forma intuitiva, a noção de que a prova busca a investigação da verdade dos fatos sobre os quais se fundam as pretensões das partes no processo judicial. Sobre a importância da função dos fatos no processo judicial, indicada, inclusive, pela quantidade de regras que disciplinam o processo de conhecimento no Código de Processo Civil, entendem os autores fundar-se a relevância dada no processo civil ao princípio da verdade substancial. Com base na doutrina de Mittermaier, definem, num primeiro momento, a verdade como sendo a concordância entre um fato ocorrido na realidade sensível pretérita e a ideia que fazemos dele na atualidade. Afirmam, literalmente: *"Essa visão, típica de uma filosofia vinculada ao paradigma do ser, embora tenha todos os seus pressupostos já superados pela filosofia moderna, ainda continua a guiar os estudos da maioria dos processualistas*

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Volume I. p. 421

[31] Vide, por exemplo, THEODORO JUNIOR, *op. cit.*, p. 424

[32] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 27 e seguintes.

modernos. Esses ainda se preocupam em saber se o fato reconstruído no processo é o mesmo ocorrido no mundo físico (...).”[33]

Mesmo com essa sorte de questionamento, os autores prosseguem afirmando que a descoberta da verdade é indispensável para o processo e um de seus principais objetivos, sendo que, por intermédio do processo, em especial, do processo de conhecimento, o juiz toma consciência sobre os fatos que verdadeiramente ocorreram na realidade vivida pelas partes para, sobre eles, fazer incidir a norma que lhes reserva o ordenamento jurídico. Com base em Liebman e Kelsen, concluem que, sendo função precípua do Judiciário a aplicação do direito objetivo aos fatos concretos, para a correta incidência da hipótese prevista na norma é necessária a reconstrução precisa dos fatos ocorridos no pretérito[34]. Mais adiante, retornar-se-á aos referidos autores para se analisar sua posição acerca do que a filosofia contemporânea diz a respeito da verdade.

Segundo a definição do dicionário Aurélio, “verdade”, vocábulo derivado do latim *veritate*, é substantivo feminino que comporta vários significados algo distintos entre si. O primeiro desses significados que o dicionário arrola é o de conformidade com o real, exatidão, realidade. Esse primeiro significado atribuído ao termo pelo dicionário talvez seja o mais empregado no âmbito da produção e da análise da prova judicial. A ideia de que a prova pode trazer ao conhecimento do juiz a verdade dos fatos que ensejaram a demanda entre os litigantes está baseada nesse significado do termo “verdade”, ou seja, está baseada na pretensão de que dada narrativa pode ser aferida como exata em relação a dada realidade fática, comum a todo ser capaz de a conhecer por meio dos sentidos físicos e de a interpretar de modo conforme aos demais seres nas mesmas condições físicas, psicológicas e culturais. O pressuposto é a existência de uma realidade objetiva, que não

[33] *Id. ibidem*, p. 28.
[34] *Loc. cit.*

depende da interação com a subjetividade humana para sua existência, ainda que o relato sobre tal realidade possa ser modificado por situações pessoais do observador que testemunha a ocorrência dos fatos ou por condições sócio-culturais infringentes sobre o referido observador. A linguagem verbal, em suas formas escrita e verbal, bem como outros objetos capazes de significar algo relativo aos fatos ocorridos seriam os meios pelos quais essa realidade se faria conhecer àqueles que não a presenciaram diretamente. Boa parte da doutrina sobre a produção das provas no processo judicial parte desses mesmos pressupostos e dedica-se a discutir modos de depuração da verdade dos fatos, formas de minimizar a interferência subjetiva, seja ela intencional ou não intencional, nas narrativas sobre os fatos relevantes para as lides judiciais, de maneira que o órgão judicial possa ter conhecimento de quais fatos efetivamente ocorreram na realidade e como se deu sua ocorrência, seu tempo e seu modo. Conforme será discutido mais adiante, os pressupostos acima, embora considerados óbvios pelo senso comum, são problemáticos e merecem uma análise mais aprofundada.

Prossegue o verbete do dicionário dizendo que verdade também pode significar franqueza, sinceridade, coisa verdadeira ou certa, princípio certo, representação fiel de alguma coisa da natureza, caráter, cunho. Finda por dizer que, na filosofia, a verdade é o *"objeto central da reflexão filosófica, fio condutor em relação ao qual, em última instância, se definem, se aproximam e divergem as escolas filosóficas."*[35] No que tange às expressões em que o vocábulo aparece como central, o verbete explica que a filosofia adota a expressão "verdade de fato" para exprimir a *"verdade que é contingente e cujo oposto é possível"* e "verdade de razão" como aquela *"verdade necessária e cujo oposto é impossível"*.[36]

---

[35] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário eletrônico Aurélio versão 5.11a.* s/l: Positivo Informática, s/d. [edição em meio eletrônico DVD].
[36] *Id. ibidem*

Os significados catalogados pelo dicionário correspondem, de modo geral, ao que entende o senso comum por verdade. Ao se aprofundar, no entanto, o estudo do significado da palavra “verdade” no âmbito da filosofia, verificam-se questões de grande relevância para a reflexão acerca do que se pode considerar como óbvio num primeiro enfoque.

III.2. Definição filosófica de verdade

O *Dicionário de Filosofia* de Nicola Abbagnano inicia o verbete *verdade* com a afirmação de que verdade é a *"validade ou eficácia dos procedimentos cognoscitivos."*[37] Nesse sentido, verdade é entendida, em geral, como a qualidade em razão da qual um procedimento cognoscitivo torna-se eficaz ou é exitoso. Existem duas grandes linhas de concepção sobre o conhecimento, sobre o processo cognoscitivo. Uma delas considera o conhecimento um processo mental e a outra, um processo linguístico ou semiótico. O sentido de "verdade" como a qualidade que confere eficácia ou êxito ao procedimento cognoscitivo tem a vantagem de se aplicar a ambas as vertentes, bem como prescindir da distinção entre definição de verdade e critério de verdade. Tal distinção representa a admissão de duas definições de "verdade", mas nem sempre é feita pelos filósofos que se dedicam ao tema.

Abbagnano afirma que é possível distinguir cinco conceitos fundamentais de "verdade": a verdade como correspondência; como revelação; como conformidade a uma regra; como coerência; e como utilidade. Esses conceitos não são mutuamente excludentes. No próprio âmbito do direito processual, é comum encontrar-se a utilização de dois ou mais desses conceitos sendo operacionalizado num mesmo contexto, como, por exemplo, quando se trata da caracterização da matéria de fato e da regra jurídica a ser aplicada a ela. No âmbito da filosofia, também é comum encontrar-se mais de um desses conceitos em um mesmo autor, ainda que sejam utilizados com propósitos diferentes. Não há, porém, possibilidade de redução entre elas, pois são mutuamente distintas. Observe-se que existe alguma correspondência entre os conceitos filosóficos de "verdade" e a utilização de senso comum, conforme se encontra na definição do termo no dicionário. Porém, a enunciação

[37] ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 994. O trecho a seguir é uma descrição e uma discussão sobre o conteúdo do referido verbete.

filosófica carrega uma discussão crítica sobre cada uma dessas concepções, não se limitando à constatação de seu uso linguístico.

O mais antigo e divulgado desses conceitos de verdade é aquele que a verdade é tida como correspondência. Sua formulação clara foi levada a cabo por Platão, embora seja observável como pressuposto nas escolas pré-socráticas. Platão, no Crátilo, ao falar sobre o discurso verdadeiro, o define como aquele que diz as coisas como são, ao passo que o discurso falso é aquele que as diz como não são.[38]

O conceito de verdade como correspondência está intimamente ligado com a concepção de identidade. Um fato, um objeto, um fenômeno só pode ser concebido como verdadeiramente descrito se se considerar que ele possui uma permanência em sua capacidade de ser ele mesmo. A dialética heraclitiana coloca em questão essa capacidade, com a concepção de mutação contínua das coisas e dos processos, ao passo que a concepção de Parmênides sobre a permanência da identidade essencial das coisas e dos processos permite desenvolver o conceito de verdade como a correspondência entre o enunciado e a coisa em si. Na história da filosofia ocidental, prevaleceu a concepção de Parmênides da efetiva existência de uma identidade que permanece inalterada ao longo do tempo e das condições exteriores ao objeto, pessoa ou processo considerado. A afirmação de que A=A, fundamental para o pensamento ocidental, representa a hegemonia obtida pelo pensamento de Parmênides sobre as demais correntes pré-socráticas, em especial sobre a concepção de Heráclito de Éfeso.[39]

Aristóteles, o grande compilador e formulador das ideias que vão embasar o pensamento ocidental desde a Antiguidade, em clara consonância com o pensamento de Parmênides, afirma que: *"Negar aquilo que é e afirmar*

---

[38] *Crat*. 385 b.

aquilo que não é, é falso, enquanto afirmar o que é e negar o que não é, é a verdade."[40] Aristóteles distingue duas teses fundamentais sobre esse concepção de verdade. A primeira diz que a verdade está no pensamento ou na linguagem e não no ser ou na coisa. A segunda é que a medida da verdade é o ser ou a coisa e não o pensamento ou o discurso sobre ela. As teses afirmam um princípio de objetividade, na medida que consideram a coisa ou o ser não passíveis de trazerem, em si, a verdade ou a não verdade, sendo que somente ao pensamento ou à linguagem se pode indagar se dizem a verdade ou não. A medida, a aferição da verdade enunciada pelo pensamento ou pela linguagem, por seu turno, não está no discurso ou no pensamento, mas na coisa ou no ser. Não haverá a extrapolação efetiva da jornada de trabalho pelo empregado pela mera afirmação no discurso de sua ocorrência, mas se dirá com verdade que havia a referida extrapolação se o trabalhador, em sua lide, excedia o limite de tempo das horas ordinárias de trabalho. Observa-se, assim, a contundência dessa definição aristotélica de verdade nas definições que perpassam os manuais e textos sobre direito processual.

Tanto em Platão quanto em Aristóteles, a definição de verdade e o critério de verdade coincidem, o que não ocorre, porém, em algumas outras doutrinas, como no estoicismo e no epicurismo. Ambas as escolas prosseguem admitindo ser a verdade a correspondência entre o conhecimento da coisa e a própria coisa, mas cada uma delas concebe o critério de verdade de forma distinta. Para os estóicos, o critério de verdade está na representação cataléptica, que é a manifestação do objeto para o ser humano, ao passo que, para os epicuristas, o critério de verdade reside na sensação, na própria manifestação da coisa. Em ambos os casos, a distinção entre verdade e critério de verdade equivale a reconhecer dois conceitos de verdade compatíveis entre si.

---

[39] KENNY, Anthony. *Filosofia antiga*. (trad. Carlos Aberto Bárbaro) São Paulo: Loyola, 2008. (Uma nova história da filosofia ocidental, I). p. 37 e seguintes.
[40] *Met.*, VI, 7, 1011 b 26 ss.

Abbagnano observa que os lógicos contemporâneos também recorrem à doutrina da correspondência ao definir o termo verdade, mas buscam uma formulação tal que a afaste de qualquer hipótese metafísica.

A propósito desse tema e dentro de sua preocupação com a definição de argumentação jurídica frente ao conceito de demonstração, Perelman opina que, na lógica moderna, que provém da reflexão sobre o modelo de raciocínio matemático, os sistemas formais já não são correlacionados com nenhuma evidência racional. O lógico moderno propõe um sistema artificial e elabora sua linguagem como lhe aprouver, decidindo quais os axiomas que serão considerados válidos nesse sistema, como será sua forma de se relacionar uns com os outros e quais as regras de transformação que serão adotadas, de forma a permitir, a partir de tais axiomas deduzirem-se outras expressões válidas dentro do sistema proposto. Para a demonstração de uma dada proposição, basta indicar mediante quais procedimentos ela pode ser obtida, sendo a última expressão de uma sequência dedutiva cujos pressupostos foram fornecidos por quem construiu o sistema axiomático dentro do qual se efetua a demonstração.[41]

A segunda concepção fundamental de verdade a considera como revelação ou manifestação e divide-se em duas vertentes, uma empirista e outra metafísica. Sob o ponto de vista empirista, a concepção de verdade como revelação ou manifestação equivale a admitir que verdade é sensação, intuição ou fenômeno. Cirenaicos, epicuristas e estóicos assumiam esse sentido empirista. Da mesma forma, filósofos empiristas medievais também trabalharam a concepção de conhecimento intuitivo e manifestação da natureza das coisas ao homem pelo sua mera observação, como se pode ver em Ockham e Telésio.

---

[41] PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica.* (trad. Maria Ermantina de Ameida Prado Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 15-16.

A forma metafísica ou teológica considera que a verdade se revela em modos de conhecimento excepcionais ou privilegiados, pelos quais a essência das coisas, seu ser ou seu princípio, qual seja, Deus, se torna evidente ao ser cognoscente. Esse conceito de verdade como manifestação do ser ou do princípio supremo nasce da própria interpretação metafísica ou teológica da verdade como correspondência. Plotino dizia que a verdade está de acordo consigo mesma, não enunciando nada fora de si, mas o que ela mesma é. *"Nesse sentido, a V. é hipostasiada: não é o caráter formal de certos procedimentos cognoscitivos, mas princípio metafísico ou teológico que tem a mesma substancialidade e a mesma dignidade do princípio que ela manifesta, ou seja, Deus."*[42]

A meio caminho entre a forma empírica e a forma teológica do conceito de verdade como revelação ou manifestação está a concepção fenomenológica. Em sua própria definição, a fenomenologia é um método que permite às essências manifestar-se ou revelar-se como tais. Segundo Husserl, ao se proceder à contemplação desinteressada da realidade, com a suspensão do juízo, permite-se que se expresse a verdade, ou seja, a evidência com que os objetos fenomenológicos se apresentam.

A terceira concepção de verdade, aquela que considera a verdade como a conformidade com uma regra ou com um conceito, teve sua primeira enunciação em Platão e reaparece em Santo Agostinho. Kant, porém, formula a mais importante expressão desse conceito. Não se trata de se valer desse conceito para a definição de verdade, pois, para Kant, a definição de verdade é a da correspondência. Segundo Kant, *"o critério pode referir-se só à forma da V., ou seja, do pensamento em geral, e consiste na conformidade com 'as leis gerais necessárias do intelecto'. 'O que contradiz essas leis' – afirma Kant –*

[42] ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 996.

'é falso porque o intelecto contradiz suas próprias leis, portanto, a si mesmo'."[43]

A quarta concepção de verdade, como coerência, é típica do movimento idealista inglês da segunda metade do século XIX. Sua difusão deve-se, sobretudo, à obra de F. H. Bradley. *"A crítica de Bradley ao mundo da experiência humana partia do princípio de que aquilo que é contraditório não pode ser real; isso o levava a admitir que V. ou realidade é a coerência perfeita. A coerência, porém, atribuída à realidade última, ou seja, à Consciência Infinita ou Absoluta, não é simples ausência de contradição; é a abolição de qualquer multiplicidade relativa e forma de harmonia que não se deixe entender nos termos do pensamento humano."*[44] Embora os idealistas ingleses seguidores dessa doutrina da verdade como coerência se referissem amiúde a Hegel, seus fundamentos encontram-se mais propriamente em Spinoza, que identificava a Deus o conhecimento da ordem total e necessária das coisas.

Por fim, a definição de verdade como utilidade é própria de algumas escolas da filosofia da ação, em especial, o pragmatismo. Sua primeira formulação clara encontra-se em Nietzsche: *"Verdadeiro em geral significa apenas o que é apropriado à conservação da humanidade. O que me faz perecer quando lhe dou fé não é verdade para mim: é uma relação arbitrária e ilegítima do meu ser com as coisas externas."*[45] Sob o ponto de vista do utilitarismo, uma proposição qualquer somente pode ser considerada verdadeira por sua efetiva utilidade, seja sua utilidade em estender os limites do conhecimento, seja estender os domínios do homem sobre a natureza ou ser útil à solidariedade e à organização do mundo dos homens. O conceito de instrumentalidade de Dewey possui alguma semelhança com o conceito de

---

[43] *Id. ibidem*, p. 998.
[44] *Loc. cit.*
[45] NIETZSCHE, F. *Wille zur Macht.* Ed. Kröner, 78,507. *apud* Abbagnano, p. 998.

verdade como utilidade, mas dele se distingue por se ater à validade das proposições, sem se adentrar à questão da verdade propriamente dita.

Com base nas críticas sobre a ingenuidade do conceito de verdade como correspondência entre o discurso e a realidade fática, Marinoni e Arenhart propõem a utilização do instrumental de outras disciplinas para a compreensão da questão da verdade no âmbito do processo judicial. Consideram os autores utópica a busca, por meio do processo judicial, da verdade real, em absoluto, sobre determinado fato ocorrido no passado, pois a verdade, em sua essência, é intangível. Observa-se, aqui, que os autores citados, de forma consistente com grande parte da filosofia contemporânea, consideram uma utopia a ideia de que se pode, por intermédio de um procedimento, qualquer que seja ele, à verdade absoluta, mas conservam, de forma contraditória, a crença na existência de uma essencialidade da verdade. Também Miguel Reale, chamado a intervir em favor dessa tese pelos autores, em sua formulação do conceito de quase-verdade, mantém posição tipicamente essencialista. Como corolário da posição essencialista adotada, adotam os autores um ponto de vista instrumental quanto à busca da verdade real no processo, dizendo que: *"Deveras, a reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre vem influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que o assistiram, ou ainda do juiz, que há de valorar a evidência concreta. A interpretação sobre o fato – ou sobre a prova direta dele derivada – altera o seu real conteúdo, acrescentando-lhe um toque pessoal que distorce a realidade. (...) Acreditar que o juiz possa analisar, objetivamente, um fato, sem acrescentar-lhe qualquer dose de subjetividade, é pura ingenuidade."*[46] Essa posição essencialista, própria da metafísica e das religiões, não se sustenta na teoria que os autores irão expor ao final do capítulo em destaque.

[46] MARINONI e ARENHART, *op. cit.*, p. 36-37

Entende-se, aqui, por essencialista a posição que pressupõe, em algum lugar lógico, a existência da Verdade em si, absoluta e inexorável, sendo apenas intangível pela mente humana por suas limitações. A derivação metafísica ou religiosa é evidente. A posição que se adota na presente tese, diga-se desde logo, e que norteará as discussões ao longo de seu desenvolvimento, é de que o conceito de verdade e sua atribuição a dado conjunto de coisas é um construído histórica e socialmente, contingente, portanto, e passível de ser reintepretado a cada momento. A realidade objetiva é, assim, um processo dialético de interpretação e reintepretação de signos linguísticos sob o prisma do momento histórico vivenciado por aqueles envolvidos nesse processo hermenêutico.

Prosseguindo-se no que dizem Marinoni e Arenhart acerca da posição da moderna filosofia quanto ao tema da verdade, invocam eles a fala de Carnelutti, quando diz que a coisa representa apenas uma parte da realidade e que a verdade somente poderia ser reconhecida com o conhecimento do todo, o que extrapola os limites do atingível pelo ser humano, razão pela qual Carnelutti substitui a atribuição da busca da verdade ao processo pela busca da certeza. Na mesma linha de argumentação, com base em Wach e Calamandrei, os autores consideram que, na impossibilidade de se atingir a verdade, o que prevalece é a busca da verossimilhança[47].

Em contraposição às teses essencialistas sobre a verdade adotadas pelos autores até então, no item 2.5 do capítulo sobre verdade e prova, Marinoni e Arenhart afirmam: "*Como demonstrado acima, a verdade substancial é um mito que já deveria ter sido extirpado da teoria jurídica. Todas as demais ciências já se aperceberam de que não há uma verdade inerente a um fato. Esse conceito (o de verdade substancial), portanto, mostra-se imprestável para dirigir os rumos do processo de conhecimento ou, mesmo, da teoria da*

[47] *Id. Ibidem*, p. 39-40

prova. Insta, então, buscar um novo objetivo, capaz de se adequar às necessidades da ciência (aí incluído o processo) e às possibilidades da cognição humana."[48] Para tanto, recorrem à teoria da razão comunicativa de Habermas, na qual se formula o conceito de que a verdade não é descoberta, mas sim construída através da argumentação.[49]

Um interessante e atual ponto de vista sobre as relações entre verdade sob o prisma da filosofia e do método científico e verdade sob o prisma do processo judicial pode ser encontrado no texto de Michel Foucault, *A verdade e as formas jurídicas*[50]. Partindo da questão de como se puderam formar domínios de saber a partir de práticas sociais, Foucault, refuta a tese predominante num certo marxismo universitário de que as condições econômicas de existência encontram na consciência dos homens o seu reflexo e expressão. Diz o autor que tal tese pressupõe que o sujeito humano, como sujeito de conhecimento, bem como as próprias formas de conhecimento são de certo modo dados prévia e definitivamente, sendo que as condições econômicas, sociais e políticas da existência depositam-se ou imprimem-se nesse sujeito definitivo. O autor propõe como seu objetivo *"...mostrar-lhes como as práticas sociais podem chegar a engendrar domínios de saber que não somente fazem aparecer novos objetos, novos conceitos, novas técnicas, mas também fazem nascer formas totalmente novas de sujeitos e de sujeitos de conhecimento. O próprio sujeito de conhecimento tem uma história, a relação do sujeito com o objeto, ou, mais claramente, a própria verdade tem uma história."*[51] Segundo Foucault, a constituição histórica de um sujeito de conhecimento por meio de um discurso tomado como um conjunto de estratégias que fazem parte das práticas sociais é tarefa a ser realizada e o autor vê as práticas jurídicas como das mais importantes para esse estudo, dentre as

---

[48] *Id. Ibidem*, p. 44-45
[49] *Id. ibidem*, p.45
[50] FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas.* (Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes). 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003. 160 p.

praticas sociais em que a análise permite localizar a emergência de novas formas de subjetividade.

Com base nisso, Foucault propõe a hipótese de que existem duas histórias da verdade. A primeira delas seria aquela espécie de história interna da verdade, corrigível a partir de seus próprios princípios de regulação, tal qual a história da verdade que se faz na ciência. Por outro prisma, *"...existem, na sociedade, ou pelo menos, em nossas sociedades, vários outros lugares onde a verdade se forma, onde um certo número de regras de jogo são definidas – regras de jogo a partir das quais vemos nascer certas formas de subjetividade, certos domínios do objeto, certos tipos de saber – e por conseguinte podemos, a partir daí, fazer uma história externa, exterior, da verdade."*[52] O autor explicita que as práticas judiciárias, assim entendidas aquelas que representam a maneira pela qual a sociedade, ao longo da história, buscou arbitrar os danos e as responsabilidades, distribuir punições ou dever de reparação dos danos, segundo o julgamento os atos dos homens são uma das formas pelas quais foram definidos tipos de subjetividade por nossa sociedade, que são formas de saber e, portanto, relações entre o homem e a verdade e como tal deve ser estudadas.[53]

[51] Id. ibidem, p.8.
[52] *Id. ibidem*, p. 11.
[53] *Loc. Cit.*

III.3. Método científico e positivismo jurídico

O processo de desenvolvimento das ciências e do racionalismo modernos fixou o método científico como o mais reconhecido dos meios de produção do conhecimento humano no mundo ocidental. O método científico, em uma primeira acepção e considerado no âmbito das ciências naturais, parte do pressuposto de que existe uma objetividade possível na relação do ser humano com o mundo que o cerca e que a forma de conhecimento dessa objetividade é extensível a todos os seres humanos, de forma que, dado um conjunto de condições, a experiência com relação a algum dado da realidade será percebida e descrita de forma semelhante por todo aquele que vivenciar tal experiência, em condições análogas e dispondo de cabedal teórico semelhante. Em outras palavras, uma dada constatação quanto a um fato da realidade, feita através do método científico, deve ser passível de reprodução, gerando, nas mesmas condições em que fora feita a constatação primitiva, resultados análogos.

O modelo primordial do método científico para a sociedade ocidental moderna advém das ciências naturais e o sucesso na produção de tecnologias é um dos grandes legitimadores de tal forma de produção e reprodução de conhecimento. A crença na abrangência do método próprio das ciências naturais e sua possibilidade de extensão para as ciências humanas e para a filosofia, levou à formulação dos fundamentos de uma das principais correntes de pensamento a partir do século XIX, o positivismo. Abbagnano refere que o termo positivismo fora empregado pela primeira vez por Saint-Simon, designando o método exato das ciências naturais e sua extensão para a filosofia. Adotado por Auguste Comte[54] para a sua filosofia, o termo passou a

[54] Miguel Reale chama a atenção para a influência de Comte no pensamento brasileiro do século XIX. Em suas palavras: *"Augusto Comte (1793-1857), o pensador europeu que no século XIX mais influiu na história cultural e política brasileira, era um homem de formação matemática, animado do propósito de dar à Filosofia uma certeza igual àquela que, a seu ver, seria própria das ciências físico-matemáticas. Para Comte, a Filosofia só é digna desse nome enquanto não se diversifica da*

designar uma grande corrente filosófica com variadas e numerosas manifestações a partir da segunda metade do século XIX, em todo o mundo ocidental. A característica fundamental do positivismo é a romantização da ciência, elevada a único guia da vida individual e social do homem, único meio de se obter o conhecimento, única moral e, mesmo, única religião possível.[55]

São teses fundamentais do positivismo: a) a ciência é o único conhecimento possível, e o método da ciência é o único válido. Daí advém o postulado de que o recurso a causas ou princípios não acessíveis ao método da ciência não origina o conhecimento, retirando-se o valor da metafísica, que recorre a tal método. b) O método da ciência é puramente descritivo, no sentido de descrever os fatos e mostrar as relações constantes entre eles, conforme expressas pelas leis, que permitem a previsão dos próprios fatos, nos moldes do pensamento de Comte; ou, ainda, para Spencer, no sentido de mostrar a gênese evolutiva dos fatos mais complexos a partir dos mais simples. c) O método da ciência, sendo o único válido, deve ser estendido a todos os campos da indagação e da atividade humana. Como consequência para o âmbito da política e da organização social, toda a vida humana, individual ou social, deve ser guiada por ele. Nesse sentido, o positivismo presidiu à primeira participação ativa da ciência moderna na organização social e constitui até hoje uma das alternativas fundamentais em termos de conceito

---

própria Ciência, marcando uma visão orgânica da natureza e da sociedade, fundada nos resultados de um saber constituído objetivamente à luz dos fatos *ou das suas relações. Tal posição e tendência de Augusto Comte, baseando o saber filosófico sobre o alicerce das ciências positivas, estavam destinadas a obter repercussão muito grande em sua época, notadamente por sua declarada aversão à Metafísica e a quaisquer formas de conhecimento* a priori*, isto é, não resultantes da experiência. A publicação do* Curso de Filosofia Positiva *de Augusto Comte (1830-1842) marca, sem dúvida, um momento relevante na história do pensamento europeu e americano, possuindo ainda entre nós continuadores entusiastas, sem falar do neopositivismo contemporâneo, que invoca, porém, outras fontes inspiradoras, apesar de coincidir com a Filosofia positiva em vários pontos essenciais."* Mais adiante, complementa: *"Para o neopositivismo contemporâneo, para o chamado Círculo de Viena, assim como para a Escola Analítica de Cambridge e todas as suas derivações, a Filosofia não é senão uma teoria metodológico-linguística das ciências, uma análise rigorosada significação dos enunciados das ciências e de sua verificabilidade, visando, segundo alguns, a purificá-las de 'pseudoproblemas'."* REALE, Miguel. *Filosofia do Direito.* 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 14-15 e 18.

filosófico, "*mesmo depois de abandonadas as ilusões totalitárias do positivismo romântico, expressas na pretensão de absorver na ciência qualquer manifestação humana.*"[56]

O conceito de progresso, próprio do pensamento positivista, considera a revisão contínua do conhecimento obtido pelo emprego do método científico. Dessa forma, assume que o conhecimento é sempre precário, atribuindo essa precariedade aos meios parciais de que o ser humano dispõe a cada momento histórico para investigar a realidade. Como pressuposto, coloca-se a existência de uma realidade objetiva passível de ser conhecida e, cada vez mais, o conhecimento científico se aproximará da explicação plena e efetiva dessa realidade.

O conceito de certeza, não obstante a precariedade do conhecimento pressuposta pelas condições restritas de verificação pelo ser humano, está relacionado à possibilidade de verificação dos resultados da pesquisa científica por sua reprodução em condições análogas, bem como pela tecnologia que gera.

Os postulados de um racionalismo científico são, sem dúvida alguma, bastante anteriores à consolidação da filosofia positivista no século XIX. Desde a Idade Média, filósofos e cientistas buscam fundar suas teses na observação dos acontecimentos do mundo natural e humano e refletir sobre eles fora dos padrões da metafísica associada à religião. É, porém, no século XIX que uma escola filosófica corporifica a essência do que se logrou fixar com o termo positivismo na história do pensamento ocidental, lançando suas ramificações nos diversos campos das ciências naturais e das ciências sociais, gerando vários desdobramentos em cada um desses campos.

---

[55] ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 776
[56] *Id. ibidem,* p. 777

No âmbito do direito, o termo positivismo jurídico foi empregado por Hans Kelsen para descrever o método que buscou desenvolver para "purificar" a investigação jurídica de elementos extra-jurídicos. Conforme comenta Marília Muricy, "*Abstraído, pelo voto de pureza metódica, o significado concreto das normas, o pensamento kelseniano realiza o grande giro entre a racionalidade material (...) para a racionalidade formal de um 'direito autônomo'.*" [57] Norberto Bobbio busca afastar o positivismo jurídico do positivismo filosófico, dizendo que a primeira expressão não deriva da corrente que a segunda representa, ainda que, no passado, tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, pela existência de positivistas jurídicos que também eram positivistas, no sentido filosófico do termo. Para tanto, argumenta que, desde suas origens, o positivismo jurídico se afasta do positivismo filosófico, pois se este último nasceu na França, o primeiro tem seu berço na Alemanha. Ademais, a expressão positivismo jurídico deriva de direito positivo, no sentido de direito posto, em contraposição a direito natural.[58] Sua tentativa, no entanto, não corresponde à opinião predominante na filosofia do direito, pois praticamente todos os autores salientam as relações entre o positivismo jurídico e o positivismo filosófico.

De modo geral, a expressão positivismo jurídico se contrapõe à expressão direito natural ou ao termo jusnaturalismo, sendo que, no atual estágio da filosofia do direito, cada uma dessas expressões somente adquire seu pleno sentido na confrontação com a outra, ao longo da história do direito.

A idéia de que as regras que medeiam as relações entre os seres humanos vivendo em sociedade possuem uma origem na ordem natural das coisas é bastante presente na história do pensamento jurídico. A expressão

---

57 MURICY, Marília. "Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura do direito e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoiético". *In*: BOUCAULT, Carlos E. De Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.) *Hermenêutica plural.* São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 103-125

direito natural ou o termo jusnaturalismo revela significado diverso conforme o período histórico considerado. Guido Fassò observa que existem três versões fundamentais do jusnaturalismo no decorrer da história da filosofia: a de uma lei estabelecida pela divindade e revelada aos homens; a de uma lei natural no sentido estrito, confundindo-se com a idéia de instinto, sendo comum aos homens e aos animais; e a de uma lei derivada dos ditames da razão humana, específica da espécie humana e que cada ser humano pode encontrar dentro de si. [59] Porém, o termo jusnaturalismo, conforme será usado neste texto, denota uma forma específica de enfocar o direito durante os séculos XVII e XVIII, que corresponde, *grosso modo*, à terceira versão descrita por Fassò. Bobbio observa que, não obstante remonte a ideia de direito natural à época clássica, prosseguindo a ser desenvolvida no curso da Idade Média, ao se falar de uma doutrina ou de uma escola do direito natural, sem especificar o período histórico ou autora a que se refere, bem como ao se utilizar o termo jusnaturalismo, busca-se, em verdade, referir-se ao renascimento, desenvolvimento e difusão que essa antiga e recorrente ideia dos direitos naturais do homem teve durante a idade moderna, no período que vai do início do século XVII ao final do século XVIII.[60]

As relações entre jusnaturalismo e contratualismo são por demais evidentes e explicitadas nas obras dos filósofos contratualistas para serem ignoradas. Bittar e Almeida destacam que os direitos civis somente vêm à luz após o advento do contrato social, enquanto os direitos naturais lhes são anteriores e preexistem a qualquer convenção social. No estudo da obra de Rousseau, os autores localizam uma textura dual no ser humano, dividindo-o em estado natural e estado civil, mediados pelo contrato social. Embora uma

---

[58] BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.* (trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues). São Paulo: Ícone, 2006. p. 15.
[59] FASSÒ, Guido. "Jusnaturalismo". *In*: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política.* (Trad. Carmen C. Varriale et al.) 4ª ed. Brasília: Edunb, 1992. p. 656

das características fundamentais da passagem do estado natural para o estado civil, com a firmação do contrato social, seja a cessão pelo indivíduo de suas liberdades individuais ao Estado, o próprio contrato social não pode ignorar os direitos naturais, que devem ser respeitados no pacto social.[61]

O desenvolvimento do jusnaturalismo moderno e o surgimento das bases materiais, práticas e teóricas do positivismo jurídico são contemporâneos à consolidação dos estados nacionais e não podem ser compreendidos plenamente sem se ter em mente as questões envolvidas nessa consolidação, sobretudo o conceito de soberania e de jurisdição estatal. Toma-se aqui o termo soberania em seu sentido moderno, indicando o poder estatal em contraposição com organizações internas ao Estado ou supranacionais, bem como em suas relações com outros Estados. O conceito de soberania nos Estados nacionais modernos implica na reivindicação por parte do poder estatal de sua exclusividade, bem como de sua capacidade de abarcar todos os aspectos da regulação política. Vinculada a esse conceito, a noção de jurisdição estatal implica na reivindicação por parte do Estado da regulação jurídica da sociedade e da capacidade de decidir sobre as lides que ocorram em seu âmbito territorial.

Apesar de o desenvolvimento das doutrinas do direito natural no período moderno tenha dado continuidade a discussões já presentes no final da Idade Média, a ênfase no direito subjetivo é bastante acentuada nessa fase. Fassò comenta que, entre o jusnaturalismo antigo e o moderno, na verdade, não ocorre uma disjunção essencial. Ao contrário, verifica-se uma continuidade substancial. Não obstante, o jusnaturalismo moderno ressalta fortemente o aspecto subjetivo do direito natural, o direito inato, deixando em segundo plano e de certa forma oculto o correspondente aspecto objetivo, o da

[60] BOBBIO, Norberto e BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e estado na filosofia política moderna.* (trad. Carlos Nelson Coutinho) 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 13

norma, bastante ressaltado pelos jusnaturalistas antigos e medievais, o que se encontra refletido até mesmo em Grócio. Esta característica do jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, o jusnaturalismo moderno, faz com que ele esteja estritamente ligado às doutrinas políticas de tendência individualista e liberal, postulando radicalmente a necessidade de respeito, por parte da autoridade política, dos assim declarados direitos inatos do indivíduo.[62]

Os jusnaturalistas modernos enfrentam o momento de consolidação dos estados nacionais e a centralização do poder político, que ocorre simultaneamente à ascensão da burguesia como classe economicamente dominante. Juntamente a esses fatos históricos, a Reforma trouxe o embate entre posições teológicas divergentes e irreconciliáveis, impossibilitando o prosseguimento da teologia como fundamento do direito, sobretudo da unidade de pensamento no direito.

Nesse contexto, a obra dos pensadores do período traz preocupações comuns com os fundamentos do direito, a origem e os fundamentos do poder político, as relações entre moral e religião, as relações entre sociedade civil e estado de natureza, etc. Essas preocupações estão intimamente ligadas com a questão do direito natural e do poder de legislar do soberano.

Discorrendo sobre a obra de Locke, Rolf Kuntz comenta que:

> *"Também não é preciso aceitar as noções de lei natural e direito natural para reconhecer o problema como legítimo, nem para avaliar suas implicações políticas. Tal como formulada por John Rawls, por exemplo, a questão da justiça não implica nenhum compromisso com o jusnaturalismo. Rawls, porém, pode tomar como um dado o material ideológico fornecido pela*

[61] BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de Filosofia do Direito.* 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 299.
[62] FASSÒ, *op. cit*. p. 658

> *tradição. Seu problema é a combinação desse material. Mas esse estoque de valores tem uma história filosófica e essa história inclui o debate sobre a lei e o direito naturais. Foi esse o ponto de partida lockiano, na construção de sua teoria política, e não se pode entendê-la sem começar por aí.*
>
> *"A exposição sobre o estado natural, no capítulo II do* Segundo Tratado, *tem uma função bem clara, na ordem da argumentação. O objetivo de Locke, no livro, é discutir a natureza e os limites do poder político, tal como se anuncia no capítulo inicial. A crítica do pensamento de Filmer, desenvolvida no* Primeiro Tratado *e resumida no* Segundo, *produz mais que uma rejeição da doutrina do direito divino dos reis."* [63]

Os teóricos do jusnaturalismo pensam o direito como estritamente relacionado à propriedade e à liberdade e pensam a sociedade como fundada num contrato social originário, que justificaria a existência de um Estado a organizar as relações entre as pessoas, restringindo-lhes a liberdade. Com essas acepção teórica, os teóricos do jusnaturalismo moderno construíram uma base explicativa para as aspirações políticas da sociedade da época, emprestando-lhes uma força particular para prosperar.

O desenvolvimento dos Estados Nacionais e do conceito de soberania, por outro lado, reforçou a importância da legislação estatal na regulação das relações sociais e políticas, bem como a atuação dos poderes estatais, consolidando a importância do legislativo na fixação das normas gerais a serem obedecidas pela sociedade e que regem sua formação e seu desenvolvimento, e do judiciário, com sua atribuição da aplicar as normas

gerais aos casos particulares, incumbindo-se da interpretação e aplicação da lei.

Por seu turno, a construção de sistemas teóricos com validade universal, exaustivos e especializados é uma das características do projeto moderno e funda a concepção hegemônica de ciência que se desenvolveu a partir do final da Idade Média até a Idade Contemporânea. A noção de sistema implica o postulado da lógica do todo, das relações entre suas partes e do todo com suas partes e, na concepção kantiana, a derivação de um princípio único. A validade universal pretende que a razão que origina o sistema é compartilhada por todos e cada membro da humanidade em seu modo de ser dotado de racionalidade, podendo ser compreendido por todos e por todos alcançado o mesmo resultado se se partir dos pressupostos dados e se se adotar o procedimento lógico correto. Os referidos sistemas teóricos buscados pelo projeto moderno implicam em abarcar à exaustão um dado campo do conhecimento, delimitando um objeto de estudo e percorrendo todos os caminhos necessários e suficientes a seu conhecimento objetivo. Nessa última observação, verifica-se a necessária especialização de tal tipo de conhecimento, na medida em que a construção do objeto do conhecimento implica em sua separação de outros objetos de conhecimento, que serão abordados por outras disciplinas, num processo de especialização crescente em busca da exaustão do conhecimento do objeto tomado como foco do pensamento científico.

O surgimento de teorias que se referem explicitamente ao positivismo jurídico faz parte deste contexto de formulação de teorias gerais e objetivas de explicação da realidade, próprio do século XIX, que adentra fortemente o século XX e ainda persiste na atualidade. A construção de uma ciência jurídica revelou-se uma preocupação dos pensadores modernos e contemporâneos ao

[63] KUNTZ, Rolf. "Locke, liberdade, igualdade e propriedade". *In*: QUIRINO, Célia Galvão, VOUGA, Cláudio e BRANDÃO, Gildo Marçal (orgs.). *Clássicos do pensamento político*. São Paulo: Edusp, 1998. p. 93/94.

longo dos últimos séculos e encontrou uma de suas formulações mais acabadas na obra de Hans Kelsen. No prefácio à primeira edição de seu livro "Teoria Pura do Direito", Kelsen explica que:

> *"Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão."* [64]

O parágrafo acima revela a típica proposição positivista de fundação de uma ciência sobre os postulados da objetividade, da exatidão e da neutralidade axiológica. A pureza a que se refere Kelsen é de natureza metodológica e tem por pressuposto a separação entre o mundo do ser e do dever-ser, a depuração do objeto da ciência do direito de quaisquer outras coisas de diversa natureza. A referência de Kelsen é a norma positiva em suas diversas manifestações, não obstante o apriorismo que se pode localizar na concepção de derivação normativa independente dos conteúdos concretos da norma. Sua proposta, como expõe no capítulo I do referido livro, é exclusivamente conhecer seu próprio objeto, respondendo à questão do que é e como é o Direito. Trata-se de uma ciência do direito positivo e não lhe importa a questão de saber como deve ser feito o direito ou como ele deveria ser, o que distingue a teoria

[64] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* (Trad. João Baptista Machado) 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

proposta da política jurídica e a caracteriza como ciência jurídica, numa busca de caracterização da especialidade e da especificidade da disciplina, o que também é próprio do projeto moderno.[65]

Os postulados da teoria de Kelsen são um dos exemplos mais acabados de teoria positivista do direito no século XX. Seu modelo explicativo e sua busca pela pureza metodológica influenciaram largamente a doutrina e a jurisprudência ao longo do século XX e lançaram raízes profundas, que hoje ainda se demonstram vigorosas. Não é, porém, a única fonte de teorias positivistas a produzir frutos até a atualidade. Advinda dos países de *common law*, as teorias analíticas do direito apresentam-se fortemente vinculadas ao conceito de positivismo jurídico. Talvez o mais significativo representante dessa corrente de pensamento seja H. L. A. Hart. Em sua obra *O conceito de direito*[66], Hart expõe os fundamentos de seu pensamento acerca da natureza, formação e aplicação do direito, a partir do próprio direito, do modo de ser da norma que pode ser considerada jurídica, o conteúdo das leis e seu âmbito de aplicação. Seu discípulo Neil MacCormick diz, literalmente, que "*...a visão de Hart lembra a de Kelsen, na medida em que sustenta que a tarefa da Teoria Analítica do Direito (comparar com a 'teoria pura do Direito') é analisar os*

---

[65] BITTAR e ALMEIDA descrevem estas características da obra de Kelsen dizendo: *"Com os pilares teóricos fixados no método positivista é que Hans Kelsen (...) procurou delinear uma Ciência do Direito desprovida de qualquer outra influência que lhe fosse externa. Assim, alhear o fenômeno jurídico de contaminações exteriores a sua ontologia seria conferir-lhe cientificidade. Nesse sentido, o isolamento do método jurídico seria a chave para autonomia do direito como ciência. Dessa forma, por meio de ambições de sua teoria, ter-se-ia uma descrição do Direito que correspondesse apenas a uma descrição pura do Direito. As categorias do ser (Sein) e do dever-ser (Sollen) são os polos com os quais lida Hans Kelsen, para distinguir realidade e Direito, que caminham em flagrante dissintonia, em sua teoria. Mais precisamente, é com a quebra da relação ser/dever-ser que pretende Hans Kelsen operar para diferir o que é jurídico (fenômeno jurídico puro) do que é não jurídico (cultural, sociológico, antropológico, ético, metafísico, religioso)."*. *Op. cit.*, p. 389-390.

[66] HART, H. L. A. *O conceito de direito.* (trad. Antonio do Oliveira Sette-Câmara) São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Em seu *Pós-escrito*, Hart comenta que: *"Dworkin considera meu livro uma obra representativa do moderno positivismo jurídico, distinguindo-o, porém, das versões anteriores, como as de Bentham e Austin, principalmente por rejeitar as teorias imperativas do direito e a concepção de que toda a lei emana de um indivíduo ou corpo legislativo soberano juridicamente ilimitado."* p. 316.

conceitos jurídicos pelo que eles são, deixando à sociologia a tarefa de estabelecer o conteúdo social do Direito *assim elucidado."*[67] As diversas correntes do pensamento positivista em direito convergem para a busca de uma separação entre os pressupostos internos e externos da norma jurídica e para uma "purificação" da teoria do direito dos conteúdos sociológicos e morais que, acusam, debilitam a capacidade de perceber o direito em si.

Tércio Sampaio Ferraz Jr considera a dicotomia direito positivo/direito natural operacionalmente enfraquecida no contexto da ciência jurídica atual. Diz ele que:

> *"A influência desta dicotomia, no direito contemporâneo, provém do século XVIII. O período do racionalismo jurídico concebeu o saber jurídico como uma sistematização completa do direito a partir de bases racionais, isto é, a partir de princípios da razão. Em conseqüência, o direito natural aparecia como um conjunto de direitos e deveres que se aplicavam às relações entre os seres humanos de forma análoga à que ocorre com o direito posto, o direito positivado ou pelos costumes ou pela decisão expressa da autoridade institucionalizada. Nessa época, o direito natural, até então, uma disciplina moral, ganhou uma certa autonomia e se transformou numa genuína disciplina jurídica. Pressupunha-se uma certa duplicação do sistema jurídico: por trás ou por cima das relações jurídicas estabelecidas por normas postas admitia-se o conjunto dos direitos naturais."*[68]

Tanto o direito natural quanto o positivismo jurídico nasceram, assim, do contexto do racionalismo moderno e do momento de consolidação dos Estados nacionais, da noção de soberania, do estabelecimento da separação

---

[67] MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. (trad. Cláudio Santana Martins). Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 48.
[68] FERRAZ JR. Tércio Sampaio Ferraz. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 170.

dos poderes e burocratização do aparelho estatal e do estabelecimento das ciências naturais como o modelo privilegiado de reflexão sobre a realidade e sobre as relações do homem com o mundo e com os outros homens. O paradigma da separação entre sujeito e objeto rege a concepção de conhecimento a ser considerada para os estudos jurídicos, em ambas as correntes de reflexão.

Sob esse ângulo, tanto as teorias ligadas ao direito natural, quanto aquelas aderentes ao positivismo jurídico apresentam limitações para a compreensão do fenômeno jurídico enquanto fenômeno social complexo, cuja compreensão demanda um aporte multidisciplinar e, enquanto tal, vê seus pressupostos questionados pelas correntes filosóficas contemporâneas, com sua superação dos paradigmas racionalistas dos séculos XVII e XVIII e com a contribuição das ciências da linguagem e outros desenvolvimentos científicos e filosóficos do século XX.

O ponto de vista das ciências sociais será de grande importância para o encaminhamento das críticas dirigidas pela filosofia do século XX ao racionalismo setecentista e ao modelo positivista de conhecimento e que as correntes filosóficas do século XIX tornaram predominante.

III.4. A postura crítica das ciências sociais

As ciências sociais emergiram como área de conhecimento autônomo no processo de especialização das disciplinas do saber acadêmico e científico que logrou ocorrer a partir dos séculos XVIII e XIX. Em seu nascedouro, a sociologia fora concebida por seus fundadores, como Marx, Weber e Durkheim, à imagem das ciências naturais, como uma ciência capaz de produzir conhecimento objetivo sobre a realidade social e sobre as relações entre os seres humanos. Como tal, a sociologia, do mesmo modo que as demais ciências, haveria de empregar métodos sistemáticos de investigação empírica, de análise de dados, do pensamento teórico e da avaliação lógica dos argumentos de modo a desenvolver o conhecimento sobre um tema específico.[69]

No entanto, salienta Giddens, estudar seres humanos em suas relações sociais não é o mesmo que observar fenômenos do mundo físico, de forma que a sociologia não se constitui em uma ciência natural. Ao contrário dos objetos da natureza, os seres humanos possuem autoconsciência e atribuem sentido e propósito ao que fazem. A própria descrição da vida social requer a compreensão dos conceitos que as pessoas aplicam ao comportamento humano. Por outro lado, o ser humano, com suas ações, constantemente cria e recria as sociedades em que vive A sociedade, assim, não se caracteriza como uma entidade estática e imutável, mas, ao contrária, tem suas instituições continuamente produzidas e reproduzidas ao longo do tempo, nos diversos espaços pela ação dos indivíduos e grupos sociais.[70]

Michel Foucault, em sua tese apresentada à Sorbonne em 1961, estudando um discurso científico particular, o saber psiquiátrico, problematiza a sua pretensão de verdade, devassando as relações entre o saber e o poder. Na

---

[69] GIDDENS, Anthony. *Sociologia.* 4ª ed. (trad. Sandra Regina Netz). Porto Alegre: Artmed, 2005. p. 510.

busca de um deslocamento das fronteiras tradicionais do saber, Foucault, partindo de um objeto tabu, o outro da razão ocidental, descreve lugares e modos de validação as verdades de um saber psiquiátrico tateante. Ele busca privilegiar a historicização de seu objeto, como uma posição instrumental para evitar a sacralização da ciência. *"O discurso historicizado deve perguntar-se qual é a força de uma ciência, destrinçar o que nela existe de não científico e 'como, em nossa sociedade, os efeitos de verdade de uma ciência são, ao mesmo tempo, efeitos de poder'"*. [71] A busca de Foucault em sua tese é libertar o objeto de investigação, a loucura, da pluralidade de discursos, de saberes com pretensão científica que criam essa figura do Outro da razão. Foucault explicita que, em seus estudos da década de 50, um dos problemas que se colocava era o estatuto político das ciências e as funções ideológicas por ele veiculadas. Diz ele que as questões advindas de tais relações poderiam ser resumidas a duas palavras: poder e saber. Para suas investigações, elegeu a psiquiatria, por conta de sua situação como ciência de perfil epistemológico pouco definido, pois uma ciência como a física ou a química, para ser questionada acerca de suas relações com as estruturas políticas e econômicas da sociedade, demandaria uma exigência muito grande, um problema muito complicado para ser equacionado. *"No caso de uma ciência tão 'duvidosa' como a psiquiatria, não poderíamos apreender de forma mais precisa o entrelaçamento dos efeitos de poder e de saber?"*[72]

Em sua investigação do que ele chamou de uma "arqueologia do saber", Foucault formulou uma teoria sobre grandes rupturas epistemológicas que ocorreram desde o final da Idade Média e que configuram a forma de produção e reconhecimento do saber no século XX. Seu enfoque busca romper, de forma radical, com a pesquisa das origens das descontinuidades ou

---

[70] *loc. cit.*
[71] DOSSE, François. *História do estruturalismo*. (trad. Álvaro Cabral). Bauru: Edusc, 2007. 2 v. [Volume I – O campo do signo]. p. 209.

de outro sistema de causalidade, substituído por Foucault por um polimorfismo que torna impossível a reconstituição de uma dialética histórica. A partir do método mais estruturalista utilizado por Foucault durante toda sua trajetória intelectual, sua arqueologia das ciências humanas dedica-se a reconstruir o modo como surge uma nova configuração do saber e que conduz de uma episteme a outra.[73] A partir da observação de que algumas rupturas no progresso de uma ciência, como a medicina aos finais do século XVIII, por exemplo, rompem não somente com proposições que podem ser consideradas verdadeiras em um período e não no outro, mas sim rompem mais profundamente com as maneiras de falar e de ver e com todo o conjunto de praticas que serviam de suporte à medicina, Foucault afirma que o que se inaugura é um novo regime no discurso e no saber. Diz o autor que não é a rapidez ou a amplitude das mudanças que são importantes, pois são antes, sinais de uma modificação nas regras de formação dos discursos aceitos como cientificamente verdadeiros. *"Não é portanto uma mudança de conteúdo (refutação dos erros antigos, nascimento de novas verdades), nem tampouco uma alteração da forma teórica (renovação do paradigma, modificação dos conjuntos sistemáticos). O que esta em questão é o que* rege *os enunciados e a forma como estes se* regem *entre si para constituir um conjunto de proposições aceitáveis cientificamente e, consequentemente, suscetíveis de serem verificadas ou infirmadas por procedimentos científicos. Em suma, problema de regime, de política do enunciado científico."*[74]

Foucault esclarece que tentou delimitar e descrever esses regimes na obra *As palavras e aas coisas*, deixando explícito, lá, que não pretendia explica-los naquele momento. Observa ele, no entanto, que lhe faltava o *"...problema do 'regime discursivo', dos efeitos de poder próprios do jogo*

---

[72] FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* 9ª ed. (trad. Roberto Machado). Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 1.
[73] DOSSE, *op. cit.*, p. 433.
[74] FOUCAULT, *op. cit.* (Microfísica...), p. 4.

enunciativo. Eu o confundia demais com a sistematicidade, a forma teórica ou algo como o paradigma. No ponto de confluência da História da Loucura *e* As Palavras e as Coisas, *havia, sob dois aspectos muito diversos, este problema central do poder que eu havia isolado de uma forma ainda muito deficiente."*[75]

Em *As palavras e as coisas*, Foucault postula a ocorrência de duas grandes rupturas epitêmicas no pensamento ocidental, dois momentos em que *"...a cultura deixa de pensar como fizera até então e se põe a pensar outra coisa e de outro modo..."*.[76] No âmbito da cultura ocidental, até fins do século XVI, a semelhança desempenhou um papel construtor do saber.O conhecimento das coisas e a forma de as representar, a exegese dos textos, a formação do conhecimento, tudo era mediado pela semelhança, pela repetição. O jogo de similitudes percorre uma vasta gama de noções classificatórias quanto à forma de estabelecimento das parecenças e de como atuam, organizando, de certo modo e para o pensamento lógico de então, o universo das semelhanças infinitas entre as coisas. A ordem cósmica fora concebida segundo critérios de similitude em que o mundo se dobra sobre si mesmo, mostrando-se um todo homogêneo e organizado. Mas a percepção das semelhanças, para que se possa saber onde existem, exige marcas. O mundo do similar é um mundo marcado. Dizia Paracelso que não seria da vontade de Deus manter oculto para todo o sempre aquilo que criara para benefício do homem, sendo que, o quanto restou escondido, fora marcado por sinais que poderiam ser decifrados para descoberta do oculto, como alguém a esconder um tesouro lhe marca de alguma forma a localização. Desse modo o saber baseado nas similitudes está fundado em suas assinalações e na sua decifração. O mundo é, assim, um lugar coberto de sinais, de símbolos e marcas, a um tempo ocultas e que se mostram ao conhecimento. O grande livro aberto da

---

[75] *Loc. cit.*
[76] FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas.* (trad. Salma Tannus Muchail). 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 65.

natureza traz em si escritos todos os seus segredos em símbolos que ao homem apenas compete decifra-los. [77]

Todo esse processo se organiza sob a forma de uma linguagem baseada em similitudes. Se tomarmos o termo hermenêutica como o conjunto de conhecimentos e de técnicas que permitem fazer falar os signos e descobrir seu sentido e o termo semiologia como o conhecimento as técnicas que permitem saber onde estão os signos, o que os institui enquanto tal, como se relacionam e quais as leis de seu encadeamento, o pensamento em curso no século XVI superpunha semiologia com hermenêutica sob a forma de similitude. A lei dos signos residiria no descobrir as coisas que são semelhantes, sua gramática seria sua exegese e a linguagem narraria a própria sintaxe que as liga.[78]

O século XVI, ao ver de Foucault, promove a ruptura entre as palavras e as coisas, criando uma fissura no tecido do pensamento conjuntivo, por similitudes, pela qual o homem poderá nascer para si mesmo e constituir-se em objeto singular do saber. Foucault simboliza essa ruptura pela busca de Dom Quixote, o deslocado herói que procura ler o mundo sob a óptica das similitudes e, então, demonstrar a veracidade dos livros, mas se defronta com a falta de similaridade entre os signos e o mundo real. *"Dom Quixote é a primeira das obras modernas, pois que aí se vê a razão cruel das identidades e das diferenças desdenhar infinitamente dos signos e das similitudes: pois que aí a linguagem rompe seu velho parentesco com as coisas, para entrar nessa soberania solitária donde só reaparecerá, em seu ser absoluto, tornada literatura..."*[79] O referencial obsoleto de Dom Quixote põe em relevo a mudança de episteme do período medieval tardio para a "era clássica" do século XVI, em que o racionalismo nos moldes do cartesianismo substitui pelo trabalho de análise crítica a formulação anterior do saber, que operava por

[77] *Id. ibidem,* p. 42.
[78] *Id. ibidem*, p. 46.
[79] *Id. ibidem*, p. 63-64.

similitudes e analogias, com suas hierarquias e auto-referências.[80] O velho tema da confrontação da poesia com a loucura, afastado do tema platônico do delírio inspirado, recoloca-se em uma nova experiência da linguagem e das coisas. *"Às margens de um saber que separa os seres, os signos e as similitudes, e como para limitar seu poder, o louco garante a função do* homossemantismo*: reúne todos os signos e os preenche com uma semelhança que não cessa de proliferar. O poeta garante a função inversa; sustenta o papel alegórico..."* da linguagem por meio de distinções demarcadas, pondo-se à escuta de uma outra linguagem da semelhança. O poeta aproxima a similitude dos signos que dela falam, ao passo que o louco atribui a todos os signos uma semelhança que finda por os obscurecer. Ambos em situação de limite de nossa cultura e suas divisões fundamentais, abre-se entre eles o espaço de um saber cuja questão fundamental não será mais a das similitudes, mas, ao contrário, das identidades e das diferenças.[81]

Assim a partir do século XVI, processa-se uma modificação de toda a episteme da cultura ocidental, modificando-as em suas disposições fundamentais. Diz Foucault que podemos designar esse novo campo, essa nova configuração pelo nome de racionalismo e, partindo-se de conceitos pré-concebidos, poderia dizer-se que o século XVII perfaz a passagem das crendices e superstições para o mundo da ordem científica. Porém, o mais importante a ser apreendido é o "nível arcaico" em que tais modificações alteram o próprio saber. O racionalismo setecentista marcará a substituição da hierarquia analógica pela análise: toda semelhança será submetida à prova da comparação. O infinito jogo das similitudes dará lugar à possibilidade de uma enumeração completa e fechada. A enumeração e a determinação da passagem em cada ponto para o ponto seguinte do objeto do conhecimento permitirá um conhecimento exato das identidades e das diferenças. A atividade do espírito

---

[80] DOSSE, *op. cit.*, p. 435.
[81] FOUCAULT, *op. cit.* (As palavras e as coisas...), p. 64-65.

não será mais aproximar as coisas entre si pelas similitudes, mas antes discernir suas identidades e diferenças, contando-as, enumerando-as.[82]

A segunda ruptura epistêmica de que fala Foucault teria tido lugar no período final do século XVII e durante o século XIX.[83] Observada sob a óptica da arqueologia foucaultiana, essa ruptura se mostra como uma transição do espaço geral do saber de um lugar das identidades e das diferenças, das ordens não-quantitativas, da caracterização universal, da taxonomia geral, para um espaço das organizações, das relações internas entre os elementos e da função do conjunto. As organizações reveladas por esse enfoque são descontínuas e não formam um quadro de simultaneidades sem rupturas, algumas são de mesmo nível e outras delineiam séries ou sequências lineares. O princípio organizador do espaço das empiricidades não pode mais ser a identidade de um ou de vários elementos, mas sim a da relação entre os elementos e sua função, o que faz evanescer o papel da visibilidade. Ocorre um processo de historicização das empiricidades e a história passa a representar o incontornável de nosso pensamento, o modo de ser de tudo o que nos é dado à experiência.[84]

A história passa a constituir-se para as ciências humanas em um envoltório de acolhimento que, a um tempo, se mostra privilegiado e perigoso, pois fornece um pano de fundo para cada uma das ciências humanas, delineando sua inserção cultural, cronológica, geográfica. Porém, fixa fronteiras que a limita e põe por terra qualquer pretensão de universalidade, e forma que o homem, ao aparecer em sua positividade, logo se vê limitado pela

---

[82] *Id. ibidem*, p. 70.
[83] Diz Foucault, literalmente: *"Os últimos anos do século XVIII são rompidos por uma descontinuidade simétrica àquela que, no começo do século XVII, cindira o pensamento do Renascimento; então, as grandes figuras circulares onde se encerrava a similitude tinham-se deslocado e aberto para que o quadro das identidades pudesse desdobrar-se; e esse quadro agora vai por sua vez desfazer-se, alojando-se o saber num espaço novo. Descontinuidade tão enigmática em seu princípio, em seu primitivo despedaçamento, quanto a que separa os círculos de Paracelso da ordem cartesiana."* FOUCAULT, *op. cit.* (As palavras e as coisas...), p. 231.
[84] *Id. ibidem*, p. 232-233.

história. Como diz Foucault: *"No pensamento moderno, o historicismo e a analítica da finitude estão frente a frente. O historicismo é uma forma de fazer valer por ela mesma a perpétua relação crítica que se exerce entre a História e as ciências humanas. Mas ele a instaura somente ao nível das positividades: o conhecimento positivo do homem é limitado pela positividade histórica do sujeito que conhece, de sorte que o momento da finitude é dissolvido no jogo de uma relatividade à qual não é possível escapar e que vale, ela mesma, como um absoluto. (...) Todo conhecimento se enraíza numa vida, numa sociedade, numa linguagem que tem uma história; e, nesta história mesma, ele encontra o elemento que lhe permite comunicar-se cm outras formas de vida, outros tipos de sociedade, outras significações..."*[85]

Foucault conclui sua arqueologia das ciências sociais tomando por certo que o homem não é mais *"o velho problema nem o mais constante que se tenha colocado ao saber humano"*; ao contrário, a perlocução da cultura européia desde o século XVI convence de que o homem é, na verdade, uma invenção recente, que se encontra, no século XX, em seus estertores.[86]

A perspectiva estruturalista de uma centralidade e de uma preeminência do arcabouço linguístico-estrutural sobre a vida humana esvazia a concepção de ação humana sobre o curso da história. O ser humano não é mais senhor de seus atos, ele é um mero elemento a preencher as estruturas que o determinam e que lhe determinam as ações. A compreensão do mundo se dá por meio de uma linguagem que somente fala de si mesma e de seus componentes estruturais. O relativismo histórico torna estéril qualquer tentativa de fixação de uma filosofia moral ou de uma filosofia política que possa valer fora de um círculo fechado auto-referencial. Tal formulação e uma episteme contemporânea não se faz sem consequências políticas e sociais e o próprio Foucault, às voltas com as questões contemporâneas das guerras e das

[85] *Id. ibidem*, p. 389-390.
[86] *Id. ibidem*, p. 403-404.

reivindicações sociais revê parte de seus pressupostos metodológicos e epistemológicos.

No curso do desenvolvimento de sua obra, Foucault passa de expoente do pensamento estruturalista a um crítico desse pensamento. Diz ele que o estruturalismo talvez tenha sido o esforço mais sistemático de eliminação do conceito de acontecimento, até mesmo da história. Para Foucault, nesse momento de seu pensamento, o problema é distinguir os acontecimentos e, ao mesmo tempo, diferenciar as redes e os níveis a que pertencem, reconstruindo os liames que os ligam e engendram, o que o leva a recusar a análise dos fatos do mundo meramente sob o prisma do campo simbólico enquanto estruturas significantes que reportam as relações de força aos sistemas fechados das estruturas linguísticas. Diz literalmente: *"...aquilo que se deve ter como referência não é o grande modelo da língua e dos signos, mas sim da guerra e da batalha. A historicidade que nos domina e nos determina é belicosa e não linguistica. Relação de poder, não relação de sentido. A história não tem 'sentido', o que não quer dizer que seja absurda ou incoerente. Ao contrário, é inteligível e deve poder ser analisada em seus menores detalhes, mas segundo a inteligibilidade das lutas, das estratégias, das táticas. Nem a dialética (como lógica de contradição), nem a semiótica (como estrutura da comunicação) poderiam dar conta do que é a inteligibilidade intrínseca dos confrontos. A 'dialética' é uma maneira de evitar a realidade aleatória e aberta desta inteligibilidade reduzindo-a ao esqueleto hegeliano; e a 'semiologia' é uma maneira de evitar seu caráter violento, sangrento e mortal, reduzindo-a à forma apaziguada e platônica da linguagem e do diálogo."*[87] Superando, portanto, o pensamento estruturalista que se reduz a aspectos meramente formais e refuta a importância para a história das relações efetivas de poder e suas consequências políticas, Foucault resgata o domínio dos acontecimentos que, em sua carga de significados, faz serem confrontados os interesses

[87] FOUCAULT, *op. cit.* (*Microfisica do poder*), p. 5.

políticos e econômicos dos seres humanos em sua existência concreta, em que as relações de sentido são parte das lutas de poder.

Pierre Bourdieu também procede a uma crítica sociológica do pensamento estruturalista e da colonização das ciências sociais pelo modelo linguístico estruturalista. Inicia ele seu livro *"A economia das trocas linguisticas"* com a categórica afirmação: *"A menos que revele as operações de construção de objeto pelas quais foi fundada e as condições sociais da produção e da circulação de seus conceitos fundamentais, a sociologia não poderá escapar a todas as formas de dominação que a linguistica e seus conceitos exercem ainda hoje sobre as ciências sociais."*[88] O autor considera legítimo tratar as relações sociais como interações simbólicas, ou seja, como relações de comunicação que implicam o conhecimento e o reconhecimento, mas chama a atenção para que as trocas linguísticas são também relações de poder simbólico, nas quais se atualizam as relações de força entre os locutores e os grupos sociais. Para tanto, propõe a formulação de uma economia das trocas simbólicas, na qual, sem rejeitar ou substituir a análise linguística, busque superar a parcialidade dessa análise, que toma apenas um dos fatores em jogo, qual seja, a competência propriamente linguística em sua definição abstrata, fora de suas condições sociais de produção e circulação, para dar conta do discurso em sua singularidade.[89]

Para Bourdieu, o sentido do discurso somente em pequena parte é definido pela gramática e tampouco é na relação com um mercado simbólico que se opera a determinação completa desse sentido. O âmbito social de produção e reprodução do discurso é o que lhe confere a maior parte do significado prático. Um primeiro passo de formação do sentido encontra-se no estabelecimento entre o discurso oferecido por um locutor socialmente aceito como tal e os demais produtos linguísticos propostos de forma simultânea num

---

[88] BOURDIEU, *op. cit.*, p. 23.
[89] *Id. ibidem*, p. 24.

mesmo espaço social. Ao lado disso, o produto linguístico somente se realiza como tal se for decifrado, o que significa ser aceito como mensagem, e o processo criativo de decifração dos discursos pode se distanciar dos esquemas que presidiram sua produção. Esse conjunto contribui para formar o valor simbólico e o sentido dos discursos. No mercado dos produtos linguísticos, o que circula não é a língua, mas sim discursos estilisticamente caracterizados, tanto do lado da produção, pois o locutor faz da língua comum um idioleto, quanto da recepção, pois o receptor contribui para a produção da mensagem.[90] Seria, então, esse o âmbito de preocupação das ciências sociais com a autonomia da língua, sua lógica específica e suas regras de funcionamento.[91]

Assim, a proposta de uma sociologia estrutural na língua, com inspiração na obra de Saussure, construída, porém, em oposição à abstração proposta pela linguística, tomaria como objeto as relações que dessem conta da união entre os *"...sistemas estruturados de diferenças linguísticas sociologicamente pertinentes e sistemas igualmente estruturados de diferenças sociais."*[92] A separação radical entre uma ciência da linguagem e uma ciência dos usos da linguagem , ao modo como propusera Saussure, leva a buscar o poder das palavras nas próprias palavras, a força dos enunciados

---

[90] *Id. ibidem*, p. 25.
[91] Diz Bourdieu, acerca do tema: *"Não se pode especialmente compreender os efeitos simbólicos da linguagem sem levar em conta o fato, mil vezes atestado, de que a linguagem é o primeiro mecanismo formal cujas capacidades geradoras são ilimitadas. Não há nada que não se possa dizer, e pode-se dizer o nada. Pode-se enunciar tudo na língua, isto é, nos limites da gramaticalidade. Sabe-se, desde Frege, que as palavras podem ter um sentido sem remeter a coisa alguma, ou seja, o rigor formal pode mascarar a* decolagem semântica*. Todas as teologias religiosas e todas as teodicéias políticas tiraram partido do fato de que as capacidades geradoras da língua podem exceder os limites da intuição ou da verificação empírica, para produzir discursos* formalmente *corretos, mas semanticamente vazios. Os rituais representam o limite de todas as situações de* imposição*, nas quais, por meio do exercício de uma competência técnica, que pode ser muito imperfeita, se exerce uma competência social, a do locutor legítimo, autorizado a falar e a falar com autoridade (...). O dizer direito, formalmente conforme, pretende, por isso mesmo, e com chances nada desprezíveis de êxito, dizer o direito, isto é, o dever-ser. Aqueles que, como Max Weber, opuseram ao direito mágico ou carismático do juramento coletivo ou do ordálio um direito racional fundado na calculabilidade e na previsibilidade, esquecem que o direito mais rigorosamente racionalizado é sempre e tão-somente um ato de magia social que deu certo." Op. cit.* (A economia das trocas simbólicas), p. 28.
[92] *Id. ibidem*, p. 41.

performativos, a força ilocucionária das expressões no próprio discurso, erro que encontra sua expressão mais acabada em Austin e, posteriormente, em Habermas, que acreditam encontrar na substância propriamente linguística da palavra sua eficácia performativa. Ao contrário, o poder das palavras é apenas um poder delegado daquele que detém as condições sociais de as enunciar.[93] O êxito de um dado enunciado performativo depende do preenchimento das condições de adequação do locutor e sua função social e do discurso por ele pronunciado.[94]

[93] *Id. ibidem*, p. 87.
[94] *Id. ibidem*, p. 89.

IV. A PRODUÇÃO DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Yo sé que no me cree nadie.
Pero lo he visto con mis ojos.
Pablo Neruda, *No tan alto*

IV.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

O processo do trabalho, seja na fase em que os órgãos de resolução dos conflitos trabalhistas eram de natureza administrativa, seja na fase em que se consagrou a integração da Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário, nasceu e desenvolveu-se sob a égide do mesmo pensamento jurídico que engendrou o Código de Processo Civil de 1939. As normas processuais próprias contidas na Consolidação das Leis do Trabalho invocam institutos similares ou próximos àqueles contidos no Código, sendo certo que, ao prever a utilização do direito processual comum para suprir as lacunas do direito processual trabalhista, tinha no horizonte o referido Código. Wagner Giglio ressalta as dificuldades inerentes ao exame da compatibilidade entre as normas processuais comuns e o direito processual trabalhista, requisito previsto pelo art. 769 da CLT para a referida aplicação subsidiária e faz interessante observação sobre o impacto da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil em 1974, considerando o autor que houve retrocesso na criação de um direito processual trabalhista autônomo, com reaproximação ao direito processual comum.[95]

[95] GIGLIO, Wagner Drdla. *Direito Processual do Trabalho.* 4ª ed. São Paulo: LTr, 1977. p. XXIX.

O Código de Processo Civil de 1939 adota o princípio da oralidade para o processo civil, sendo que o processo trabalhista aprofunda a importância deste princípio, possibilitando, inclusive, a reclamação verbal. Outros princípios caros ao processo do trabalho são explicitamente adotados pelo CPC de 39. Em seu artigo 112, o Código consagra os princípios da celeridade processual e da ampla defesa, dizendo que o juiz dirigirá o processo de forma que assegure à causa andamento rápido, sem prejuízo da defesa dos interessados.

A decisão judicial seguindo o modelo do livre convencimento motivado restou adotada pelo Código, em seu artigo 118, cuja redação dia que, na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte e indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento. O similar artigo 832 da CLT também traz a consagração do livre convencimento motivado, fazendo-o de forma resumida e dedicando mais espaço em sua redação para a forma da decisão.

No âmbito da produção das provas judiciais, o Código de 1939 diz serem admissíveis em juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais (art. 208), não dependendo de prova os fatos notórios (art. 211). Quanto a distribuição do ônus da prova, em formulação bem menos científica que aquela adotada pelo CPC de 1973, a redação do artigo 209 diz que o fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, se o contrário não resultar do conjunto das provas. Caso o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova. Se o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obste aos efeitos, a ele cumprirá provar a alegação.

O artigo 229 especifica que o depoimento da parte será sempre determinado com a cominação de confessa, sendo que em seu não comparecimento ou, presente, em sua recusa a depor, será havida por confessa, presumindo-se verdadeiros os fatos alegados contra ela, quando verossímeis e coerentes com as demais provas dos autos. Observa-se, aqui, forte carga de subjetividade na consideração judicial sobre a aplicação ou não da pena de confissão quanto à matéria de fato, deixando a norma, em aberto e a cargo do juiz considerar a verossimilhança e a coerência. O Código de 1973 reduz a incerteza, remetendo o julgador às provas já produzidas nos autos. O artigo 242 do Código de 1939 traz outro exemplo de norma aberta e sujeita a interpretação subjetiva, ao prever que o juiz decidirá livremente sobre a recusa da testemunha em depor, ouvidos ou não os litigantes, em clara mitigação do princípio o contraditório.

No que tange às testemunhas, o antigo código processual previa, em seu artigo 235, poderem depor como testemunhas *"as pessoas a quem a lei não o proíbe."* Renuncia, assim, a lei processual a disciplinar a matéria sobre impedimento e suspeição de testemunhas, de todo modo disciplinada pelo Código Civil de 1916, vigente à época. A CLT, por seu turno, conterá previsões próprias sobre o tema.

O artigo 238 traz previsões sobre o comparecimento e a intimação de testemunhas, em redação que será refletida, posteriormente, na norma da CLT sobre o tema. Diz o artigo que poderão comparecer as testemunhas arroladas pelas partes independentemente de intimação. Porém, se intimadas não comparecerem sem justo motivo, serão conduzidas e responderão pelo aumento das despesas processuais decorrentes de sua ausência.

Nos artigos 245 e 246, consta a previsão de que o depoimento da testemunha será oral e tomado diretamente pelo juiz, consagrando o princípio da oralidade no processo civil brasileiro, princípio este que será adotado plenamente pela CLT.

Prevê, ainda, o Código de 1939 que, exceto quando a lei o excluir expressamente, há de se admitir a prova contra presunção legal, conforme seu artigo 251. O dolo, a fraude, a simulação e os atos de má-fé poderão ser provados por indícios e circunstâncias, sendo que, na apreciação dos indícios, o juiz considerará livremente a natureza do negócio, a reputação dos indiciados e a verossimilhança dos fatos alegados em inicial e defesa, na dicção dos artigos 252 e 253.

IV.2. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À PRODUÇÃO DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

O ordenamento jurídico brasileiro segue o modelo continental europeu, em que prevalecem as normas escritas editadas no âmbito do Poder Legislativo, ainda que exercido de forma anômala pelos outros Poderes da República. Tais normas organizam-se em códigos e leis esparsas, hierarquicamente organizadas e subordinadas à Constituição Federal. Assim, os princípios e as normas constitucionais devem sempre ser levados em consideração na discussão sobre determinado tema jurídico. No caso da produção da prova judicial, o artigo 5º da Constituição Federal traz positivados diversos princípios e normas de grande repercussão, dos quais, a seguir, serão destacados alguns exemplos especialmente relevantes para a instrução processual no âmbito cível e trabalhista.

Determina o inciso II do artigo 5º que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, ao passo que o inciso III explicita que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Ainda que não se conheçam de situações em que o juízo tenha cogitado utilizar-se de tortura para a instrução processual trabalhista, é de se ressaltar as normas acima expostas, pois não se pode determinar nenhum procedimento instrutório em que se busque obrigar alguém, seja parte, testemunha, advogado ou perito, a fazer ou deixar de fazer algo, se não houver previsão legal específica para o ato. Tampouco o tratamento desumano ou degradante, não sendo aceitável em nenhuma situação, muito menos deve ter lugar no curso do processo judicial, contra qualquer pessoa. O inciso X do mesmo artigo prevê a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e assegura o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. A previsão contida no Código de Processo Civil das situações em que a testemunha não é obrigada a depor, a ser

exposta mais abaixo neste capítulo, decorre da norma que se viu positivada em âmbito constitucional no referido inciso. Mais além, é de se observar que o rol contido no artigo 406 do CPC deve ser entendido com a abrangência dada pelo inciso X do artigo 5º, não cabendo exigir-se da testemunha – ou mesmo da parte – depoimento que lhe viole a intimidade, a vida privada ou a honra, nem impor situação que o faça ou que, ademais, viole sua imagem.

O mesmo artigo constitucional, em seu inciso XII, restringe a quebra do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados ou telefônicas aos casos de investigação criminal ou instrução processual penal. Dessa forma, resta excluída a hipótese de quebra de tais sigilos garantidos pela Constituição com a finalidade de instrução do processo civil ou trabalhista. Ademais, o inciso LVI estabelece serem inadmissíveis no processo as provas ilícitas. Assim, a quebra do sigilo de correspondência ou comunicação obtida pela parte não pode ser utilizada como prova no curso da instrução processual.

O inciso LIV do artigo 5º constitucional consagra o princípio de que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. No âmbito da Justiça do Trabalho, com o reconhecimento pelo Supremo Tribuna Federal da não possibilidade de prisão do depositário infiel, não há que se falar em privação de liberdade. Porém, o referido inciso aplica-se em sua plenitude ao processo do trabalho, em relação à privação de bens.

Inerente ao devido processo legal, a garantia para as partes da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, encontra-se consagrada no inciso LV. O conceito de contraditório inclui o direito das partes de ser informadas sobre os trâmites processuais, manifestar-se em cada fase do processo e ser ouvida antes de ser proferida decisão pelo órgão judicial. Porém, mais do que isso, se tem entendido que se trata da garantia de terem as partes a oportunidade de

contribuir de forma crítica e construtiva na formação do julgado[96]. O *Code de Procédure Civile* francês é bastante incisivo quanto ao princípio do contraditório. Em seu artigo 16, determina que o juiz deverá, em todas as circunstâncias, respeitar e fazer respeitar o princípio do contraditório e determina que, mesmo nas situações em que deve decidir de ofício, deverá dar a oportunidade às partes para se manifestarem sobre o tema antes de tomar sua decisão.[97]

No direito processual brasileiro, o princípio do contraditório e da ampla defesa, além de sua previsão constitucional, encontra-se consagrado na legislação ordinária. A lei processual civil, no entanto, traz várias situações em que consta explícita previsão de decisão pelo juiz, sem que seja necessariamente ouvida a parte. Exemplo paradigmático é a inovação contida no artigo 285-A do CPC, introduzida pela Lei nº 11.277/2006. Diz o referido artigo: quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. Ora, nem o autor é informado com antecedência sobre o procedimento a ser adotado, a fim de poder argumentar sobre eventual diferenciação quanto aos casos tidos por idênticos, nem o réu é citado, o que ocorre somente em caso de o autor apelar, situação em que o juiz poderá exercer juízo de retratação, afastando a sentença prolatada e determinando o regular prosseguimento do feito, ou, mantendo o decidido, ordenar a citação do réu para responder ao recurso.

---

[96] NUNES, Dierle José Coelho. *Processo judicial democrático: uma análise crítica das reformas processuais.* Curitiba: Juruá, 2008. p. 227.

[97] *Article 16. Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations*.

De qualquer modo, seja no processo civil, seja no processo do trabalho, a não observância do contraditório em alguma decisão judicial somente ensejará nulidade, se daí advier algum prejuízo à parte e o prejudicado o alegar nos prazos e modos adequados. A inexistência de prejuízo está explicitamente prevista na CLT como elemento de afastamento da declaração de nulidade e, no processo civil, os princípios da economia e da celeridade processuais levam a considerar desnecessária a declaração de nulidade, se do ato não decorre prejuízo para as partes.

Situação peculiar no processo do trabalho, envolvendo o contraditório, decorre da existência do *jus postulandi*. O procedimento mais adequado para oitiva das partes é a parte que ainda não depôs não presenciar o depoimento da parte contrária. No processo civil, a obrigatoriedade da presença de advogado garante que a parte não presente ao depoimento tenha seu direito de ampla defesa garantido pelo seu patrono, que poderá formular perguntas a serem dirigidas à parte que depõe e formular as estratégias de defesa para oitiva das testemunhas, ante o conhecimento daquilo que prossegue controvertido e do que se tornou incontroverso pela confissão real ou ficta da parte depoente. No processo do trabalho, porém, a parte pode atuar no feito sem a presença de advogado. Mesmo tendo advogado constituído nos autos, poderá, a qualquer momento, revogar os poderes a ele conferidos e prosseguir postulando sem patrocínio de advogado. Assim, impedir-se que a parte ouça o depoimento pessoal da parte contrária pode, em alguns casos, caracterizar cerceamento de defesa, diante da impossibilidade de formulação de perguntas a serem dirigidas ao adversário processual ou mesmo de acompanhar eventual confissão ou requerer a aplicação da pena de confissão quanto à matéria de fato, em relação aos fatos ignorados pelo depoente. Entende-se, deste modo, preferíveis os problemas decorrentes de eventual distorção que possa ocorrer, no caso do depoimento em presença da parte contrária, que o cerceamento de defesa decorrente de seu impedimento.

A Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, acrescentou ao artigo 5º o inciso LXXVIII, elevando a estatuto constitucional o princípio da celeridade processual, ao estabelecer que a todos são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

No âmbito infra-constitucional, o Título X da Consolidação das Leis do Trabalho versa sobre o Processo Judicial do Trabalho. Nas disposições preliminares de seu Capítulo I, determina que o processo da Justiça do Trabalho, no que concerne aos dissídios individuais e coletivos e à aplicação de penalidades, reger-se-á, em todo o território nacional, pelas normas estabelecidas no referido Título. O artigo 769, por seu turno, prevê que, nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas do referido Título X.

Portanto, a legislação aplicável à produção da prova no processo do trabalho compõe-se: 1. das normas e princípios constitucionais sobre processo e distribuição de competências; 2. das normas referentes a processo contidas na CLT e na legislação trabalhista esparsa, notadamente a Lei 5584/70; 3. das normas sobre produção de provas contidas no CPC, de aplicação supletiva à legislação processual trabalhista; 4. dos demais meios de integração do direito, em caso de lacunas, conforme prevêem os artigos 8º da CLT e 126 do CPC.

IV.3. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Seguindo o princípio lógico decorrente do próprio ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 818 da CLT estipula que a prova das alegações incumbe à parte que as fizer. De forma mais técnica e precisa, o CPC, em seu artigo 333, estabelece que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. A legislação processual civil veda a distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. No caso do processo do trabalho, o caráter protecionista do direito do trabalho, a desigualdade de fato das partes no ato da celebração do contrato de trabalho, a subordinação jurídica do empregado ao empregador na vigência do pacto laboral e a vedação legal de atos praticados com o intuito de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contido na CLT (artigo 9ª da própria CLT), levam à conclusão de que não é possível o estabelecimento pelas partes de convenção de distribuição de ônus da prova em sentido contrário ao que determina a lei.

A forma simplista com que a lei processual trabalhista define a distribuição do ônus da prova no processo do trabalho, de plano, requisita o recurso ao artigo mais bem elaborado do CPC, bem como o recurso à doutrina e à jurisprudência sobre o tema. Wagner Giglio considera primitiva essa forma de elaboração de regra de distribuição do ônus da prova contida na CLT e conjectura situação em que bastaria a habilidade do redator da peça inicial para produzir distribuição do ônus da prova favorável ao autor, valendo-se de negativas para evitar afirmar fato que deveria, em juízo, comprovar para obter o provimento jurisdicional a si favorável.[98] Por certo que o mero recurso

[98] GIGLIO, *op. cit.*, p. 227.

retórico não seria razão suficiente para a inversão do ônus da prova, pois facilmente perceptível que a utilização das negativas no lugar da afirmativa correspondente visa apenas evitar a afirmação de dado fato e tal percepção manteria a regra de que à parte que busca seja aceita a afirmação obtida por circunlóquio incumbe o ônus de a comprovar. Assim, não é propriamente a possibilidade de uso indevido da letra da lei, mas a deficiência do artigo celetista, a fazer com que, na prática, conforme observa corretamente o autor, se busque diretamente o artigo 333 do CPC para a análise da distribuição do ônus da prova, como procede a jurisprudência.

Nesse sentido, no inciso VIII da Súmula nº 6, o TST, ao tratar da distribuição do ônus da prova em caso de discussão judicial sobre equiparação salarial, decide ser do empregador ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial. Da mesma forma, A SDI-I do TST, em sua Orientação Jurisprudencial nº 301, aduz que, definido pelo reclamante o período no qual não houve depósito do FGTS, ou houve em valor inferior, alegado pela reclamada a inexistência de diferença nos recolhimentos de FGTS, atrai ela para si o ônus da prova, incumbindo-lhe, portanto, apresentar as guias respectivas, a fim de demonstrar o fato extintivo do direito do autor. Para fundamentar o decidido, cita o artigo 818 da CLT, combinando-o com o artigo 333, II, do CPC.

IV.4. MATÉRIA DE DIREITO E MATÉRIA DE FATO

O ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio, comum no direito estatal, de que o direito posto é de conhecimento de todos os cidadãos do país e daqueles que o visitam ou nele residem. Por óbvia decorrência deste princípio e da especialização estatal na administração da Justiça, é pressuposto que o juiz conheça o direito. Daí decorre que o direito sobre o qual se funda a pretensão deduzida em direito não só não carece de prova, como também não admite prova. Aliás, sequer há a necessidade de ser mencionado o dispositivo legal que entenda o autor ou o réu sustentar sua pretensão ou sua resistência.

A CLT não possui determinação direta e explícita acerca do tema. Em seu artigo 840, porém, especifica que a reclamação trabalhista pode ser escrita ou verbal. Em sendo escrita, deverá conter a designação do juízo a que se dirige, a qualificação do reclamante e do reclamado, uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante. Em caso de reclamação verbal, será ela reduzida a termo pelo escrivão ou chefe de secretaria, observando-se, no que couber, o quanto previsto para a reclamação verbal. Assim, a CLT descreve de forma sucinta as mínimas exigências para a propositura da ação trabalhista, na qual se pode observar que à parte incumbe descrever os fatos que fundam seu pedido e deduzir o pedido que entende cabível. Mais rigoroso é o CPC nas especificações quanto aos requisitos da petição inicial. O artigo 282 determina que a petição inicial indique I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida; II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido, com as suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - o requerimento para a citação do réu. O não atedimento, no processo do trabalho, de todos os requisitos do artigo 282 do CPC, no entanto, não autoriza o indeferimento da

peça inicial, pois a CLT possui o dispositivo próprio sobre o tema, conforme anteriormente mencionado, com exigências bem mais simples. Estando, porém, o autor assessorado por advogado é de todo útil e desejável que a peça inicial siga os rigores do processo civil, promovendo os interesses do autor na lide com maiores subsídios técnicos.

A obrigação de o juiz ou tribunal conhecer o direito também fica subentendida no artigo 8º, cujo texto esclarece que as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, anda, de acordo com os usos e costumes e o direito comparado. Nessa mesma linha, o artigo 126 do CPC diz que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

O artigo 285-A do CPC, acrescentado pela Lei 11.277, de 07 de fevereiro de 2006, traz outra importante norma em que fica claro que compete ao juízo o conhecimento quanto à matéria de direto. Quando a matéria controvertida, prevê o texto do referido artigo, for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. Embora se discuta a possibilidade de aplicação de tal dispositivo legal ao processo do trabalho, pois muitos consideram incompatível com os princípios do direito do trabalho, a existência desse artigo demonstra, mais uma vez, a opção do legislador brasileiro pela presunção de conhecimento pelo juízo do direito vigente.

Compõem, portanto, os fatos a matéria a ser provada no processo judicial. Por óbvio, somente carecem de comprovação os fatos controvertidos, ou seja, aqueles afirmados por uma das partes e cuja ocorrência seja negada

pela parte contrária. O artigo 334 do CPC, de todo compatível com o processo do trabalho, prevê que não dependem de prova os fatos notórios; os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; os admitidos, no processo, como incontroversos; e aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. O artigo 302 do CPC afirma a presunção de veracidade dos fatos não impugnados pela parte contrária. Excetuam-se as situações em que o direito debatido é indisponível, situação em que a confissão não produz plenamente seus efeitos, bem como as situações em que a lei exige instrumento público considerado da substância do ato.

O artigo 844 da CLT prevê que o não comparecimento do réu à audiência de conciliação, instrução e julgamento importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato. O artigo 319 do CPC, por seu turno, inaugurando o Capítulo II, Da Revelia, prevê que, se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. Ora, revelia significa a não apresentação de resposta pelo réu, dentro do prazo que para tanto lhe fora concedido, após sua regular citação em ação contra ele dirigida. A confissão quanto à matéria de fato é decorrência da revelia. Porém, havendo a apresentação de defesa e não comparecendo a parte à audiência designada para prestar seu depoimento, a confissão quanto à matéria de fato onera a parte ausente. No processo do trabalho, a previsão original da CLT é de procedimento em que, já na audiência inaugural, são feitas as tentativas de conciliação e, frustradas, seguem-se a apresentação de defesa, coleta de provas e julgamento da lide. A consequência para a ausência do autor é o arquivamento da ação, com sua condenação no pagamento das custas processuais, caso não seja beneficiário da justiça gratuita. O não comparecimento do réu faz com que ele perca a oportunidade de apresentar sua defesa, tornando-se revel e, por conseguinte, confesso quanto à matéria de fato.

No entanto, algumas circunstâncias podem fazer com que a audiência trabalhista seja cindida, conforme prevê o artigo 849 da CLT. A organização da pauta de audiências da Vara do Trabalho ou a necessidade de se realizarem diligências impossíveis de concretização em audiência, como perícias, inspeções judiciais ou expedição de ofícios para solicitação de documentos a outros órgãos, podem fazer com que o momento em que as partes deverão ser ouvidas seja diferido, restando apresentada a defesa em uma audiência dita inaugural ou inicial e designada nova data para uma audiência dita de instrução e julgamento. À audiência de instrução, as partes deverão comparecer para prestar depoimentos pessoais, incorrendo na confissão quanto à matéria de fato a parte que, devidamente ciente da realização da referida audiência e das consequências de seu não comparecimento, mesmo assim se fizer ausente. Nesse sentido, a Súmula 74 do TST prevê que se aplica a confissão à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor. Citando o artigo 400 do CPC, a referida Súmula diz que a prova pré-constituída nos autos pode ser levada em conta para confronto com a confissão ficta, não implicando cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores. Em seu inciso III, especifica que a vedação à produção de prova posterior pela parte confessa somente a ela se aplica, não afetando o exercício, pelo magistrado, do poder/dever de conduzir o processo. Claro está que a confissão, seja ela real ou ficta, não afeta a matéria de direito.

Trata-se por matéria de direito todas as questões atinentes à interpretação da lei e sua aplicação aos fatos do mundo. O conjunto desses fatos do mundo que tenham relação com a questão jurídica debatida compõe o que se convencionou chamar de matéria de fato. Em acórdão da Secção Social do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, o relator Vasques Dinis observa que: *"Nem sempre é fácil distinguir entre o que é matéria de facto e matéria de direito, mas é consensual, na doutrina e na jurisprudência, que, para efeitos processuais, tudo o que respeita ao apuramento de ocorrências da vida*

real é questão de facto e é questão de direito tudo o que diz respeito à interpretação e aplicação da lei."[99] A caracterização jurídica de um dado conjunto de fatos é, portanto, matéria de direito e não matéria de fato. Assim, na discussão sobre a existência ou não de vínculo empregatício entre as partes em litígio, o emprego por partes e testemunhas de termos usualmente utilizados no universo jurídico não possui o significado técnico que a eles se atribui quando proveniente de operador de direito no exercício de seu mister. Isso significa que não basta o trabalhador postulante ser chamado de empregado por uma testemunha para caracterizar o vínculo empregatício, bem como não basta o réu e as testemunhas declararem ser o trabalhador um prestador de serviços autônomo ou um representante comercial para que seja afastada a hipótese de existência de vínculo empregatício. O conjunto das provas deve servir ao julgador para formar seu convencimento acerca das relações factuais que se estabeleceram entre as partes no período sob escrutínio para, então, ser analisada a questão de direito referente à caracterização jurídica, à luz do direito em vigor, daqueles fatos em comento.

[99] Acórdão 4119/04.0 TTLSB.S1. 4ª Secção. Relator: Vasques Dinis. Secção Social do Supremo Tribunal de Justiça. Portugal, 15.09.2010.

IV.5. DA INICIATIVA NA PRODUÇÃO DAS PROVAS

O processo civil brasileiro rege-se primordialmente pelo princípio dispositivo, pelo qual a inércia do Poder Judiciário deverá ser quebrada pelo interessado na obtenção do provimento jurisdicional resultante do processo. O referido princípio encontra-se positivado no art. 2º do CPC, cujo texto prevê que nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais. O art. 262, por seu turno, especifica que o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial, o que não significa dizer que o processo civil será conduzido à sentença de mérito que acolherá ou rejeitará o pedido, após sua propositura, por exclusiva iniciativa do juiz.

Ao contrário, o Código de Processo Civil disciplina exatamente a condução do feito para que não se eternizem as demandas, mas cabe às partes tomar as providências para que o resultado lhes assegure os interesses buscados. Assim, por exemplo, caso o autor não promova os atos e diligências que lhe competir e abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias, dará ele causa à extinção do feito sem resolução do mérito.

Cabe ao réu, por sua vez, manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial e o art. 302 prevê expressamente que se presumem verdadeiros os fatos não impugnados, salvo se não for admissível, a seu respeito, a confissão; se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato ou se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Com relação à produção das provas, o art. 333 especifica que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Verifica-se, pois, que, embora seja determinado o impulso oficial após a propositura da ação, o princípio dispositivo prossegue sendo prestigiado pelas normas do Código e produz efeitos fundamentais para o deslinde do feito.

Cintra, Grinover e Dinamarco apresentam o princípio da ação e o princípio dispositivo em separado. Do primeiro, dizem que: "*Princípio da ação, ou da* demanda, *indica a atribuição à parte da iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional.*"[100] Entendem os autores, seguindo linha de pensamento bastante difundida na doutrina nacional e estrangeira, que o processo inquisitivo não se coaduna com a elevada exigência de imparcialidade do juiz e que, sendo o juiz o instaurador do feito, teria ele tendência subjetiva a se ligar psicologicamente ao feito, comprometendo sua equidistância das partes envolvidas na disputa do direito. Quanto ao princípio da disponibilidade, dizem os autores que:

> "*Chama-se poder dispositivo a liberdade que as pessoas têm de exercer ou não seus direitos. Em direito processual tal poder é configurado pela possibilidade de apresentar ou não sua pretensão em juízo, bem como de apresentá-la da maneira que melhor lhes aprouver e renunciar a ela (desistir da ação) ou a certas situações processuais. Trata-se do* princípio da disponibilidade processual.
>
> "*Esse poder dispositivo é quase absoluto no processo civil, mercê da natureza do direito material que se visa a atuar. Sofre limitações quando o próprio direito material é de natureza indisponível, por prevalecer o interesse público sobre o privado.*"[101]

---

[100] CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. *op. cit.* p. 63.
[101] *Id. ibidem*, p. 66.

No âmbito da discussão sobre a inserção dos sistemas processuais no modelo inquisitório ou dispositivo, Humberto Theodoro Junior afirma que, na atualidade, não se vislumbra a adoção por nenhum sistema processual no direito comparado da forma pura do princípio dispositivo ou do princípio inquisitivo. Argumenta que, no direito brasileiro, se as partes podem renunciar ao direito de demandar, não ingressando com a ação perante o órgão judicial competente para a entrega do provimento jurisdicional, ao deduzir a pretensão em juízo, *"...já existe outro interesse que passa a ser de natureza pública e que consiste na preocupação da justa composição do litígio, segundo o direito material vigente, dentro do menor tempo possível."*[102]

Michele Taruffo, em ponto de vista mais radical sobre o tema, não vê validade no âmbito da comparação entre modelos processuais da tradicional contraposição entre processo adversarial e processo inquisitorial e considera que o uso do termo inquisitório é pejorativo, remetendo à Santa Inquisição, e carregado com tamanha carga de implicações retóricas que se pode converter em um termo inútil ou confuso. Afirma ele:

> *El término 'inquisitorio' es, pues, confundente porque nunca há existido, no existe tampouco en la actualidad en ningún ordenamiento um proceso civil que pueda considerarse verdaderamente como inquisitorio: esto es, en el que las partes no tengan derechos o garantías y todo el proceso sea llevado de ofício por el juez. (...) Conviene hablar, más bien, de* modelos mixtos *para referirse a aquellos ordenamientos procesales – que actualmente son bastante numerosos – en los que se prevén poderes de instrucción más o menos extensos del juez, junto con la*

[102] THEODORO JUNIOR, *op. cit.*, p. 32-33.

> *plena posibilidad de las partes de aportar todas las pruebas admisibles y relevantes para la determinación de los hechos."*[103]

O autor prossegue seu artigo buscando demonstrar infundada a tese de que ordenamentos jurídicos que conferem amplos poderes instrutórios aos seus juízes são essencialmente autoritários ou mesmo totalitários. Citando vários exemplos de direito comparado no âmbito dos países europeus e Estados Unidos da América, Taruffo pretende ter demonstrado de forma cabal a não vinculação de uma opção política anti-democrática com a atribuição pela lei processual civil de amplos poderes instrutórios para o juiz. Sua posição pessoal é claramente tendente a valorizar a opção pela atribuição de tais poderes ao juiz, como forma de promover melhor a justiça. Diz ele:

> *"La orientación favorable a la atribuición de poderes de instrucción al juez, que se manifiesta – como se há visto – en numerosos ordenamientos, se apoya evidentemente en opciones ideológicas para las cuales la calidad de la decisión que concluye el proceso no es de ningún modo indiferente ni irrelevante, sino que, por el contrario, debe tender a basarse en una determinación verdadera de los hechos de la causa."*[104]

Nominalmente citado por Taruffo como um dos autores que, na Itália, promovem o renascimento das alegações de autoritarismo dos ordenamentos jurídicos com previsão de amplos poderes instrutórios ao juiz, Franco Cipriani dedica artigo a rebater as críticas de Taruffo[105]. Nesse artigo, Cipriani acusa Taruffo de uso indevido de seus escritos e afirma que, ao batalhar pelo garantismo no processo, o que entende distinto de algum tipo de "liberalismo processual", preocupou-se com outros problemas e não com uma

---

[103] TARUFFO, Michele. "Poderes probatórios de las partes y del juez em Europa". ***DOXA 29*** (2006). p. 249-271. p. 250.
[104] *Id. ibidem*, p. 267.

discussão sobre tipos de autoritarismo e seus reflexos processuais, até porque *"los jueces, la más das veces y al menos en Italia, 'no se sierven siquiera de los poderes que tienen'"*[106].

Na jurisprudência dos Tribunais brasileiros tampouco se localizam acórdãos versando sobre o caso de contestação de determinação judicial de produção de prova não requerida por nenhuma das partes e não exigida por lei, em lides versando sobre direitos disponíveis. Pesquisa realizada nos bancos de jurisprudências dos Tribunais pela rede mundial de computadores revelou que o mais próximo que se tem desses casos são situações envolvendo o deferimento pelo juiz de produção de provas pelo réu revel que ingressa no feito antes do encerramento da instrução processual. A exemplo, cita-se o acórdão resultante do julgamento do Agravo de Instrumento AI 232051-8 pelo Tribunal de Justiça do Paraná, cujo inteiro teor diz:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE COBRANÇA - CONTESTAÇÃO - INTEMPESTIVIDADE - REVELIA - DECRETAÇÃO - PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS NA INICIAL - REVEL QUE COMPARECEU ANTES DE INICIADA A FASE PROBATÓRIA - LIMITAÇÃO, CONTUDO, AOS FATOS AFIRMADOS NA INICIAL - PROVAS - AVALIAÇÃO PELO MAGISTRADO, QUE É SEU DESTINATÁRIO.*
>
> *RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 232.051-8, de Laranjeiras do Sul, em que é agravante ALCIDES MICHELON e agravado JEFFERSON DUTRA BOEIRA.*

---

[105] CIPRIANI, Franco. "El autoritarismo procesal (y las pruebas documentales)". ***Ius et Praxis*** – año 13 – nº 2. p.45-55.
[106] *Id. ibidem*, p. 49

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Alcides Michelon contra a r. decisão proferida nos autos nº 381/00, de ação ordinária de cobrança que promoveu contra Jefferson Dutra Boeira, através da qual o Dr. Juiz acolheu como válida para discussão do mérito peça apresentada pelo réu, determinando a manifestação das partes sobre a possibilidade de conciliação e produção de provas. Alega o recorrente que a decisão lhe causa prejuízo ao acatar a peça como apta à discussão do mérito, dando ensejo à desnecessária produção de outras provas, vez que já havia se operado a revelia, em razão da intempestividade, porque apresentada três meses depois que o advogado do agravado retirou o processo com carga, ainda que nela se tenha pedido a nulidade da citação, que o agravado foi validamente citado por edital, vindo posteriormente a comparecer nos autos através de advogado, que o procurador do agravado, diante da abusividade na retenção dos autos, está impedido de ter vista dos mesmos fora de Cartório, que a cártula perdeu seu eficácia executiva mas não deixou de ser prova hábil para a satisfação do crédito, não havendo necessidade de discussão da "causa debendi", a prova testemunhal não se presta à demonstração do alegado, tece considerações acerca da emissão da nota promissória e pugna pela concessão do efeito suspensivo ao recurso, e, ao final, pelo seu provimento, a fim de ser decretada a revelia do agravado, com o julgamento antecipado da lide. O efeito suspensivo pleiteado foi concedido (fls. 88/89). Prestando as informações o Dr. Juiz comunicou que manteve a decisão atacada. Intimado, o agravado deixou de responder. É o relatório. Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso. A insurgência, como relatado, posta-se contra a decisão que considerou como válida para discussão do mérito peça apresentada pelo réu, determinando a manifestação das partes

> *sobre a possibilidade de conciliação e produção de provas. Diz o recorrente que ocorreu a revelia, primeiro, porque a citação editalícia foi válida, segundo, porque o advogado do agravado retirou os autos com carga só os devolvendo três depois. A questão acerca da validade da citação editalícia restou superada por decisão irrecorrida, pois conforme se verifica de fls. 78, foi rejeitada a alegação de nulidade de citação. Assim, de fato, ocorreu a revelia, porque o advogado do réu retirou os autos com carga em 16 de abril de 2002 e só os devolveu em 03 de julho de 2002, tanto que lhe foi aplicada a penalidade de proibição de vistas do processo fora de Cartório (certidão de fls. 53). Somente na devolução dos autos protocolou a petição reproduzida às fls. 50/52, reconhecendo, inclusive, a sua revelia, pois declarou que recebia o processo no estado em que se encontrava. No entanto, a decretação da revelia não obsta a produção de provas determinada pelo Juiz, pois dela é o destinatário, a fim de formar a sua convicção. Isso quando o réu tenha intervindo no processo antes de iniciada a fase probatória. Esse é o entendimento esposado no REsp. nº 211.851-SP, relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (RSTJ 124/419).*

A discussão no acórdão acima transcrito centra-se mais na possibilidade de aceitação pelo juiz de produção de provas pelo réu que, revel, intervém no feito antes da instrução processual que propriamente a determinação de produção de provas de ofício não requeridas pela parte. Certo está que essa discussão evidenciada no acórdão trata de uma relativização dos rigores dos efeitos da revelia, mas há previsão legal para tanto, conforme art. 322 do CPC, que permite a intervenção do revel no feito, recebendo-o no estado em que se encontrar.

Haveria que se questionar como poderia ser delimitada a prova apta a ser produzida pela parte, quando, pela inexistência de contestação, não se tem outra versão dos fatos que aquela apresentada pelo autor, mas esse questionamento implica a análise de outros institutos jurídicos distintos dos ora sob escrutínio.

Assim como Cipriani considera para o direito processual italiano, também há que se perquirir da efetividade de se darem maiores poderes instrutórios ao juiz, quando sequer são plenamente utilizados aqueles de que se dispõe na atualidade. E, de fato, embora importante a questão, deve-se atribuir mais interesse acadêmico que jurisprudencial ao questionamento da legitimidade de o juiz ordenar de ofício provas não requeridas pelas partes em matéria de direitos disponíveis. Cipriani argumenta que:

> *"...mientras más de una vez me horas extras e reflexos topado com autos que disponen una consultoría técnica de oficio o, en apelación, la comparecencia personal de las partes, no me há ocurrido aún ver resolver una causa gracias a los poderes oficiosos del juez: poderes que, por tanto, no sirven tanto para llegar a la verdad, sino para tomarse um tiempo y, como consecuencia, para desplazar aún más el baricentro del proceso de las partes (y de sus defensores) al juez."*[107]

Para Cipriani, portanto, o exacerbar os poderes instrutórios do juiz representa prolongar a duração do processo para além do que efetivamente seria necessário, sob o ponto de vista da defesa dos próprios interesses levada a cabo pelas partes. Ademais, coloca o problema da interferência na esfera dos interesses privados das partes, que seriam os atores no processo mais interessados em defender seus próprios direitos, bem como maiores conhecedores de seus interesses.

---

[107] *Loc. Cit.*.

No mesmo artigo que se vem citando, Cipriani revela, ainda, sua preocupação com a possibilidade de se restringirem às partes o direito de recorrer das decisões judiciais que determinem a produção de provas por elas não requeridas. Para ele, as restrições à recorribilidade das decisões interlocutórias é ainda mais grave que o aumento dos poderes instrutórios dos juízes e funciona como um complemento autoritário de tal aumento.

A discussão sobre a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias é, de fato, assunto de suma importância quando se trata de discutir poderes atribuídos ao juiz que podem colidir com os interesses imediatos ou mediatos das partes em litígio. No direito brasileiro, o instituto do agravo foi herdado do direito português e sofreu inúmeras adaptações ao longo dos tempos.

Alguns autores buscam no direito romano e em suas vertentes em uso no curso da Idade Média a fonte histórica dos recursos atualmente utilizados no direito processual brasileiro, dentre os quais os recursos de agravo.[108] Sem dúvida, o direito ocidental moderno é tributário em grande medida das criações da civilização clássica greco-romana, mas os institutos jurídicos adquirem significado no âmbito das civilizações que os engendraram. A linha evolutiva de um dado instituto traz auxílio a sua compreensão quando mais próxima esteja dos antecedentes históricos daquela sociedade na qual se observa o referido instituto.

Nesse sentido, Vicente Greco Filho comenta que:

> *"O agravo (...) é típica criação do direito português, onde permanece até hoje com vários procedimentos e efeitos sob a denominação geral de 'agravo'. Lopes da Silva viu no art. 277 do Código de Processo Civil austríaco instituto semelhante ao nosso*

[108] Cite-se, como mero exemplo: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro.* 4ª ed. São Paulo: RT, 2006. *passim*.

> *agravo no auto do processo, mas as verdadeiras fontes e os fundamentos do recurso encontram-se no sistema das Ordenações de Portugal, onde deveremos buscar os eventuais subsídios de direito comparado, naquilo em que a nova sistemática não houver dado configuração própria."* [109]

De fato, a disciplina relativa aos recursos contra decisões interlocutórias é presente nas Ordenações portuguesas. O Título LXXII, do Livro III das Ordenações Afonsinas[110], intitulado *"Das appellaçoens das sentenças interlucutorias, e quando poderam appellar dellas"*, explica que D. Diniz, em seu tempo, regulou a possibilidade de recurso das decisões interlocutórias no direito processual português, permitindo-se desde logo a apelação contra tais decisões. Posteriormente, D. Afonso IV, considerando que *"De boom Julguador he abriviar as demandas, de guisa que nam sejam infindas, mas ajam cedo seu acabamẽto..."* , extinguiu a recorribilidade das decisões interlocutórias, exceto para alguns casos que arrola, dentre os quais algumas decisões que hodiernamente poderiam ser ditas terminativas do feito. Como se vê, a restrição da recorribilidade das decisões interlocutórias com base no princípio da celeridade processual é prática antiga no direito luso-brasileiro.

No mesmo Livro III, no Título LXXVII: *"Quando o Juiz nam recebe apelaçam da Sentença Intrelucatoria, e manda dar Estormento com o theor do feito, que maneira se terá sobre ello"*, no primeiro parágrafo, as Ordenações Afonsinas reconhecem situações em que *"assy o Autor, como o Reo, apelam das Sentenças Intralucatorias, de que se sentem aggravados, e porque os Juizes nom lhes recebem as appellaçooes, nem aggravos, pedem assy dellos Estormentos de fora aos Tabaliaeens, ou Cartas Testemunhavees*

---

[109] GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. Vol. 2, p. 290.
[110] As Ordenações Afonsinas foram consultadas em edição facsimilar disponível em: http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas, fonte da qual foram reproduzidas as passagens citadas no presente artigo. Buscou-se manter íntegra a grafia encontrada na edição consultada.

aos Escripvaees, que os feitos escrepvem, e recrecem contentas antre esses Juizes, e as ditas partees sobre esses Estormentos, ou Cartas Testemunhaveis, porque os Juizes mandam, que lhas dem com suas respostas, por as quaees dam todolos autos desses processos, que perante elles são ordenados sobre esses mesmos feitos, por darem tam grandes custas aas partes, que ante leixam de seguir essas apelaçõees, e aggravos, que pagarem as ditas custas...”

O texto transcrito fala da determinação do juiz de traslado da integralidade dos autos do processo para impugnações de atos judiciais que possam prejudicar a parte no próprio curso do processo e de que não se poderia aguardar o julgamento definitivo para apelar, sendo que tal determinação geraria custos excessivos para a parte, inviabilizando a providência. Tendo em vista esse quadro acima descrito, os parágrafos seguintes, em especial o quinto parágrafo, do mesmo Título regulam a extração de instrumento para tal finalidade, independentemente da vontade do juiz, *“...e Nos penaremos esse Juiz, que nam quis guardar essa Nossa Ley, segundo a culpa, ou malicia em que acharmos que foi, por a não querer cumprir.”*

As Ordenações Manuelinas, em seu Livro 3, Título LIII, *“Das apellações das sentenças interlucutorias, e quando se pode dellas apellar, e que nom ajam os autos por apellaçam”*[111] implementaram outras hipóteses de agravo e, por meio das Ordenações Filipinas, os agravos foram incorporados ao direito processual brasileiro do tempo da colônia e do Império.[112]

O Código de Processo Civil de 1939 previa três tipos de agravo: de instrumento, de petição e no auto do processo. O art. 842 do revogado Código previa a interposição do agravo de instrumento, *“além dos casos que a lei expressamente o permite”*, contra as classes de decisões que arrola em seus dezessete incisos, dentre os quais se encontra aquele que previa a utilização do

[111] Fonte: http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l3p206.htm. Vide nota anterior.
[112] GRECO FILHO, *op. cit.*, p. 289.

agravo de instrumento para atacar decisões *"que denegarem a apelação, inclusive a de terceiro prejudicado, a julgarem deserta, ou a relevarem da deserção"*. O art. 846, salvo nos casos expressos de agravo de instrumento, admitia o agravo de petição, que se processava nos próprios autos, das decisões que implicavam a terminação do processo principal, sem lhe resolverem o mérito. O art. 851 previa a utilização do agravo no auto do processo para outras decisões interlocutórias não atacáveis pelos tipos anteriores. Em todos os casos de agravo previstos pelo Código de Processo Civil de 1939 havia a possibilidade de retratação por parte do juiz que proferiu a decisão atacada. No caso do agravo de instrumento, não havia a previsão de juízo prévio de admissibilidade no órgão julgador *a quo*, cabendo ao escrivão remeter os autos ao órgão competente para conhecer do agravo. A denegação ao seguimento do agravo de petição era atacável por agravo de instrumento.

Pela atual redação, as normas referentes ao agravo no Código de Processo Civil preveem como regra a forma retida, de que se conhecerá quando do processamento do recurso, caso haja expresso pedido da parte nesse sentido (artigos 522 e 523 do CPC). O §3º do art. 523 prevê que, das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento, caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo, nele expostas sucintamente as razões do agravante. Na mesma linha, o inciso III do art. 280 prevê que, no procedimento sumário, das decisões sobre matéria probatória ou proferidas em audiência, o agravo será sempre retido.

No sistema atual do Código, portanto, a recorribilidade pode ser imediata, mas sua apreciação pela instância recursal é sempre diferida, quando se tratar de matéria envolvendo decisões em audiência de instrução e, para o rito sumário, também aquelas envolvendo provas. De regra, também será retido o agravo contra decisões envolvendo a produção de provas no rito

ordinário, salvo demonstrado o preenchimento das condições para o cabimento do agravo de instrumento.

Em tese, portanto, a decisão tomada pelo juiz de produzir prova sem que tenha havido requerimento por qualquer das partes somente poderia ser examinada em sede recursal quando do julgamento de eventual recurso contra a decisão final prolatada pelo juízo *a quo*. Diz-se em tese, pois escassez – talvez mesmo total ausência – de jurisprudência sobre o tema não permite verificar o entendimento dos Tribunais brasileiros sobre a matéria.

No âmbito da doutrina brasileira, prevalece fortemente a opinião de que o juiz brasileiro possui amplos poderes de determinar a produção de provas no processo civil, mesmo quando não requeridas pelas partes e quando o direito em discussão é plenamente disponível e capazes as partes[113]. A justificativa para tal posicionamento, centrado na afirmação do texto do art. 130 do CPC, é de que o processo possui um escopo público e que a verdade dos fatos é de crucial importância para que a decisão judicial seja justa e equânime. Entende essa corrente que a igualdade formal das partes não pode prevalecer sobre a desigualdade material. Na defesa de seus interesses, as partes, ainda que formalmente possuam acesso aos mesmos instrumentos processuais para sustentar suas posições, nem sempre esse acesso pode ser efetivado, por desigualdades de fato que incidem sobre elas. Caberia, pois, ao juiz equilibrar essa equação, permitindo que a igualdade formal se traduzisse em efetiva igualdade real.

Em sentido contrário, milita a tese de que o art. 130 do CPC deve ser interpretado em conjunto com o art. 333 do mesmo Código. Assim, em se tratando de direitos indisponíveis ou de partes incapazes, a regra do art. 130 prevalece. Porém, versando o feito sobre direitos disponíveis discutidos entre

---

[113] Como referência paradigmática, cite-se: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

partes capazes, não há razão para se afastar a aplicação do quanto disposto no art. 333, que determina explícita e taxativamente a distribuição do ônus da prova entre as partes. Interferir o juiz na iniciativa probatória das partes em tais circunstâncias seria uma ingerência indevida no poder dispositivo das partes e uma violação ao princípio da imparcialidade do julgador[114]. As leis processuais possuem instrumentos hábeis a permitir às partes o acesso efetivo aos meios de defesa de seus interesses e é importante deixar à parte estruturar sua própria estratégia de defesa e fazer suas próprias escolhas no modo de conduzir o processo para que se aproxime ao máximo daquilo que a própria parte e seu defensor consideram o resultado mais favorável.

Conceitos divergentes de verdade e justiça, bem como entendimento diverso do papel do Estado, especificamente da atuação do Poder Judiciário, e do processo civil sustentam as divergências de teses sobre a forma de se interpretarem os referidos artigos do Código.

Na seção seguinte, destinada às considerações finais, serão alinhavadas algumas reflexões sobre esses temas.

[114] Nessa linha de argumento, cite-se, a título de exemplo: ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. São Paulo: RT, 2010. Entendimento semelhante é manifestado pelo Prof. Antonio Carlos MARCATO em suas aulas e obras.

IV.6. A PROVA DOCUMENTAL

Documento, tanto no sentido comum da palavra, conforme se pode encontrar nos dicionários, quanto no sentido jurídico do termo, é um objeto material que possa elucidar em alguma medida um dado acontecimento passado. O interesse jurídico determina que o documento seja sempre produzido com a intervenção humana. Um objeto gerado pela natureza somente possui caráter de documento, no sentido jurídico do termo, se houver inequívoca ligação desse objeto com algum ato ou omissão humanas capaz de tornar relevante as informações que esse objeto possam trazer sobre fatos de interesse jurídico ocorridos no passado.

A CLT trata de forma sucinta os temas atinentes à produção da prova documental, deixando inúmeras lacunas que, por força do artigo 769, deverão ser preenchidas pelo recurso ao direito processual comum, exceto nas situações em que houver incompatibilidade. O artigo 830, em sua atual redação, prevê que o documento em cópia oferecido para prova poderá ser declarado autêntico pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal. Havendo impugnação quanto à autenticidade da cópia, prevê seu parágrafo único, a parte que a produziu será intimada para apresentar cópias devidamente autenticadas ou o original, a ser conferido por serventuário da Justiça, a quem competirá certificar a conformidade entre os documentos. A redação atual do artigo em tela foi dada pela Lei nº 11.925/2009, de 17 de abril de 2009, em um esforço por simplificar rotinas burocráticas ante os órgãos estatais. A redação anterior previa a apresentação do documento em cópias autenticadas, por óbvio, caso não fosse apresentado o original.

A força probante dos documentos está especificada nos artigos 364 a 389 do CPC. Nem todas as distinções contidas nas normas processuais civilistas possuem interesse para o processo do trabalho. No entanto, muitas

delas são fundamentais para a correta valoração da prova documental produzida pelas partes. Uma primeira e importante distinção é entre o documento público e o documento particular. Documento público e aquele formado na presença de escrivão, tabelião ou funcionário público, sendo que o artigo 364 do CPC diz que o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.

Fazem a mesma prova que os originais as certidões textuais de qualquer peça dos autos, do protocolo das audiências, ou de outro livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele ou sob sua vigilância e por ele subscritas; os traslados e as certidões extraídas por oficial público, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas; as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório, com os respectivos originais; as cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial declaradas autênticas pelo próprio advogado sob sua responsabilidade pessoal, se não lhes for impugnada a autenticidade; os extratos digitais de bancos de dados, públicos e privados, desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações conferem com o que consta na origem; as reproduções digitalizadas de qualquer documento, público ou particular, quando juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos ou privados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização. Por motivos óbvios, resguardando-se a possibilidade de verificação a qualquer tempo, dentro do lapso de interesse jurídico-processual, os originais dos documentos digitalizados deverão ser preservados pelo seu detentor até o final do prazo para interposição de ação rescisória.

O artigo 366 do CPC dispõe literalmente que, exigindo a lei, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.

Documento particular é aquele produzido pelas partes, sem a interveniência de um agente detentor de fé pública. O artigo 367 do CPC atribui a mesma eficácia probatória do instrumento particular àqueles feito por oficial público incompetente ou sem a observância das formalidades legais. As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário. Quando, todavia, contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato. Quanto à autenticidade, reza o artigo 369 que se reputa autêntico o documento, quando o tabelião reconhecer a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença.

No que tange à data de formação do documento, o tema é regulado pelo artigo 370 do CPC, dispondo que a data do documento particular, quando a seu respeito surgir dúvida ou impugnação entre os litigantes, provar-se-á por todos os meios de direito. Mas, em relação a terceiros, considerar-se-á datado o documento particular no dia em que foi registrado; desde a morte de algum dos signatários; a partir da impossibilidade física, que sobreveio a qualquer dos signatários; da sua apresentação em repartição pública ou em juízo; do ato ou fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento.

Reputa-se autor do documento particular aquele que o fez e o assinou; aquele, por conta de quem foi feito, estando assinado; aquele que, mandando compô-lo, não o firmou, porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros comerciais e assentos domésticos.

O documento particular, de cuja autenticidade se não duvida, prova que o seu autor fez a declaração, que lhe é atribuída, sendo que, a teor do disposto

no artigo 372 do CPC, compete à parte, contra quem foi produzido documento particular, alegar no prazo de dez dias, se lhe admite ou não a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto; presumindo-se, com o silêncio, que o tem por verdadeiro. Cessa, todavia, a eficácia da admissão expressa ou tácita, se o documento houver sido obtido por erro, dolo ou coação.

Como regra geral, o documento particular, admitido expressa ou tacitamente, é indivisível, sendo defeso à parte, que pretende utilizar-se dele, aceitar os fatos que lhe são favoráveis e recusar os que são contrários ao seu interesse. Admite-se, no entanto, a prova de que alguns desses fatos não se verificaram.

A lei admite ao telegrama, ao radiograma ou a qualquer outro meio de transmissão a mesma força probatória do documento particular, se o original constante da estação expedidora foi assinado pelo remetente. O telegrama ou o radiograma presume-se conforme com o original, provando a data de sua expedição e do recebimento pelo destinatário.

Previsão que pode ser bastante útil no processo do trabalho, sobretudo em casos envolvendo trabalho doméstico ou na residência do empregado, o artigo 376 diz que as cartas, bem como os registros domésticos, provam contra quem os escreveu quando enunciam o recebimento de um crédito; contêm anotação, que visa a suprir a falta de título em favor de quem é apontado como credor; ou expressam conhecimento de fatos para os quais não se exija determinada prova.

A nota escrita pelo credor em qualquer parte de documento representativo de obrigação, ainda que não assinada, faz prova em benefício do devedor. Aplica-se esta regra tanto para o documento, que o credor conservar em seu poder, como para aquele que se achar em poder do devedor.

Os livros comerciais provam contra o seu autor. É lícito ao comerciante, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os

lançamentos não correspondem à verdade dos fatos. Se preencherem os requisitos exigidos por lei, provam também a favor do seu autor no litígio entre comerciantes.

A escrituração contábil é indivisível: se dos fatos que resultam dos lançamentos, uns são favoráveis ao interesse de seu autor e outros lhe são contrários, ambos serão considerados em conjunto como unidade.

Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade. Impugnada a autenticidade da reprodução mecânica, o juiz ordenará a realização de exame pericial.

O artigo 387 do CPC estabelece que cessa a fé do documento, público ou particular, sendo-lhe declarada judicialmente a falsidade. Seu parágrafo único define a falsidade como a formação de documento não verdadeiro ou a alteração de documento verdadeiro. O artigo 388, por seu turno, prevê que cessa a fé do documento particular quando lhe for contestada a assinatura e enquanto não se lhe comprovar a veracidade ou quando, assinado em branco, for abusivamente preenchido. Reputa-se como abuso quando aquele, que recebeu documento assinado, com texto não escrito no todo ou em parte, o formar ou o completar, por si ou por meio de outrem, violando o pacto feito com o signatário.

A discussão acerca da autenticidade do documento ou de seu conteúdo não está regulada pela legislação processual trabalhista, cabendo o recurso ao Código de Processo Civil para sua aferição em caso de dúvida, no âmbito do processo trabalhista. O artigo 389 regula a distribuição do ônus da prova em relação à autenticidade ou falsidade do documento, prevendo que incumbe o ônus da prova quando se tratar de falsidade de documento, à parte que a arguir

e quando se tratar de contestação de assinatura, à parte que produziu o documento.

A declaração da falsidade de determinado documento trazido aos autos como prova das alegações da parte deverá ser requerida pela parte a quem interesse tal declaração, através de ação declaratória incidental, denominada incidente de falsidade, regulada pelos artigos 390 a 395 do CPC. Diz a letra da lei que o incidente de falsidade tem lugar em qualquer tempo e grau de jurisdição, incumbindo à parte, contra quem foi produzido o documento, suscitá-lo na contestação ou no prazo de dez dias, contados da intimação da sua juntada aos autos. Quando o documento for oferecido antes de encerrada a instrução, a parte o arguirá de falso, em petição dirigida ao juiz da causa, expondo os motivos em que funda a sua pretensão e os meios com que provará o alegado. A parte que produziu o documento será intimada para responder no prazo de dez dias, ocasião em que poderá concordar em retirá-lo, restando encerrado o incidente, se a parte contrária não se opuser à retirada. Caso contrário, o juiz ordenará o exame pericial. Se a instrução processual já tiver sido encerrada, o incidente de falsidade correrá em apenso aos autos principais. Se suscitado perante o tribunal, o incidente será processado perante o relator, observando-se as mesmas disposições já citadas acima. Suscitado o incidente de falsidade, o juiz suspenderá o processo principal até sua solução, em sentença que, ao resolver o incidente, deverá declarar a falsidade ou a autenticidade do documento arguido de falso.

O incidente de falsidade e seu processamento nos termos previstos na lei processual civil é plenamente compatível com o processo do trabalho e seus princípios, sendo largamente admitido pela doutrina e pela jurisprudência. A provisão originária da CLT de realização de audiência una, em que, de mesma assentada, se procedam às tentativas de conciliação, leitura da reclamação, apresentação de defesa, instrução e julgamento do feito, não é motivo para entender não cabível a declaração incidental de falsidade de documento. O

artigo 849 da CLT prevê a possibilidade de cisão por motivo relevante a ser considerado pelo juiz da causa. Nem mesmo o rigor do artigo 852-G da CLT, que determina a obrigatoriedade de serem decididos, de plano, todos os incidentes e exceções que possam interferir no prosseguimento da audiência e do processo, cabendo as demais questões decisões à sentença, poderia tolher sua aplicação, pois o artigo 852-H, §§ 4º e 7º permite a cisão da instrução processual, nos casos em que se faça necessária a produção de prova pericial, por exigência legal, podendo ser invocado por analogia para a realização da perícia necessária à verificação de autenticidade de documento apresentado nos autos e inquinado de falso pela parte contrária.

Em relação à ocasião oportuna da produção da prova documental, tampouco trata a CLT do tema de forma explícita e suficiente a solucionar os problemas daí advindos. Wagner Giglio considera mesmo omissa a CLT quanto à oportunidade de oferecimento dos documentos, aduzindo não haver incompatibilidade na aplicação supletiva da regulamentação da matéria prevista no processo civil.[115]

A redação do artigo 845 da CLT, cujo texto diz literalmente que o reclamante e o reclamado comparecerão à audiência acompanhados das suas testemunhas, apresentando, nessa ocasião, as demais provas, poderia sustentar a tese de que ambas as partes deveriam – ou, ao menos, poderiam – apresentar os documentos pertinentes ao feito e com os quais pretendessem comprovar suas alegações na própria audiência de instrução e julgamento. Mesma interpretação poderia ser invocada ante o artigo 852-H da CLT, que trata da instrução dos feitos submetidos ao rito sumaríssimo, pois seu texto diz que todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente, e sobre os documentos apresentados por uma das partes manifestar-se-á imediatamente a parte contrária, sem interrupção da

[115] GIGLIO, Wagner. CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. *Direito Processual do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 235.

audiência, salvo absoluta impossibilidade, a critério do juiz. A interpretação sistemática dos referidos artigos, no entanto, com especial atenção para os princípios da lealdade e da boa-fé processuais, leva a considerar lacunosa a matéria no âmbito da legislação processual trabalhista, recorrendo-se mais uma vez ao CPC para colmatar a referida lacuna. Seu artigo 396 determina competir à parte instruir a petição inicial, ou a resposta, com os documentos destinados a provar-lhe as alegações.

A jurisprudência tem adotado a tese de que, no âmbito do processo do trabalho, via de regra, adota-se a previsão do artigo 396 do CPC. Nesse sentido, o Acórdão nº 20090809496 da 12ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, de 24/09/2009, publicado no D.O.E. de 02/10/2009, referente ao Processo nº 20080802650, relatado pela desembargadora Vânia Paranhos, diz: *"O momento propício, nos termos do artigo 396 do Código de Processo Civil, para a produção de prova documental é para o reclamante na petição inicial e para o réu na contestação, salvo na ocorrência de fatos novos ou na contraposição dos produzidos nos autos, o que não ocorre in casu."*[116] Na mesma linha de raciocínio e interpretação, o Acórdão nº 20120207278 da 11ª Turma do TRT da 2ª Região, de 28/02/2012, publicado no D.O.E. em 06/03/2012, referente ao Processo nº 20100594713, relatado pela desembargadora Wilma Gomes da Silva Hernandes, aduz que: *"O momento oportuno para a apresentação dos documentos, pelo reclamante, é o da petição inicial, na forma do art. 396 do CPC, sob pena de preclusão. Exceção, a essa regra, cabe somente quando se trata de documento novo, consoante previsão do art. 397 do mesmo diploma legal."*[117]

---

[116] Acórdão nº 20090809496 da 12ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, de 24/09/2009, publicado no D.O.E. de 02/10/2009, referente ao Processo nº 20080802650.
[117] Acórdão nº 20120207278 da 11ª Turma do TRT da 2ª Região, de 28/02/2012, publicado no D.O.E. em 06/03/2012, referente ao Processo nº 20100594713.

Conforme já exposto nos acórdãos cujas ementas encontram-se acima reproduzidas, excetuam-se da regra geral os documentos novos, sendo lícito às partes, a teor do artigo 397 do Código, a qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, assim considerados aqueles destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou em contraposição aos que foram produzidos nos autos. Os princípios do contraditório e da ampla defesa obrigam seja dada vista à parte contrária, bem como oportunidade para sua manifestação acerca de quaisquer documentos juntados aos autos, norma, aliás, positivada no artigo 398 do CPC.

A Súmula nº 8 do Tribunal Superior do Trabalho consolida o entendimento jurisprudencial de que a juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação ou se referir a fato posterior à sentença.

A falta de documento indispensável à propositura da demanda, por seu turno, não leva ao imediato indeferimento da peça inicial, sendo jurisprudência já consagrada pela Súmula 263 do TST que, salvo nas hipóteses do art. 295 do CPC, o indeferimento da petição inicial, por encontrar-se desacompanhada de documento indispensável à propositura da ação ou não preencher outro requisito legal, somente é cabível se, após intimada para suprir a irregularidade em dez dias, a parte não o fizer.

A hipótese de a parte querer comprovar suas alegações através de documentos que não se encontram em seu poder, mas em poder da parte contrária ou de terceiros, está expressamente prevista na Código de Processo Civil, nos artigos 355 a 363. Diz a lei que o juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa, que se ache em seu poder. O pedido para que o juiz proceda à referida ordem deverá ser formulado pela parte, com a individuação, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa cuja exibição se pretende, bem como com a indicação da finalidade da prova, especificando os fatos que se relacionam com a coisa ou o documento. Deverá, ainda, conter as

circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária.

A resposta do requerido deverá ser dada nos cinco dias subsequentes à sua intimação. Afirmando ele que não possui o documento ou a coisa cuja exibição se pleiteia, caberá ao requerente provar, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade. A recusa do requerido, em todo o caso, não será admitida se o requerido tiver a obrigação legal de exibir o documento ou a coisa, bem como se a ele aludiu no curso do processo, com o intuito de constituir prova. No que tange ao documento que, pelo conteúdo, é comum às partes, tampouco é admitida a recusa.

É de suma importância a determinação para que o requerente especifique de forma clara e objetiva os fatos que pretende comprovar com a exibição requerida, pois, caso o requerido não apresente o documento ou coisa solicitada, sem declarar sua inexistência ou não ser dela detentor, ou se a recusas for havida por ilegítima, o juiz considerará verdadeiros os fatos que com a exibição se pretendia provar.

Na hipótese de o documento ou a coisa estar em poder de terceiro, o juiz mandará citá-lo para responder no prazo de dez dias. Se o terceiro negar a obrigação de exibir, ou a posse do documento ou da coisa, o juiz designará audiência especial, tomando-lhe o depoimento, bem como o das partes e, se necessário, de testemunhas; em seguida proferirá a sentença. Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz lhe ordenará que proceda ao respectivo depósito em cartório ou noutro lugar designado, no prazo de cinco dias, impondo ao requerente que o embolse das despesas que tiver. O descumprimento pelo terceiro da ordem judicial implicará a expedição de mandado de apreensão, com o concurso, se necessário, de força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência.

Somente se escusam a parte ou o terceiro de exibir em juízo documento ou coisa devidamente requisitados pelo juiz, se concernente a negócios da própria vida da família; se a sua apresentação puder violar dever de honra; se a publicidade do documento redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consangüíneos ou afins até o terceiro grau ou lhes representar perigo de ação penal; se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo; se subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição. Havendo a possibilidade de exibição de parte do documento sem incorrer nas situações acima elencadas, será extraída suma da parte restante para ser apresentada em juízo.

O pedido de exibição de documentos é bastante utilizado no processo do trabalho. Um dos casos mais frequentes é a solicitação feita pelo autor para que a ré apresente nos autos os registros de controle de jornada para comprovação de que o trabalhador estendia sua jornada de trabalho, fazendo jus, portanto, ao pagamento a título de horas extras e reflexos pleiteado pela inicial. Observe-se que o artigo 74 da CLT, em seu § 2º, estabelece a obrigatoriedade de manutenção de registro manual, mecânico ou eletrônico de horário de entrada e saída dos empregados, para as empresas com mais de dez empregados, situação em que a recusa de apresentação pela ré dos referidos documentos é de ser havida por ilegítima, exceto se comprovada a impossibilidade de exibição por relevante motivo, como, por exemplo, destruição em incêndio acidental havido na empresa. Por óbvio, ainda que a empresa não possua mais de dez empregados, havendo prova nos autos de existência de controle escrito ou eletrônico de jornada, persiste a obrigação de exibição dos referidos controles. Diante da determinação judicial da juntada de controles de jornada e de ilegítima relutância da ré de o fazer, há que ser considerada comprovada a jornada alegada pelo autor em sua peça inicial. Nesse caso, a prova em contrário não se entende por admissível. Porém, a mera não apresentação de tais documentos, quando subsistente a obrigação de

sua formação e guarda, não leva automaticamente ao reconhecimento da veracidade das alegações iniciais acerca do tema, mas à inversão do ônus da prova.

Outra hipótese de determinação judicial de documento está prevista no artigo 399 do CPC, cujo texto diz que o juiz requisitará às repartições públicas em qualquer tempo ou grau de jurisdição as certidões necessárias à prova das alegações das partes e os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Município, ou as respectivas entidades da administração indireta.

Nessas hipóteses, recebidos os autos, o juiz mandará extrair, no prazo máximo e improrrogável de trinta dias, certidões ou reproduções fotográficas das peças indicadas pelas partes ou de ofício; findo o prazo, devolverá os autos à repartição de origem. A Lei nº 11.419, de 20 de dezembro de 2006, que trata da informatização do processo judicial, acrescentou o permissivo, prevendo que as repartições públicas poderão fornecer todos os documentos em meio eletrônico conforme disposto em lei, certificando, pelo mesmo meio, que se trata de extrato fiel do que consta em seu banco de dados ou do documento digitalizado.

IV.7. A PROVA PERICIAL

O processo histórico de especialização e divisão do conhecimento por áreas produz situações em que a solução de litígios submetidos ao Poder Judiciário dependem de conhecimentos técnicos e científicos próprios de outras áreas, distintas da área das ciências jurídicas. Em tais circunstâncias, as provas documentais e testemunhais podem não ser suficientes para esclarecimento dos fatos sobre os quais se fundam a pretensão do autor e a defesa do réu, havendo necessidade de se recorrer a profissional que detenha os conhecimentos técnicos ou científicos necessários para embasar a decisão judicial e que se encontre no processo não só em posição de neutralidade em relação às partes em contenda, mas também assuma o compromisso de apresentar seu parecer técnico-científico com os escrúpulos advindos de sua ética profissional e de sua posição no processo como auxiliar do juízo, o que lhe impõe poderes e ônus.

Discorda-se, aqui, de parte da doutrina que entende necessária a prova pericial quando faltem ao juiz conhecimentos especializados e a prova dos fatos dependa desses conhecimentos.[118] Na verdade, o juiz não se poderia valer de seus próprios conhecimentos técnicos ou científicos em outras áreas, ainda que os detivesse por formação paralela à jurídica ou por interesse pessoal que o tenha levado a estudar dado tema técnico ou científico com a profundidade típica do especialista. De forma análoga a que ocorre nas situações em que o juiz tem conhecimento dos fatos, quando, então, deve dar-se por impedido e atuar como testemunha, conforme prevê o artigo 409 do CPC, a especialização de funções e atribuições no processo judiciário não permite ao juiz atuar a um só tempo como julgador e perito. A propósito do tema, a redação do artigo 145 do CPC estabelece que o juiz será assistido por perito quando a prova do fato

[118] Giglio, *opus cit.* p. 248.

depender de conhecimento técnico ou científico, sem fazer menção a eventuais conhecimentos especializados detidos ou não pelo juiz.

No âmbito do processo do trabalho, o artigo 826 estabelecia a faculdade de cada uma das partes apresentar um perito ou técnico. A impropriedade de deixar a critério das partes a indicação de perito é evidente, redundado sempre em prejuízo acentuado à celeridade e economia processuais, bem como à isenção dos referidos especialistas na condução das diligências e apresentação de suas conclusões. A referida norma, porém, restou tacitamente revogada pela Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970, que modificou a disciplina sobre a produção de prova pericial na Justiça do Trabalho, determinando, em seu artigo 3º, que os exames periciais serão realizados por perito único designado pelo juiz, com fixação de prazo para entrega do laudo. Às partes, restou facultada a indicação de um assistente técnico cada uma delas, cujo laudo terá que ser apresentado no mesmo prazo assinado para o perito, sob pena de ser desentranhado dos autos.

Por certo, não há que ser entendida a determinação de nomeação de perito único como vedação legal a que mais de um perito atue no mesmo feito, pois pode haver matéria técnico-científica a ser dirimida em mais de uma área de conhecimento especializado, demandando a nomeação de quantos especialistas se façam necessários à correta instrução do feito. Nesse sentido, explícito é o artigo 431-B, em nada incompatível com o processo trabalhista, cujo teor determina que, em caso de perícia complexa, que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear mais de um perito e a parte indicar mais de um assistente técnico.

O §4º do artigo 852-H da CLT trata da perícia nos feitos submetidos ao rito sumaríssimo, prevendo que, somente quando a prova do fato o exigir, ou for legalmente imposta, será deferida prova técnica, incumbindo ao juiz, desde logo, fixar o prazo, o objeto da perícia e nomear perito. Reproduz, assim, o referido dispositivo legal o quanto já fixado pela Lei nº 5.584/70 e pela própria

natureza da prova, apenas aumentando o rigor na consideração quanto à efetiva necessidade da produção da prova pericial que, em todo caso, ainda que submetido o feito à tramitação sob o rito ordinário, somente deve ser deferida se a prova do fato assim o exigir ou for imposta pela lei.

Quanto à remuneração do perito judicial, o artigo 790-B da CLT, acrescido pela Lei nº 10.537, de 27 de agosto de 2002, determina que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita, situação em que caberá à União, conforme jurisprudência já assentada pela Orientação Jurisprudencial SDI-1 nº 387, do TST. A Súmula nº 341 do TST, por seu turno, estabelece o entendimento de que a indicação do perito assistente é faculdade da parte, a qual deve responder pelos respectivos honorários, ainda que vencedora no objeto da perícia.

Considerando-se que a prova pericial tem a finalidade de trazer ao conhecimento do juízo fatos e situações cujo esclarecimento demanda conhecimento técnico ou científico especializado, não se dispensa sua produção em caso de revelia ou confissão da parte.

A simplicidade com que a legislação processual trabalhista regula a produção da prova pericial faz com que seja necessário o recurso supletivo ao processo comum para preenchimento das lacunas deixadas, naquilo em que não houver incompatibilidade com o quanto determinado pela CLT e pela Lei nº 5.584/70. Os parágrafos do artigo 145 do CPC estabelecem que os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, sendo que comprovarão sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos. Nas localidades onde não houver profissionais qualificados que preencham os requisitos dos parágrafos anteriores, a indicação dos peritos será de livre escolha do juiz.

O artigo 146, por seu turno, estabelece o dever de o perito cumprir o ofício, no prazo que lhe assina a lei, empregando toda a sua diligência. No caso do processo do trabalho, o prazo é estabelecido pelo juiz, sendo que o artigo 421 do CPC também prevê ser da competência do juiz a fixação do prazo para apresentação de laudo. O perito pode escusar-se do encargo alegando motivo legítimo. A escusa deverá ser apresentada dentro de cinco dias, contados da intimação ou do impedimento superveniente, sob pena de se reputar renunciado o direito a alegá-la. Não obstante a clara disposição legal quanto à preclusão, há que se ponderar da conveniência de se manter a nomeação quando o perito procura escusar-se do encargo, pois sua capacidade de ser diligente e seguro em suas conclusões pode ser afetada por disposição de ânimo contrária à realização do mister para o qual fora nomeado. Assim, entende-se inserido nos poderes do juiz aceitar o pedido de destituição de perito nomeado, ainda que fora do prazo estabelecido pela lei processual civil. São consideradas razões suficientes para a escusa o impedimento ou a suspeição (artigo 423 do CPC), que também podem ser arguidas pelas partes, cabendo ao juiz decidir e, uma vez aceita a escusa ou acolhida a impugnação da parte, nomear desde logo novo perito. A substituição também será realizada se, nos termos do artigo 424, o perito carecer de conhecimento técnico ou científico, bem como se, sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo dentro do prazo que lhe fora concedido para tanto.

O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas, responderá pelos prejuízos que causar à parte, além de ficar inabilitado, por dois anos, a funcionar em outras perícias e incorrer na sanção que a lei penal estabelecer, nos termos do artigo 147 do CPC.

O artigo 420 do CPC especifica que a prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação e será indeferida pelo juiz quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico; for desnecessária em vista de outras provas produzidas; ou a verificação for impraticável.

Quando a natureza do fato o permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado.

A lei processual civil prevê o prazo de cinco dias para a apresentação pelas partes de quesitos e assistentes técnicos, consoante artigo 421. O prazo não possui natureza tal que impeça ao juiz conceder prazo mais longo às partes, se assim entender necessário para a garantia do direito à ampla defesa. O artigo 425 do CPC autoriza às partes apresentar, durante a diligência, quesitos suplementares. Da juntada dos quesitos aos autos dará o escrivão ciência à parte contrária. O artigo 426 positiva a norma de que compete ao juiz indeferir quesitos impertinentes e formular os que entender necessários ao esclarecimento da causa.

A norma prevista no artigo 427, de que o juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes, somente poderá ser aplicada em casos restritos no âmbito do processo do trabalho, considerando-se as previsões legais de exclusividade da prova pericial realizada no curso do processo para comprovação de determinados fatos, como acontece com a caracterização da insalubridade e da periculosidade, nos termos do artigo 195 da CLT. A Orientação Jurisprudencial nº 278 da SDI-1 do TST consolida o entendimento de que a realização de perícia é obrigatória para a verificação de insalubridade e somente quando não for possível sua realização, como em caso de fechamento da empresa, poderá o julgador utilizar-se de outros meios de prova. São meios idôneos de prova, nesse caso, a prova emprestada de outros processos em que tenha sido realizada perícia no local de trabalho e laudos realizados por órgãos da administração pública ou empresas idôneas. Eventual prova oral sobre as condições de trabalho somente seria admissível em casos excepcionais e com o

concurso do parecer técnico de perito habilitado a dizer se, naquelas condições verificadas pela prova oral, haveria caracterização de insalubridade ou periculosidade.

Quando a prova tiver de realizar-se por carta, poderá proceder-se à nomeação de perito e indicação de assistentes técnicos no juízo, ao qual se requisitar a perícia, conforme prevê o artigo 428 do CPC.

A função do perito designado pelo juízo é de auxiliar do juízo e compreende poderes específicos para bem desempenhar suas atribuições, conforme prevê o artigo 429 do CPC, cujo texto diz que, para o desempenho de sua função, podem o perito e os assistentes técnicos utilizar-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder de parte ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com plantas, desenhos, fotografias e outras quaisquer peças. A jurisprudência trabalhista adota plenamente tal norma. Como exemplo, cita-se o Acórdão nº 20120800785, de 12/07/2012, publicado no D.O.E. de 20/07/2012, da 12ª Turma do TRT da 2ª Região, referente ao Processo 20120035435 e tendo por relator o desembargador Benedito Valentini, que diz: *"Como técnico, o perito tem liberdade de ação, expressão e de pesquisa para bem cumprir sua missão, podendo valer-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos, bem como instruir o laudo com quaisquer peças, ex vi do artigo 429, do CPC. Trata-se de um especialista da absoluta confiança do Juízo, e que, sob compromisso, se dispõe a transmitir informações técnicas sobre fatos de interesse da causa, de forma que seus dados e conclusões hão de merecer o respaldo da boa fé, e somente prova robusta e cabal será capaz de destituí-los."*[119]

[119] Acórdão nº 20120800785, de 12/07/2012, publicado no D.O.E. de 20/07/2012, da 12ª Turma do TRT da 2ª Região, referente ao Processo 20120035435.

Decorrente dos princípios do contraditório e da ampla defesa, a norma positivada no artigo 431-A do CPC estipula tenham as partes terão ciência da data e local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova pericial.

Diz o artigo 432 que, não podendo o perito, por motivo justificado, apresentar o laudo dentro do prazo, o juiz conceder-lhe-á, por uma vez, prorrogação, segundo o seu prudente arbítrio. Entende-se, porém, que o juiz não está adstrito ao número máximo de prorrogações, pois pode ser mais célere e econômico para o processo a concessão de outro prazo suplementar para que o perito designado apresente seu laudo, desde que justificada a mora, que o destituir e designar novo perito, iniciando-se novo prazo e demandando novas diligências. Ainda quanto ao prazo para apresentação do laudo pelo perito, o artigo 433 estipula seja o laudo apresentado em cartório, no prazo fixado pelo juiz, pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento. Por óbvio, trata-se de norma visando a garantia de conhecimento pelas partes do teor do laudo pericia apresentado antes da realização da audiência de instrução e julgamento. Não sendo cumprido tal prazo, pode ser necessário o adiamento da audiência para que as partes tomem conhecimento do laudo e, eventualmente, solicitem esclarecimentos adicionais. Não se aplica ao processo do trabalho o prazo estipulado pelo parágrafo único desse artigo para que os assistentes técnicos apresentem seus pareceres, pois a Lei nº 5.584/70 já regula de forma exaustiva a matéria. Tampouco aplicável ao processo do trabalho o artigo 435 do CPC, que trata da intimação do perito e dos assistentes técnicos para prestarem esclarecimentos em audiência, diante da incompatibilidade com as normas e princípios reguladores da matéria no âmbito trabalhista.

Aplicáveis, porém, ao processo do trabalho os artigos 437 a 439 do CPC, que tratam da realização de nova perícia, pois a legislação processual trabalhista não trata da matéria. Em tais dispositivos legais, prevê-se que o juiz

poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida. A segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre que recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu. Rege-se ela pelas disposições estabelecidas para a primeira perícia, sendo que a segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar livremente o valor de uma e outra.

O artigo 434 do CPC traz norma de difícil aplicação no processo do trabalho, por falta de aparelhamento adequado dos Tribunais do Trabalho ou de outros órgãos que possam suprir a falta de peritos próprios. O referido artigo prevê que, nos casos em que o exame pericial tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento, ou for de natureza médico-legal, o perito será escolhido, de preferência, entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados. O juiz autorizará a remessa dos autos, bem como do material sujeito a exame, ao diretor do estabelecimento. Seu parágrafo único, porém, é compatível com o processo trabalhista, cabendo ao juiz verificar da possibilidade de sua aplicação no caso concreto. Prevê a norma que o perito, quando o exame tiver por objeto a autenticidade da letra e firma, poderá requisitar, para efeito de comparação, documentos existentes em repartições públicas; na falta destes, poderá requerer ao juiz que a pessoa, a quem se atribuir a autoria do documento, lance em folha de papel, por cópia, ou sob ditado, dizeres diferentes, para fins de comparação.

O ordenamento jurídico brasileiro, no que tange à valoração da prova judicial, adota o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento, em que o juiz forma livremente seu convencimento, mas deve indicar os critérios, necessariamente racionais, que o levaram às conclusões a que chegou e que fundamentam sua decisão. Assim, não se encontra o juiz adstrito às conclusões periciais expostas no laudo pericial trazido aos autos, podendo valer-se de

outros elementos e provas existentes nos autos para formar sua convicção. A referida norma encontra-se, inclusive, positivada no artigo 436 do CPC.

IV.8. A PROVA ORAL

Os depoimentos pessoais das partes e a oitiva de testemunhas são importantes meios para fazer prova das alegações das partes no processo judicial. O depoimento da parte visa exclusivamente sua confissão, pois as afirmações em seu favor não podem ser consideradas provas, assim como as alegações que faz na peça inicial ou defensiva. Não é, de forma alguma, rara a situação em que ocorre a confissão real da parte no curso de seu depoimento pessoal. Ocorrendo a confissão em relação aos fatos ou a algum deles, sendo cabível a confissão, finda-se a necessidade de se produzirem outras provas sobre o fato confessado, pois ele se torna incontroverso. Não ocorrendo a confissão e havendo necessidade de se perquirir sobre a ocorrência de fatos controvertidos, cuja existência não pode ser aferida por meio documental, segue-se a oitiva de testemunhas.

A testemunha, para que seja útil seu depoimento, deve ter presenciado o fato a ser provado, pois o conhecimento dos fatos de que deve dispor para poder relatar ao juiz as ocorrências relevantes para o deslinde do feito é necessariamente direto. Assim, sabedora do fato controvertido por intermédio de narrativa de uma das partes ou de terceiros, nada poderá acrescentar a testemunha ao que já fora dito no processo pelas partes. Por óbvio, o fato controvertido poderá constituir-se na divulgação de notícia ou comentários, situação em que a testemunha deporá se, em pessoa, ouviu de outrem comentários ou o relato daquilo que se alega ter sido propagado. É frequente tal alegação em casos envolvendo danos morais, quando há a alegação pelo autor de que o réu propalou notícia falsa ou comentário desabonador a seu respeito.

A prova testemunhal é eminentemente qualitativa, ou seja, não e o número de testemunhas a depor sobre dado fato, confirmando-o, que leva ao

convencimento do juiz ou tribunal sobre a efetiva ocorrência daquele fato, mas sim a qualidade do depoimento, a credibilidade do depoente, a coerência com as demais provas produzidas nos autos e com as regras ordinárias de experiência, entre outros elementos a serem levados em consideração quando da valoração da prova testemunhal produzida. Na oitiva de mais de uma testemunha sobre o mesmo fato, a incongruência entre os depoimentos prestados deve ser cuidadosamente analisada, pois não necessariamente decorre de intuito de alguma ou algumas das testemunhas sonegarem o que consideram a real versão dos fatos. O ponto de vista de cada uma das testemunhas, sua percepção sobre os fatos ocorridos e mesmo o quanto efetivamente fora presenciado por ela do ocorrido podem gerar interpretações e narrativas distintas, até mesmo incongruentes entre si. Por certo, as oposições diametrais soem ocorrer quando um dos depoentes busca deliberadamente beneficiar ou prejudicar uma das partes, o que pode caracterizar o falso testemunho.

Por outro lado, depoimentos minuciosamente coincidentes, em detalhes das ocorrências e mesmo em termos utilizados, sobretudo advindos das testemunhas arroladas por uma das partes, podem ser indício de conluio entre a parte e as testemunhas, tendo havido prévia combinação entre elas do que seria dito em juízo, prejudicando a credibilidade dos depoimentos. Cabe ao órgão julgador, com base no conjunto probatório, considerar cuidadosamente cada uma das provas produzidas e cada um dos depoimentos das partes e das testemunhas, para concluir pela ocorrência ou pela não ocorrência de dado fato relevante para o deslinde do feito. Trata-se de um processo de construção de um discurso sobre fatos ocorridos no passado e suas consequências jurídicas, descrito no âmbito do direito como livre convencimento motivado e racional.

A prova oral, em especial a oitiva de testemunhas, é regulada de forma um pouco mais extensa na CLT que a produção das demais provas, razão pela

qual o recurso à legislação processual comum é menos necessária e, em alguns casos, não cabível, por incompatível com as previsões do processo trabalhista.

No processo civil, a prova exclusivamente testemunhal encontra o limite estabelecido pelo artigo 401 do CPC que somente a admite nos contratos cujo valor, ao tempo da celebração, não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país. A CLT, por seu turno, não traz nenhuma limitação quanto ao valor do contrato ou expressão econômica da causa para a prova exclusivamente testemunhal. Wagner Giglio considera o limite processual civil, a princípio, aplicável ao processo do trabalho, em especial nas relações de trabalho não subordinado. Entende, no entanto, que dificilmente poderia o dispositivo ser aplicado nas relações de emprego, embora não veja incompatibilidade, argumentando que os contratos de trabalho com salário inicia superior a dez salários mínimos são raros, sobretudo aqueles que não são firmados por escrito ou com anotação o contrato de trabalho na carteira de trabalho. Argumenta, ainda, que as exceções previstas no artigo 402, II do CPC[120], em seu rol exemplificativo, poderia conter a situação de dependência do empregado em relação ao empregador como impeditivo de obtenção da necessária prova escrita.[121]

Tratando-se, no entanto, de uma clara limitação ao direito de defesa da parte, a falta de previsão explícita na CLT, que, por outro lado, traz ampla regulamentação sobre a prova testemunhal, não autoriza supor lacuna a ser preenchida pela legislação processual civil comum, de compatibilidade duvidosa com os princípios que regem o processo do trabalho.

A prova oral, via de regra, é colhida em audiência designada para essa finalidade. No âmbito do processo do trabalho, o artigo 813 da CLT prevê que

---

[120] *Art. 402. Qualquer que seja o valor do contrato, é admissível a prova testemunhal, quando: (...) II - o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel.*
[121] GIGLIO, *op. cit.*, p. 240.

as audiências dos órgãos da Justiça do Trabalho serão públicas e realizar-se-ão na sede do Juízo ou Tribunal, em dias úteis previamente fixados, no horário das oito às dezoito horas, com duração máxima de cinco horas seguidas, salvo quando houver matéria urgente. Em casos especiais, poderá ser designado outro local para a realização das audiências, mediante edital afixado na sede do Juízo ou Tribunal, com a antecedência mínima de vinte e quatro horas. Por óbvio, as partes deverão ser cientificadas da modificação do local de realização da audiência, com a devida antecedência e pelos meios próprios, quais sejam, por meio de publicação no Diário Oficial, para a parte que estiver assistida por advogado, e por meio postal, para a parte que não estiver assistida por advogado.

O sistema previsto pela CLT é de realização de audiência una, ou seja, na mesma audiência deverão ser formuladas as propostas de acordo e, não se obtendo a conciliação, passar desde logo para a apresentação da defesa, acompanhada da devida prova documental, se houver, e colheita da prova oral. Consiste a prova oral na oitiva das partes, testemunhas e, eventualmente, peritos e assistentes técnicos, caso convocados pelo juiz para prestar esclarecimentos em audiência, o que é raro acontecer, considerando-se que, via de regra, os esclarecimentos periciais são apresentados por escrito, dando-se ciência às partes com a devida antecedência. Considerando-se que a perícia é prova técnica, a oitiva do perito em audiência não é, normalmente, aconselhável, pois não se pode exigir das partes e de seus procuradores que detenham o necessário conhecimento técnico sobre a matéria a ser inquirida, podendo haver prejuízos para a defesa das partes. Melhor procedimento é o encaminhamento dos autos ao perito com a determinação de que preste os esclarecimentos necessários por meio de laudo complementar ou mera petição, dando-se vistas às partes com a antes da audiência de instrução do feito.

Os depoimentos das partes e das testemunhas deverão ser inteligíveis por todos, razão pela qual o artigo 819 da CLT prevê que, não sabendo a parte

ou a testemunha falar a língua nacional ou se tratar de surdo-mudo ou mudo que não saiba escrever, será nomeado intérprete pelo juiz para a tomada de seu depoimento, com as despesas a cargo da parte a que interessar o depoimento. No caso das testemunhas, a despesa deve ser paga pela parte que a arrolou. No caso da parte, a despesa, a princípio, deve ser paga pela parte contrária, a quem interessa eventual confissão, razão para ser ouvida a parte.

O número de testemunhas é limitado a três para cada uma das partes, podendo ser elevado para seis, quando se tratar de inquérito para apuração de falta grave para dispensa de empregado estável (artigo 821 da CLT). Para os feitos que tramitam sob o rito sumaríssimo, a CLT limita o número de testemunhas a duas para cada parte (artigo 852-H, §2º). Havendo previsão específica na lei processual trabalhista, não se aplica a norma processual comum de delimitar o número máximo de testemunha por fato a ser provado. Assim, o número máximo de testemunhas arroladas pela parte se refere ao feito como um todo e não a cada fato a ser provado ou a cada pedido. Tampouco será incrementado o número máximo de testemunhas por parte, no caso de haver pluralidade em um dos polos da demanda. Nos casos em que os fatos não sejam uniformes para todos, a prudência aconselha o desmembramento dos feitos. A limitação numérica, no entanto, não se aplica às testemunhas do juízo, podendo o juiz, a seu critério, convocar o número de testemunhas que considerar necessário ao esclarecimento das questões de fato, com vistas à formação de sua convicção, permissivo positivado nos artigos 765 da CLT e 130 do CPC.

O depoimento das testemunhas no processo judicial não interessa somente às partes, mas também à administração da justiça. Assim, seu comparecimento à audiência não se pode traduzir em prejuízos decorrentes de sua ausência ao trabalho. Nesse sentido, prevê o artigo 822 da CLT que as testemunhas não poderão sofrer qualquer desconto pelas faltas ao serviço, ocasionadas pelo seu comparecimento para depor, quando devidamente

arroladas ou convocadas. Entende-se aqui, por óbvio, que o arrolamento deve ser entendido de forma larga, abrangendo o convite informal realizado pela parte à testemunha, na forma do artigo 825 da CLT. Sendo a testemunha funcionário público civil ou militar, havendo que depor em horário de serviço, será requisitada ao chefe da repartição para comparecer à audiência marcada, nos termos do artigo 823 da CLT. Também o artigo 419 do CPC, em seu parágrafo único, define o depoimento prestado em juízo como serviço público e veda perda de salário ou desconto no tempo de serviço da testemunha submetida ao regime da legislação trabalhista. O *caput* do referido artigo, ademais, estabelece que a testemunha pode requerer ao juiz o pagamento da despesa que efetuou para comparecimento à audiência, devendo a parte paga-la logo que arbitrada ou a depositar em juízo no prazo de três dias. Não se vislumbra incompatibilidade tal dispositivo com as normas processuais trabalhistas, razão pela qual se entende aplicável a regra ao processo do trabalho, respeitadas suas peculiaridades e eventual concessão à parte dos benefícios da justiça gratuita.

A CLT não apresenta disciplina quanto a ordem de oitiva das testemunhas. Wagner Giglio entende que, por regular a lei processual trabalhista de forma *"...comparativamente exaustiva a prova testemunhal..."*, o lapso não deve ser entendido como permissão para o recurso ao artigo 413 do CPC, que prevê sejam ouvidas em primeiro lugar as testemunhas do autor. Entende o referido doutrinador que, no processo do trabalho, devem ser tomados primeiramente os depoimentos das testemunhas da parte que tenha o maior ônus da prova, por respeito ao princípio da celeridade processual.[122]

Tanto no processo do trabalho quanto no processo comum, a lei cuida de especificar que o juiz providencie para que o depoimento de uma testemunha não seja ouvido pelas demais que tenham de depor no processo. A

[122] *Id. Ibidem,* p. 244/245.

situação contrária facilitaria o conluio entre parte e testemunhas para favorecer uma das partes, em detrimento da outra, ou, na melhor das hipóteses, poderia o depoimento de uma testemunha influenciar no depoimento das demais. Da mesma forma, é desejável que as testemunhas a depor não tomem conhecimento dos depoimentos pessoais das partes, razão pela qual, na audiência trabalhista una, deverão elas permanecer fora da sala de audiências enquanto são tomados os depoimentos das partes, sendo chamada uma testemunha de cada vez para depor. Exceto na situação em que parte das testemunha será ouvida por carta precatória ou na produção antecipada de provas, nos casos previstos em lei, a tomada de depoimentos das testemunhas deve ocorrer em uma única audiência. Havendo necessidade de adiamento da audiência para a oitiva de testemunha ausente, as demais deverão comparecer na próxima data agendada, não sendo seu depoimento tomado de antemão. A oitiva das partes na mesma audiência, embora desejável, não chega a ser indispensável. Na realidade, muitas vezes, apenas os depoimentos pessoais das partes tornam incontroversos os fatos relevantes para o deslinde do feito, dispensando a oitiva de testemunhas. Assim, avaliando o juiz que o depoimento pessoal das partes poderá ser suficiente para tornar os fatos incontroversos, em situações de pequenas divergências nas narrativas da inicial e da defesa, os princípios da celeridade e da economia processuais aconselham seja desde logo tomado tais depoimentos e, subsistindo divergências, seja, então, designada a audiência para oitiva das testemunhas, estas sim, de uma única assentada.

Os limites territoriais da jurisdição impedem que o juiz da Vara do Trabalho determine o comparecimento das testemunhas à audiência, sob pena de multa e condução coercitiva, quando residem elas fora desses limites territoriais. Assim, comparecendo a depor de forma espontânea a testemunha que reside fora dos limites da competência territorial da Vara, será ela ouvida normalmente. Porém, não havendo o comparecimento espontâneo, sua oitiva deverá ser requisitada por carta, nos termos do artigo 200 do CPC, cujo texto

estabelece que os atos processuais serão cumpridos por ordem judicial ou requisitados por carta, conforme hajam de realizar-se dentro ou fora dos limites territoriais da comarca.

Tampouco há incompatibilidade entre as normas do direito processual do trabalho e seus princípios com o artigo 847 da CLT, que prevê a produção antecipada de prova oral, antes mesmo da propositura da ação ou em seu curso, mas antes da audiência de instrução, quando a parte ou testemunha a ser ouvida se tiver de ausentar-se ou se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que, ao tempo da prova, já não mais exista ou esteja impossibilitada de depor.

Ao contrário do que prevê a legislação processual civil, o processo do trabalho não determina a apresentação antecipada de rol de testemunhas, prevendo o artigo 825 da CLT que as testemunhas comparecerão à audiência independentemente de notificação ou intimação e as que não comparecerem serão intimadas, de ofício ou a requerimento da parte, ficando sujeitas a condução coercitiva, além de multa, caso, sem motivo justificado, não atendam à intimação. Claro está que as cominações referentes à testemunha recalcitrante somente se aplicam àquela intimada judicialmente para comparecimento perante o juízo para prestar depoimento, não tendo o mero convite da parte o condão de instituir obrigação legal de comparecimento da testemunha, a ser penalizada, em caso de não comparecimento, com a aplicação de multa e condução coercitiva. Na mesma direção, prevê o artigo 845 da CLT que o autor e o réu comparecerão à audiência acompanhados das suas testemunhas.

As disposições concernentes ao rito sumaríssimo também prevêem o comparecimento espontâneo das testemunhas, conforme estabelecido no §2º do artigo 852-H da CLT. O §3º do referido artigo, porém, estabelece que só será deferida intimação de testemunha que, comprovadamente convidada, deixar de comparecer. Estando o feito submetido ao rito sumaríssimo,

portanto, caberá à parte providenciar comprovante de convite da testemunha para garantir seu direito à intimação judicial – e consequente adiamento da audiência – caso a testemunha convidada não compareça espontaneamente. Por outro lado, não há como extrapolar tal exigência legal aos feitos que tramitam sob rito ordinário. A jurisprudência não discorda dessa interpretação, conforme exemplifica o acórdão nº 20111324224, da 12ª Turma do TRT da Segunda Região, de 06/10/2011, publicado no D.O.E. em 14/10/2011, referente ao processo 20110196990 e tendo por relator o desembargador Marcelo Freire Gonçalves, cuja ementa diz: *"No rito ordinário no Processo do Trabalho não há previsão legal de que a parte seja obrigada a comprovar que convidou sua testemunha para prestar depoimento em audiência, para só então poder gozar do direito de que seja feita intimação da testemunha de ofício ou a seu pedido, com o adiamento da audiência. O Parágrafo Único do artigo 825 da CLT, diferentemente do artigo 852-H, parágrafo 3º, este último aplicado apenas ao rito sumaríssimo, não traz qualquer previsão de que haja necessidade de comprovação formal do convite feito à testemunha. (...)"*[123]

A informalidade do convite à testemunha no rito ordinário, por outro lado, abre a possibilidade de a parte a que interessar eventual protelação no curso do processo obter indevido adiamento da audiência, pois bastaria afirmar que foi realizado convite à testemunha e que, mesmo assim, a testemunha não compareceu. Da mesma forma, o referido comportamento poderia ser utilizado para que o feito não fosse instruído e julgado por determinado magistrado, cujo entendimento em dada matéria de direito é sabidamente contrário àquele defendido pela parte em dada ação. Por certo, a má-fé não se presume e deve ser provada. Havendo provas de que a parte se utilizou de forma indevida do permissivo legal, estaria caracterizado o abuso de direito, com as consequentes

[123] Acórdão nº 20111324224, da 12ª Turma do TRT da Segunda Região, de 06/10/2011, publicado no D.O.E. em 14/10/2011, referente ao processo 20110196990.

punições daí advindas, inclusive condenação por litigância de má-fé. Mesmo havendo a utilização legalmente prevista do quanto disposto no artigo 825 da CLT, a prática forense tem mostrado que a formalização da intimação das testemunhas antes da audiência representa medida de grande impacto na celeridade processual, em atendimento ao princípio erigido em norma constitucional pelo inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, do direito à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Por essa razão, muitos magistrados de primeira instância tem determinado às partes, por meio de despacho anterior à audiência, que apresentem o rol das testemunhas que pretendem ouvir para comprovação de suas alegações, para que tais testemunhas sejam intimadas judicialmente a comparecer na data aprazada, sob as penas da lei.

Em princípio, a jurisprudência dos Tribunais Regionais considerou não ser possível a imposição à parte da apresentação de rol de testemunhas, ante os explícitos termos do artigo 825 da CLT. Porém, algumas Turmas julgadoras tem considerado ser aplicável o referido artigo apenas quando não há determinação judicial para apresentação de rol de testemunhas em momento anterior à audiência. Nesse sentido, o Acórdão nº: 20090414920, da 11ª Turma do TRT da Segunda Região, referente ao processo nº 00875200804402000, tendo por relator o desembargador Carlos Francisco Berardo, rejeitou preliminar de nulidade processual por cerceamento de defesa arguida pela parte que pretendeu o adiamento da audiência por ausência de sua testemunha, o que foi indeferido pelo juízo de primeiro grau, sob o argumento de que houvera determinação, não atendida pela parte, de apresentação de rol de testemunha, cominada a pena de oitiva apenas daquelas que se apresentassem espontaneamente à audiência, com preclusão[124]. Em sede de decisão a embargos de declaração opostos contra o referido acórdão, o relator

[124] Acórdão nº: 20090414920, da 11ª Turma do TRT da Segunda Região, de 26/05/2009, referente ao processo nº 00875200804402000

salientou que: *"A interpretação estrita e isolada pretendida pela recorrente, ao art. 825 da CLT não se coaduna com a interpretação sistemática dos dispositivos legais. Inclusive do art. 765 da CLT. Na realidade, não houve cerceamento já que a ora embargante, de antemão, estava ciente quanto às testemunhas. Ademais trata-se de questão de direito. O juízo cumpriu, assim, o disposto no art. 765, da CLT., velando pelo rápido andamento da causa (ou, segundo o art. 125, inciso II, do CPC., velando pela rápida solução do litígio). Consta, da Constituição Federal, o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LVIII). Está assegurado, portanto, o direito a que o processo seja justamente conduzido, com observância da igualdade das partes; os direitos de prova e de ampla defesa; do contraditório e de aplicação de todos os demais princípios processuais. E, além destes, a de que a prestação jurisdicional seja entregue em espaço de tempo que não exceda o necessário, nem comporte atos dispensáveis. A exteriorização constitucional daquilo que já constava da legislação infraconstitucional, consagrou a outorga, ao juiz, que dirige o processo, a função de coordenador e a responsabilidade "proativa" de coartar toda e qualquer providência não-necessária à entrega da solução do litígio, que não seja de forma justa e em tempo razoável. Assim, tanto o direito de prova como o de ampla defesa, encontra os limites exatamente nos demais direitos assegurados constitucionalmente. E não reúnem amplitude desmesurada."*[125] A interpretação sistemática do artigo 825 da CLT conduz à conclusão de que sua previsão apresenta apenas uma dentre as várias possibilidades de condução do processo, em relação ao requerimento pelas partes de oitiva de testemunhas. É possível supor que tal procedimento, na época em que foi instituído, representava economia e celeridade processuais, com importante diminuição das formalidades próprias do processo civil. Porém, na época atual, não mais produz tais efeitos de forma incondicional, sendo certo que pode o magistrado determinar outros

[125] Acórdão nº: 20090602565326-ED, Processo TRT/SP Nº: 00875200804402000, de 04/08/2009.

procedimentos que melhor atendam aos princípios da celeridade e da economia processuais, desde que seja dada ciência às partes com a devida antecedência e pelos meios próprios. De qualquer forma, uma vez arroladas as testemunhas, sua substituição somente será possível quando verificadas as hipóteses do artigo 408 do CPC, quais sejam, falecimento da testemunha; falta de condições de depor por adoecimento; ou mudança de endereço, sem possibilidade de ser encontrada pelo Oficial de Justiça.[126]

Havendo o adiamento, nos termos do artigo 825 da CLT, poderá a parte comprometer-se a comparecer à audiência futura acompanhada de suas testemunhas, sem necessidade de intimação judicial, sob pena de preclusão, situação, inclusive, prevista no §1º do artigo 412 do CPC, não havendo incompatibilidade do referido dispositivo processual civil com os preceitos do processo trabalhista. Do contrário, deverá informar a qualificação da testemunha e seu endereço para intimação. A não apresentação dos dados necessários à intimação da testemunha implica o indeferimento de sua oitiva, por impossibilidade, exceto se comparecer espontaneamente à audiência designada em prosseguimento. Por outro lado, a Consolidação das Normas da Corregedoria do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em seu artigo 305 faculta às partes a entrega das intimações às suas testemunhas, salvo determinação judicial contrária. Assim, não possuindo a parte a qualificação e o endereço da testemunha, necessários a sua intimação postal ou por Oficial de Justiça, mas tendo contato direto com a testemunha, poderá requerer a expedição de intimação a ser entregue em mãos. A validade das cominações

[126] Como exemplo de jurisprudência nesse sentido, cita o Acórdão nº 20101253820, da 3ª Turma do TRT da Segunda Região; de 23/11/2010, publicado no D.O.E. de 06/12/2010, referente ao Processo nº 20080753722, tendo por relator o juiz Antero Arantes Martins*: "Cerceamento de defesa. Indeferimento de oitiva de testemunha não arrolada. Não caracterizado. Uma vez arroladas as testemunhas, estas encontram-se vinculadas ao processo, sendo que sua substituição somente pode dar-se nos casos expressamente previstos no art. 408, do Código de Processo Civil. O Juízo de origem indeferiu a oitiva justamente porque não comprovadas as exceções previstas no referido dispositivo legal."*

contidas na intimação estará condicionada à comprovação da entrega e da residência da testemunha nos limites da competência territorial da Vara.

O artigo 820 da CLT diz que as partes e testemunhas serão inquiridas pelo juiz e acrescenta, em redação bastante deficiente, que poderão ser reinquiridas, por seu intermédio, a requerimento dos juízes classistas[127], das partes, seus representantes ou advogados. Os dispositivos do processo civil concernentes à inquirição das testemunhas podem e devem ser utilizados de forma a complementar o dispositivo processual trabalhista. O artigo 416 do CPC dispõe que o juiz interrogará a testemunha sobre os fatos articulados, cabendo, primeiro à parte que a arrolou e depois à parte contrária, formular perguntas tendentes a esclarecer ou completar o depoimento. O mesmo artigo, em seus parágrafos, estipula que as partes devem tratar as testemunhas com urbanidade, não lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias, e que as perguntas indeferidas pelo juiz serão obrigatoriamente transcritas no termo, se a parte o requerer. São impertinentes as perguntas que não tratem de questões discutidas no âmbito do processo. Tampouco cabem perguntas sobre fatos notórios; afirmados por uma das partes e confessados pela parte contrária; admitidos no processo como incontroversos e aqueles em cujo favor milite presunção legal de existência ou veracidade, pois tais classes de fatos não dependem de provas, conforme prevê o artigo 334 do CPC. Igualmente, não cabem perguntas sobre fatos irrelevantes, ou seja, aqueles que, embora digam respeito às questões debatidas no feito, não possuem alcance suficiente para influir na decisão a ser tomada. O juiz possui não só o poder, mas mesmo o dever de indeferir tais perguntas, pois a ele compete velar pela celeridade processual e pela ordem e decoro na audiência. Nesse sentido, tem seguido a jurisprudência regional trabalhista. Como exemplo, cita-se o Acórdão nº: 20120759157, da 10ª Turma do TRT da

[127] A menção aos juízes classistas encontra-se superada com a extinção da representação classista na Justiça do Trabalho pela E. C. nº 24, de 09.12.1999.

Segunda Região, de 03/07/2012, publicado no D.O.E. de 12/07/2012, referente ao processo nº 20120027699 tendo por relatora a desembargadora Marta Casadei Momezzo, cuja ementa salienta: "*De acordo com o princípio do poder instrutório, o Julgador conduz a instrução e a tomada dos depoimentos, bem como as demais providências, de forma a trazer aos autos as provas necessárias ao exame dos fatos controvertidos, bem como pode indeferir ou limitar as perguntas, às partes ou às testemunhas, que repute indevidas ou desnecessárias. As provas que o autor tencionava produzir em audiência se mostraram desnecessárias, vez que as questões que pretendia provar já se evidenciavam nos autos e em nada influenciaram o convencimento do magistrado.*"[128]

Outra razão capaz de levar ao indeferimento de pergunta formulada pela parte ou por seu advogado a ser direcionada à testemunha é a indução da resposta que melhor atenda aos interesses da parte, ou seja, perguntas que já contenham em sua formulação a resposta desejada. Um exemplo de como a jurisprudência tem tratado tais perguntas pode ser visto no Acórdão nº 20120663508, da 17ª Turma do TRT da Segunda Região, de 05/06/2012, publicado no D.O.E. de 18/06/2012 , referente ao processo nº 20110267367 e tendo por relator o desembargador Álvaro Alves Nôga, cuja ementa diz: "*INDUÇÃO DE TESTEMUNHA. VEDAÇÃO LEGAL. INDEFERIMENTO NECESSÁRIO. Quando feita pergunta pela parte à testemunha, e esta já contém a essência da resposta que se pretendia obter, constitui-se em verdadeira indução à testemunha, pelo que não pode ser conhecida, devendo ser rejeitada, a fim de não contaminar o processo que se deslinda.*"[129]

---

[128] Acórdão nº: 20120759157, da 10ª Turma do TRT da Segunda Região, de 03/07/2012, publicado no D.O.E. de 12/07/2012, referente ao processo nº 20120027699.
[129] Acórdão nº 20120663508, da 17ª Turma do TRT da Segunda Região, de 05/06/2012, publicado no D.O.E. de 18/06/2012 , referente ao processo nº 20110267367.

Toda testemunha, antes de prestar o compromisso legal, será qualificada, indicando o nome, nacionalidade, profissão, idade, residência, e, quando empregada, o tempo de serviço prestado ao empregador, ficando sujeita, em caso de falsidade, às leis penais, conforme prevê o artigo 828 da CLT. O fato de a testemunha não portar documento de identidade quando de seu comparecimento à audiência não é, por si só, motivo suficiente para a impedir de depor, sendo que, não reconhecida pela parte contraria àquela que chamou a testemunha a depor, poderá comprovar sua identidade com o comparecimento posterior, munida de documentos, ou outros meios de confirmação de sua identidade, nos termos da lei[130].

O artigo 829 da Consolidação, por seu turno, estabelece os casos de suspeição da testemunha, dizendo que, aquela que for parente até o terceiro grau civil, amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes, não prestará compromisso, e seu depoimento valerá como simples informação, ficando a cargo do juiz decidir se tomará ou não o depoimento da testemunha, conforme

---

[130] Nesse sentido, indica a jurisprudência: RECURSO ORDINÁRIO. DATA DE JULGAMENTO: 17/07/2012. RELATOR(A): SERGIO WINNIK. REVISOR(A): PAULO SÉRGIO JAKUTIS. ACÓRDÃO Nº: 20120806490. PROCESSO Nº: 20120040252. ANO: 2012. TURMA: 4ª. DATA DE PUBLICAÇÃO: 27/07/2012. EMENTA:*Indeferimento de oitiva de testemunha por ausência de documento de identidade. Cerceamento de defesa. Em razão do princípio da primazia da realidade e da circunstância de a maioria das controvérsias girarem em torno de matéria fática, a prova testemunhal é fundamental no processo do trabalho e muitas vezes contribui para afastar o envoltório formal existente fazendo prevalecer a realidade fática havida durante a relação entre as partes. A ausência de oitiva de testemunha sob o fundamento de não portar documento no momento de realização da audiência caracteriza cerceamento de defesa e afasta o Juízo da finalidade primordial do processo do trabalho que é a busca da verdade real. Tal irregularidade, caso assim entenda o Juízo, pode ser sanada no processo, seja pelo adiamento da audiência, seja pela determinação de ratificação do depoimento pelo comparecimento posterior da testemunha em Juízo, afastando o excesso de formalismo e priorizando a simplicidade inerente ao processo do trabalho. Ademais, inexiste dispositivo legal que imponha à pessoa arrolada como testemunha que apresente carteira de identidade ou documento similar antes de prestar depoimento. Note-se que os arts. 414 do CPC e 828 da CLT dispõem que a qualificação da testemunha no termo de depoimento ocorrerá a partir dos dados que ela própria indicar, tais como nome, nacionalidade, profissão, residência, estado civil dentre outros. Desta feita, somente em havendo fundada dúvida acerca da real identidade da testemunha é que pode lhe ser imposto pelo Juízo que a comprove, no prazo que for fixado para tanto. Preliminar de nulidade acolhida.*

tem decidido a jurisprudência[131]. De forma supletiva ao estabelecido pelo artigo celetista, o artigo 405 do CPC esclarece que podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. Seu §1º define como incapazes: I - o interdito por demência; II - 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; III - o menor de 16 (dezesseis) anos; IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam. O § 2º define por 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. Por fim, o § 3º define por 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. O § 4º do mesmo artigo estipula que o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas somente se estritamente necessário, sendo os seus depoimentos prestados independentemente de compromisso, cabendo ao julgador atribuir-lhes o valor que possam merecer, em conjunto com os demais elementos constantes dos autos.

---

[131] Acórdão : 20120812945 Turma: 03 Data Julg.: 17/07/2012 Data Pub.: 31/07/2012, Processo : 20120040463, Relator: MARGOTH GIACOMAZZI MARTINS. *Cerceamento de Prova. Inexistência. Detectada a existência de amizade íntima entre o obreiro e a testemunha por ele arrolada, entende-se configurada a hipótese de suspeição, prevista nos artigos 829 da CLT e 405, parágrafo 3º, inciso III, do CPC, não estando o Julgador obrigado a colher o depoimento da testemunha na condição de informante (parágrafo 4º do art. 405 do CPC). Recurso improvido.*

A Súmula 357 do TST cristaliza o entendimento jurisprudencial de que não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou de ter litigado contra o mesmo empregador. Ainda que os pedidos formulados pela testemunha contra a empresa estejam fundados nos mesmos fatos, não há como presumir a suspeição. Tampouco há suspeição de testemunha arrolada pela empresa que prossegue sendo empregado da empresa em litígio. O exercício de cargo de gestão, que não se confunde com mero cargo de confiança, no entanto, deve ser cuidadosamente apreciado pelo juiz, diante de eventual comprometimento da testemunha com o gerenciamento da empresa, muitas vezes sendo o responsável pelos atos inquinados de ilícitos pelo autor da ação. Alguns julgados tem considerado suspeita, por troca de favores, a testemunha que move ação contra a mesma empresa e que tenha arrolado o autor como sua testemunha em sua própria ação.[132]

A apresentação de contradita pela parte à testemunha da parte contrária está disciplinada pelo §1º do artigo 414 do CPC, que dispõe ser lícito à parte contraditar a testemunha, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição. Se a testemunha negar os fatos que lhe são imputados, a parte poderá provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até três, apresentadas no ato e inquiridas em separado. Sendo provados ou confessados os fatos, o juiz dispensará a testemunha, ou lhe tomará o depoimento, se

---

[132] RECURSO ORDINÁRIO. DATA DE JULGAMENTO**:** 28/08/2012. RELATOR(A): ANA MARIA CONTRUCCI. ACÓRDÃO Nº: 20121015860. PROCESSO Nº: 20120045036. ANO: 2012. TURMA: 3ª. DATA DE PUBLICAÇÃO: 04/09/2012. PARTES: RECORRENTE(S): Verzani & Sandrini LTDA. RECORRIDO(S): Edson Moraes Santana e Frei Caneca Shopping & Conv Center LTDA. **EMENTA:** *Testemunha suspeita. Troca de favores. É suspeita e sem isenção de ânimo a testemunha que moveu ação contra a mesma ré e convidou o reclamante deste processo para ser sua testemunha naquele feito*. Em sentido contrário: TIPO: RECURSO ORDINÁRIO. DATA DE JULGAMENTO: 18/09/2012. RELATOR(A): RAFAEL E. PUGLIESE RIBEIRO. ACÓRDÃO Nº: 20121094639. PROCESSO Nº: 20120026972 ANO: 2012 TURMA: 6ª. DATA DE PUBLICAÇÃO: 24/09/2012. RECORRENTE(S): Viação Cometa S.A. RECORRIDO(S): Luiz Francisco Xavier da Silva. **EMENTA:** *Testemunhas. Troca de favor. Depor em Juízo não pode significar um "favor" quando a lei define a testificação um serviço público (CPC, 419, parágrafo único) e não consente com escusa contra o dever de colaborar com o Poder Judiciário (CPC, 339). O simples fato de uma parte depor como testemunha no processo de outro litigante não é causa de suspeição*.

estritamente necessário e dando-lhe o valor que puder apresentar, conforme disposto no art. 405, § 4º do CPC.

Embora não se admita que a testemunha se esquive de responder o que lhe é perguntado pelo juiz[133], há fatos sobre os quais ela não é obrigada a depor. Dispõe o artigo 406 do CPC que a testemunha não é obrigada a depor sobre fatos que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consangüíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau; ou a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo. Alegando tais motivos, a testemunha poderá requerer ao juiz que a escuse de depor. O §2º do artigo 414 estabelece que, neste caso, ouvidas as partes, o juiz decidirá de plano.

[133] Cite-se, por exemplo, a seguinte decisão: Acórdão: 20080566876. Turma: 04. Data Julg.: 24/06/2008. Data Pub.: 04/07/2008. Processo : 20080334770. Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS. *TESTEMUNHA INDUSTRIADA. DISPENSA. CERCEAMENTO NÃO CONFIGURADO. Revela-se industriada, e portanto, imprestável para influir na formação da convicção do Juízo, testemunha que reiteradamente advertida, recusa-se a responder às indagações do magistrado, insistindo em responder o que não lhe foi perguntado. A dispensa do testemunho, nessas condições, atende ao preceituado no art. 765 da CLT, não configurando cerceamento e tampouco qualquer nulidade processual.*

V. FATO, PROVA, INTERPRETAÇÃO

Entre a história misteriosa de uma produção textual e o curso incontrolável de suas interpretações futuras, o texto enquanto tal representa uma presença confortável, o ponto ao qual nos agarramos.

Umberto Eco

O capítulo anterior dedicou-se a explorar de forma sucinta a legislação que rege a produção das provas judiciais no âmbito do processo do trabalho. Em tal legislação, existem diversos procedimentos a trazer ao processo e ao conhecimento do juiz os *fatos* que fundamentam o pedido formulado pelo autor contra o réu e aqueles que servem de fundamento à defesa do réu. Pode tratar-se de diferentes versões de uma mesma realidade fática ou de conjuntos de fatos de ordem diversa, uns contrapostos aos outros. Subjaz à legislação sobre a produção da prova judicial uma certa imprecisão quanto ao conceito de *fato* e quanto a natureza *ontológica* dos fatos que seriam o objeto da prova. O paradigma tradicional do direito, universo em que se desenvolvem as teorias tanto do positivismo jurídico quanto do jusnaturalismo e das formas modernas de direito natural, é dominante na legislação e respalda essa visão de *fato* como algo dado e cuja veracidade caberá ser apurada no processo, mediante a utilização dos meios legais de prova. A descrença contemporânea nos pressupostos filosóficos que sustentam tal paradigma torna simplista e ingênua essa concepção de *fato* no processo judicial. No presente capítulo, o aporte da filosofia analítica e da hermenêutica filosófica será tangenciado para a busca

de uma compreensão mais profunda das relações entre o processo judicial e a realidade fática a que as discussões que nele se desenvolve se referem. As questões ligadas aos fatos relevantes para o processo também envolvem a produção e a interpretação das provas processuais e a construção do *caso* cuja solução se busca no âmbito do processo judicial.

V.1. Fatos brutos e fatos institucionais

Em um artigo dedicado a discutir o que é uma instituição, John Searle discute, na esteira da distinção já feita por Elizabeth Anscombe, a distinção entre fatos brutos e fatos institucionais, discussão que pode ser de valia para aclarar o que é considerado usualmente um *fato* e como pode ser ele entendido no contexto do processo judicial. Searle inicia seu texto afirmando que, em seu tempo de graduação, a economia era ensinada como se fosse uma espécie de ciência da natureza. O objeto da economia seria distinto daquele da física na mesma proporção que assim também o seriam os objetos da biologia ou da química. Assim, quando um professor ensinava que a poupança equivale ao investimento, o fazia com a mesma entonação de quando outro dizia que força é igual a massa vezes a aceleração. No entanto, as teorias econômicas descrevem uma realidade dependente das crenças e atitudes humanas, ao contrário da química ou da física. É certo que, ao longo do século XX houve a percepção por parte de muitos autores sobre o caráter institucional dos fatos estudados pela economia, mas, para Searle, ainda resta uma certa obscuridade na literatura acerca do que seria exatamente uma instituição.[134]

Ainda que toda a tradição ocidental do pensamento social e político tenha descrito as instituições humanas e sua forma de funcionamento, Searle ressalta que a toda essa tradição ocorria um problema comum, qual seja, tomarem a linguagem como um dado. Ao assumir a linguagem como um elemento de fundo através do qual seria possível perguntar-se sobre a natureza e o funcionamento das instituições humanas, os autores clássicos da filosofia política e da sociologia não observam que o pressuposto da linguagem traz em si o pressuposto da existência de instituições. Ao descrever o fenômeno do contrato social, por exemplo, tendo por pressuposto que as pessoas falam uma língua comum, de forma a se comunicarem e estabelecerem tal contrato, é

deixado de lado o que está implícito, ou seja, que se existe uma comunidade de pessoas falando-se umas às outras, executando atos de fala, já se tem um contrato social. Propõe, portanto, Searle que, ao invés de pressupor a linguagem e analisar a partir daí as instituições, deve-se analisar o papel da linguagem na constituição das instituições. Sua proposta é analisar a natureza dos fatos institucionais e como eles diferem de outros tipos de fatos, tomando-se por fatos institucionais aqueles que somente podem existir dadas certas instituições humanas.[135]

Para dar início a tal investigação, Searle propõe estabelecer algumas distinções gerais. Em primeiro lugar, entende essencial distinguir entre aquelas características do mundo que são totalmente independentes dos sentimentos e das atitudes humanas, características independentes do observador, daquelas que existem somente em relação às atitudes humanas. São, para o autor, independentes do observador ocorrências como força, massa, atração gravitacional, etc. Por outro lado, são relacionadas ao observador ocorrências como dinheiro, governo, propriedade, casamento, associações e eleições. Uma mesma entidade pode apresentar características dependentes e independentes do observador.Num jogo de futebol, por exemplo, a trajetória física de jogadores e da bola são características que não dependem do observador, ao passo que o jogo em si, as atitudes e intenções, as regras que fazem o jogo dependem das pessoas envolvidas. Em resumo, Searle diz que se pode dizer, de forma geral, que as ciências naturais dizem respeito aos fenômenos independentes do observador e as ciências sociais com os fenômenos dependentes do observador.

Como um teste grosseiro para aferição se um dado fenômeno é dependente ou independente do observador pode ser enunciado com a questão: poderia o fenômeno existir se nunca tivesse existido seres humanos

---

[134] SEARLE, John R. "What is an institution?". *Journal of Institutional Economics*. 2005, 1: 1, 1-22.
[135] *Id. ibidem*, p. 3

conscientes com algum estado intencional? E Searle exemplifica a resposta positiva com as placas tectônicas, a atração gravitacional e outros fenômenos da natureza. Chama a atenção, no entanto, o autor para que o teste é grosseiro, pois a intencionalidade e a consciência que servem para criar os fenômenos relacionados ao observador são, por si, fenômenos independentes do observador. O fato de que certo objeto seja considerado dinheiro é relacionado ao observador, pois o dinheiro só existe enquanto tal por conta das atitudes de observadores e participantes na instituição da moeda. Mas essas atitudes não são dependentes do observador. Uma nota de dinheiro emitida por dado país representa um dado valor e se alguém acha que aquilo não é dinheiro está apenas enganado. Caso não houvesse essa separação, as ciências sociais não seriam possíveis como estudo objetivo da sociedade e seus fenômenos.[136]

Searle propõe uma segunda distinção, necessária à sua construção do conceito de fato institucional, entre diferentes tipos de objetividade e subjetividade. A distinção proposta é entre o senso epistemológico do par objetividade-subjetividade e o senso ontológico do mesmo par lógico. Afirmações epistemologicamente objetivas são aquelas que podem ser estabelecidas como verdadeiras ou falsas de forma independente dos sentimentos e das atitudes dos formuladores ou dos intérpretes da afirmação. No entanto, soma-se a este senso epistemológico de objetividade ou subjetividade uma diferença ontológica. Algumas entidades somente existem enquanto experimentadas por seres viventes, humanos ou animais. Assim são, por exemplo, os estados mentais. Seu modo de existência requer que eles sejam experimentados por um ser humano ou por um animal, em sua subjetividade, não havendo possibilidade de falar sobre sua existência fora dessa situação. Dessas entidades se pode dizer que possuem uma ontologia subjetiva. Mas muitos fenômenos e ocorrências no mundo não dependem de sua experimentação por um ser vivente, como as montanhas, por exemplos.

[136] *Id. ibidem*, p. 4.

Dessas entidades se diz terem uma ontologia objetiva. Não se afasta, por certo, a objetividade epistemológica nas investigações sobre um domínio da subjetividade ontológica, enquanto um campo de pesquisa.[137]

No que concerne à linguagem, Searle diz ser essencial verificar exatamente sob que aspecto ela é a instituição social fundamental, de forma que se possa aferir a estrutura lógica das demais instituições sociais. Sob um ponto de vista intuitivo, é possível averiguar que a linguagem é fundamental no sentido próprio do termo, ou seja, encontra-se no fundamento mesmo das demais instituições sociais. É concebível a existência da linguagem sem a existência de outras instituições sociais, como a propriedade privada, o casamento ou o governo, mas não se pode conceber a existência dessas mesmas instituições sem a existência da linguagem. O que é mais difícil averiguar é o papel constitutivo da linguagem em cada uma das demais instituições sociais, pois a linguagem não apenas descreve uma instituição pré-existente, mas é parte constitutiva dessa realidade. Com base no exemplo do dinheiro, Searle busca explicar essa imbricação constitutiva da linguagem com as demais instituições humanas. Diz ele que a diferença ente uma faca e uma nota de vinte dólares é que a faca cortará pela própria estrutura física que apresenta, ao passo que não é em virtude de seu material ou sua estrutura física que uma nota de vinte dólares me permite comprar coisas. A função da faca pode existir ainda que ninguém se utilize de suas propriedades físicas, mas a função do dinheiro depende de seu *status* enquanto tal e isso somente pode existir em uma representação coletiva do objeto como tendo o *status* que porta sua função. Assim, uma função decorrente do *status* de um dado objeto deve ser representada como existente para, de fato, existir afinal e a linguagem ou o simbolismo de algum tipo provê os meios de representação para a própria

[137] *Loc. cit.*

configuração da existência do objeto portador da função dependente de seu *status*.[138]

Acerca da discussão sobre fato institucional e fato bruto, a filósofa analítica britânica Elizabeth Anscombe, discípula de Wittgenstein, apresenta um ponto de vista algo distinto daquele sustentado por Searle. Em seu artigo *On brute facts*[139], inicia discutindo uma proposição de Hume, que afirma consistir a verdade na concordância entre relações de ideias, como na afirmação de que vinte *shillings* fazem uma libra, ou questões de fato, como o quitandeiro me ter entregue um quilo de batatas. A partir dessas disposições, não se pode, no entanto, afirmar verdadeira a sentença de que eu devo ao quitandeiro uma dada soma de dinheiro pelas batatas entregues. Não se pode, na verdade, saltar de um "é", no caso, do fato de que eu pedi ao quitandeiro um quilo de batatas, ele me entregou as batatas e enviou-me uma conta, para um "deve". Minha dívida para com o quitandeiro neste caso consiste em fatos para além dos já mencionados? A resposta de Anscombe é negativa, não há outros fatos para além dos narrados que leva à sentença de que subsiste uma dívida para com o quitandeiro. Diz ela que alguém poderia afirmar que tal dívida consiste na ocorrência desses fatos mencionados no contexto de nossas instituições, afirmação com a qual concorda apenas parcialmente, pois alguns cuidados são necessários para sustentar essa análise corretamente. Pois a sentença de que eu devo ao quitandeiro não contém uma descrição de nossas instituições, para além daquela afirmação de que eu dei uma moeda a alguém contém uma descrição da instituição do dinheiro ou do sistema monetário de um dado país. Por outro lado, estas instituições ou outras muito similares são necessárias como pano de fundo para se definir de que tipo de afirmação se trata cada exemplo acima. Porém, dado o referido pano de fundo, os fatos

---

[138] *Id. ibidem*, p. 12.
[139] ANSCOMBE, G. E. M. "On brute facts". *Analysis*, vol. 18, nº 3: (jan. 1958), p. 69-72. (Oxford Journals – Oxford University Press). O texto a seguir expõe, de forma o mais fiel possível, a argumentação de Anscombe no referido artigo, razão pela qual não serão feitas outras referências, exceto no caso de citações literais.

narrados não necessariamente remontam à dívida para com o quitandeiro de tal ou qual soma de dinheiro. Determinadas circunstâncias poderiam alterar a interpretação dos fatos, de modo que não subsistiria a dívida. O pedido das batatas e sua entrega pelo quitandeiro poderiam, por exemplo, fazer parte de uma montagem cinematográfica, de sorte que não haveria que se falar em dívida, ainda que as batatas fossem consumidas ou que o quitandeiro deixasse lá as batatas, dizendo que eu poderia ficar com elas ou apenas não se importasse mais com elas e a questão de sua destinação não fosse mais trazida à baila. Assim, o fato de que alguma coisa seja feita em uma dada sociedade com certas instituições, no contexto do que ordinariamente ocorre em que uma tal situação represente uma transação não consiste em prova absoluta de que uma tal transação tenha efetivamente ocorrido.

À pergunta se a intenção é o que faz a diferença, Anscombe responde negativamente, se se considera a intenção como puramente interior. Para ela, na verdade, o que ordinariamente conta como uma tal transação é a ocorrência da referida transação, a menos que um contexto especial lhe atribua um caráter diferente. Não se pode, no entanto, incluir no rol dos contextos que atribuiriam diferente significado à transação o fato de eu não poder, de forma independente de minha vontade, pagar a dívida contraída. Em tal circunstância, prossegue sendo verdadeiro que existe uma dívida para com o quitandeiro pela entrega das batatas. Não há, por sua vez, necessidade alguma de se procurar por um contexto especial para a se assegurar que não há nenhum que possa fazer uma diferença efetiva, pois ordinariamente não existe tal contexto de excepcionalidade e ele, em todo o caso, provavelmente apareceria prontamente ao observador, ainda que nem sempre. De qualquer forma, o logro é sempre possível. Não é, no entanto, teoricamente possível fazer uma previsão de antemão para excetuar todos os casos extraordinários. É sempre possível, em tese, supor ainda uma outra situação especial para cada situação especial, de forma a alterar, mais uma vez, o significado de um dado conjunto de fatos naquele contexto.

Retornando-se à afirmação de que dever ao quitandeiro consiste na ocorrência daquele conjunto de fatos já narrados, no contexto usual de nossas instituições, há que se notar a mesma ocorrência em relação aos fatos em si. Ou seja, um conjunto de eventos como encomendar e entregar batatas e algo como uma conta a ser paga somente adquirem significado enquanto tal no contexto de nossas instituições.

Não há, no entanto, algo como uma descrição exaustiva de todas as circunstâncias que teoricamente poderiam prejudicar a descrição de uma ação de deixar um quilo de batatas na minha casa como me suprir com um quilo de batatas. Se fosse possível, redundaria numa explicação meramente circular, sem representar efetivamente uma exposição do significado da sentença. No entanto, sabe-se perfeitamente bem quando o quitandeiro supre alguém com um quilo de batatas. Da exposição acima, Anscombe conclui que: *"Every description presupposes a context of normal procedure, but that context is not even implicitly described by the description. Exceptional circumstances could always make a difference, but they do not come into consideration without reason."*[140]

Com este passo, Anscombe demonstra a fragilidade das conjecturas sobre a possibilidade de descrição de um dado evento por meio da narrativa de fatos brutos, pois não se pode abstrair nenhum fato de seu contexto de ocorrência, que está pressuposto, ainda que não descrito, mesmo implicitamente, por qualquer descrição do evento. A partir deste ponto, o texto irá discutir a relatividade do conceito de fato bruto e de fato institucional. Anscombe prossegue dizendo que, comparado com o ato de me suprir de batatas, pode-se dizer que alguém levar um quilo de batatas até minha casa e lá as deixar é um *fato bruto*. Porém, se comparado com o fato de que eu devo ao

[140] *Id. ibidem*, p. 71. Em uma tradução livre: *"Toda descrição pressupõe um contexto de procedimento normal, mas este contexto não é nem implicitamente descrito pela descrição. Circunstâncias excepcionais podem sempre fazer diferença, mas não são levadas em consideração sem uma razão."*

quitandeiro uma dada soma de dinheiro pelo suprimento de batatas, o ato de me suprir de batatas é, em si, um fato bruto. Para um lado ou para outro, há sempre a possibilidade de se prospectar fatos brutos em relação aos fatos considerados, bem como tais fatos serão, para outros fatos, fatos brutos que compõe o conjunto dos fatos que dão ensejo àquela situação.

Anscombe conclui estabelecendo algumas relações que, ao menos algumas vezes, ocorrem entre a descrição *A* e descrições *xyz*, de fatos que são brutos em relação ao fato descrito por *A*. (1) Há um espectro de conjuntos de tais descrições *xyz* tais que algum conjunto do espectro deve ser verdadeiro se a descrição *A* há de ser verdadeira. Mas o espectro pode ser apenas grosseiramente indicado e o modo de indicá-lo é dando alguns exemplos. (2) A existência da descrição *A* na linguagem em que ocorre pressupõe um contexto, que será chamado "a instituição por trás de *A*"; esse contexto pode ou não ser pressuposto para os elementos na descrição *xyz*. Por exemplo, a instituição de comprar e vender é pressuposto para a descrição "enviar uma conta" tanto quanto para a descrição "ser devedor por bens recebidos", mas não para a descrição "suprir de batatas". (3) *A* não é uma descrição da instituição por trás de *A*. (4) Se algum conjunto ocorre do espectro de conjuntos de descrições algum dos quais deve ter lugar se *A* ocorre e se existe a instituição por trás de *A*, então, "em circunstâncias normais", *A* tem lugar. O significado de "em circunstâncias normais" somente pode ser indicado grosseiramente dando-se exemplos de circunstâncias excepcionais nas quais *A* não ocorreria. (5) Afirmar a verdade de *A* não é afirmar que as circunstâncias sejam "normais"; mas se se pede para justificar *A*, a verdade da descrição *xyz* é, em circunstâncias normais, uma justificação adequada: *A* não é verificado por nenhum fato mais além. (6) Se *A* engendra alguma outra descrição *B*, então *xyz* não pode, em geral, ser dito engendrando *B*, mas *xyz* juntos com a normalidade das circunstâncias relacionadas com tais descrições de *A* pode ser dito como ensejando *B*. Por exemplo: "Ele me supriu com batatas" engendra "As batatas passaram à minha posse". Para além, "Ele trouxe as batatas para minha casa e

as deixou lá" é, em circunstancias normais, uma justificação adequada para dizer "Ele me supriu com batatas"; solicitado a dizer no que consiste sua ação de me suprir com batatas, alguém normalmente não teria nenhum outro fato mais a acrescentar. (Não se poderia mencionar todas as coisas que *não* são o caso, que poderiam ter feito diferença se tivessem ocorrido.) Mas "Ele transportou batatas para a minha casa e as deixou lá" *não* engendra "As batatas passaram à minha posse". Por outro lado, "Ele transportou batatas para minha casa e as deixou lá e as circunstâncias são apenas as circunstâncias normais que concernem a ser suprido com bens" efetivamente engendra "As batatas passaram à minha posse."[141]

Talvez a diferença mais essencial entre os pontos de vista de Searle e de Anscombe seja a afirmação, por Searle, da existência de fatos *ontologicamente* brutos, ao passo que Anscombe postula o caráter relacional da dicotomia fato bruto/fato institucional. Para Anscombe, somente é possível falar em fato bruto para um conjunto de fatos em sua relação com outro fato que traz como pano de fundo dada instituição e ganha seu sentido em relação a este pano de fundo.

Searle reafirma sempre sua crença na existência de uma realidade objetiva que não depende, sob nenhum aspecto, da ação ou da interpretação humanas. Uma realidade que teria existido ainda que nenhum ser consciente a tivesse presenciado e que prosseguiria existindo, caso todos os seres humanos e suas instituições fossem varridos da face do mundo.[142] Portanto, haveria fatos

---

[141] *Id. ibidem*, p. 72. O parágrafo é uma versão quase literal das conclusões de Anscombe, com as devidas adaptações, em tentativa de tornar as ideias mais claras em português.

[142] *"The question that has puzzled me is, How are institutional facts possible? And what exactly is the structure of such facts? But in the intervening years some curious things have happened. Many people, including even a few whose opinions I respect, have argued that all of reality is somehow a human creation, that there are no brute facts, but only facts dependent on the human mind. Furthermore, several people have argued against our commonsense idea that there are facts in the world that make our statements are true because they correspond to the facts. So after attempting to answer my original question, How is a socially constructed reality possible? I want also to defend the contrast on which the question rests. I want to defend the idea that there*

brutos enquanto tal, sem necessidade de serem assim considerado em relação a algum outro evento ou em relação a dada realidade. São fatos brutos porque sua natureza assim o determina, independentemente da vontade ou mesmo da existência humana.

Como já discutido anteriormente, a pressuposição da existência de uma realidade objetiva independente da existência humana é de pouca valia para a compreensão até mesmo dos fenômenos da natureza, pois nenhuma observação humana sobre o que seria o mundo natural se faz sem a intermediação da linguagem e fora do contexto das instituições humanas. Mesmo os enunciados mais técnicos da física estão estreitamente relacionados com a concepção de mundo vigente quando de sua formulação e o julgamento de sua objetividade e de sua funcionalidade tecnológica dependem do paradigma científico em vigor.[143]

Mormente no âmbito das relações jurídicas e judiciais, a relatividade e a dependência que a interpretação dos fatos mantém com as instituições humanas faz com que a teoria relacional de Anscombe seja mais útil ao entendimento das ocorrências processuais ligadas à produção das provas e à construção da versão dos fatos considerada verdadeira e relevante para sustentar a construção da decisão judicial.

De qualquer modo, o modelo proposto por Searle prossegue sendo largamente considerado no âmbito das teorias jurídicas. Neil MacCormick afirma que o mundo dos seres humanos é tal que inclui não só realidades e fatos puramente físicos, mas também fatos institucionais e define fatos

---

is a reality that is totally independent of us." SEARLE, John R. *The construction of social reality*. New York: The Free Press, 1995. p. 2.

[143] KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. (trad. Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira). São Paulo: Perspectiva, 2009. (Debates; 115), *passim*. Cite-se também: *"Os êxitos da ciência, que ninguém ousa negar, parecem impressionantes apenas porque fomos condicionados a considerá-los importantes, porque nunca fomos confrontados com os êxitos obtidos graças a outros pontos de vista e porque os grandes falhanços da ciência raramente chegam aos ouvidos do grande público – incluindo os cientistas que operam em campos diferentes – senão de forma*

institucionais como aqueles que dependem da interpretação das coisas, eventos e crenças em referência a alguma moldura normativa.[144]

O universo factual considerado no processo judicial é um universo altamente institucionalizado. No âmbito do processo do trabalho, os fatos se dão contra o pano de fundo das instituições ligadas ao mundo do trabalho e são trazidos ao processo sobre o alicerce das instituições jurídico-processuais. A existência de vínculo empregatício entre um trabalhador e uma empresa, por exemplo, é um acontecimento do mundo dos fatos, que gera diversas consequências jurídicas e que somente pode ser entendido no contexto de uma estrutura institucional que dá sentido a esse evento. Não há sombra de dúvida que o vínculo empregatício é um fato institucional. Sua faticidade somente adquire algum sentido nesse contexto institucional específico. Aplicando-se o esquema proposto por Anscombe, a descrição *A*, "vínculo empregaticio", pressupõe uma série de fatos que, em relação ao vínculo empregatício poderiam ser supostos como fatos "brutos", como a continuidade, a pessoalidade, a onerosidade, a dependência econômica, a subordinação jurídica. Óbvio, porém, que cada um desses descritores assume a posição de *A* em relação a outro conjunto de fatos. Assim, a subordinação jurídica implica receber (e obedecer) ordens, realizar as tarefas determinadas pelo empregador ou por seus prepostos, da maneira que forem determinadas, etc.

Os fatos relevantes para a compreensão da lide e para sua solução jurídica, por meio da decisão judicial, são fatos constituídos no âmbito das instituições legais que regem o campo em que se desenvolvem as discussões e divergências entre as partes, bem como no âmbito das instituições legais que regem o processo de conhecimento, na área específica do direito em relação à competência material. Não existe interesse jurídico-processual por fatos da

---

gravemente distorcida." FEYERABEND, Paul K. *Diálogo sobre o método.* (trad. António Guerreiro) Lisboa: Presença, 1991. p. 48

[144] MACCORMICK, Neil. *Institutions of law: an essay in legal theory.* New York: Oxford University Press, 2009. p. 11.

realidade física – ou institucional – que não guardem uma estrita relação institucional com o quadro da normatividade a ser considerada no processo judicial.

V.2. Provas e interpretação

As discussões sobre hermenêutica e interpretação no campo do direito centram-se na interpretação da lei e dos atos jurídicos, como contratos, testamentos, etc. Existe uma grande lacuna na bibliografia acerca da interpretação das provas produzidas no âmbito judicial. Os manuais e livros de doutrina sobre processo, em geral, tratam apenas de temas como objeto e objetivo da prova, meios de prova, valoração da prova, iniciativa na produção da prova, entre outros, mas não fazem menção aos problemas de interpretação da prova que podem surgir ao se analisar o texto de um documento ou do depoimento de uma testemunha ou das partes, por exemplo.[145] Em sua pesquisa sobre a prova testemunhal, Luciane Cardoso também constatou a ocorrência de lacunas na bibliografia acerca da interpretação da prova judicial, levando a autora a considerar que, sob o aspecto de manifestações da linguagem, sujeitas às vicissitudes da atividade humana de interpretação, a problemática da interpretação do texto obtido com o depoimento da testemunha não se distingue da interpretação do próprio direito.[146]

O paradigma tradicional da dogmática jurídica trata a prova como um dado da realidade empírica[147], cabendo ao advogado de cada uma das partes

---

[145] Os manuais de direito processual citados na bibliografia são exemplos mais ou menos precisos do quanto afirmado.

[146] CARDOSO, Luciane. *Prova testemunhal: uma abordagem hermenêutica.* São Paulo: LTr, 2001. p. 19.

[147] Jan Schapp faz um interessante comentário acerca do tratamento do caso na doutrina e na filosofia do direito: *"Na bibliografia metodológica a expressão caso é em grande parte usada ingenuamente. Engisch, Hruschka e Larenz são aqueles que, em primeiro lugar, tematizam expressamente o 'caso'. Fazem-no acentuando a idéia de individualidade do caso e da tipicidade do direito. Como problema decisivo, porém, de uma doutrina do método jurídico, o caso, contudo, não é contemplado. Arriscamos uma interpretação que não resolve plenamente esta questão, mas que, contudo, talvez exponha a razão principal. A metodologia jurídica ainda hoje vem marcada, em grande parte, pela distinção kantiana entre ser e dever-ser. Esta distinção não é apenas determinante para os autores que a usam como base de suas construções, ela influencia até mesmo os autores que a discutem criticamente. Ela já se tornou, em sua força sugestiva, um hábito do pensamento que imperceptivelmente flui para dentro das considerações metodológicas e as determina. A distinção de ser e dever-ser vem subterraneamente dentro da distinção de*

buscar a interpretação da lei, inclusive da lei processual acerca da produção da prova, e argumentar sobre o acolhimento das provas à luz da interpretação da lei, conforme os interesses da parte representada. Ao juiz, incumbe a tarefa de expor seu convencimento acerca da realidade fática trazida aos autos pelas partes para, sobre o tecido dos fatos empíricos, interpretar a lei a ser aplicada a tais fatos, exarando fundamentadamente sua decisão. Os fatos são, pois, dados da realidade cuja veracidade – ou, ao menos, verossimilhança – será aferida pelo juiz, com base nas provas produzidas pelas partes ou por determinação do juiz, e nas leis processuais que regem a produção e a distribuição do ônus da prova. Constituindo-se os fatos, nesse paradigma, fragmentos da realidade e constituindo a prova o meio pelo qual os fatos são trazidos ao conhecimento do juiz tal qual ocorreram na realidade pretérita, não há espaço para maiores discussões acerca da natureza linguística da prova judicial e sua interpretação enquanto tal.

Kaufmann observa que direito natural e positivismo jurídico estão comprometidos com o conceito objetivista de conhecimento, com o conceito

---

universal e particular que possui uma história muito mais longa na tradição ocidental. O dever-ser pode ser atribuído ao universal e o ser ao particular. O ponto de partida da distinção entre ser e dever-ser tem pesadas conseqüências para a metodologia jurídica. Com ela, a metodologia entra em um dilema. Partindo deste ponto deve-se também aceitar conseqüentemente que o fosso entre ser e dever-ser é intransponível. Mas com isto não encontram solução os problemas centrais da metodologia. Dependemos, portanto, para o trabalho metodológico prático da solução deste dualismo. Mas esta solução por sua vez somente se deixa fundamentar filosoficamente, devido ao alcance filosófico desta distinção. Efetivamente também a solução provavelmente fica presa a este ponto de partida. A força da distinção é mais forte que a força da síntese. O pensamento propriamente filosófico reside na distinção e com a síntese temos mais em conta as necessidades práticas. Como conseqüência temos que as soluções metodológicas permanecem fixas na distinção e não conseguem livrar-se de seu campo de influência. Partindo da distinção entre ser e dever-ser não é possível esboçar-se uma metodologia a partir de um ponto. Se, numa concepção da metodologia, primeiramente se parte da distinção entre ser e dever-ser, parece ter que impor-se a distinção que lhe corresponderia, de realidade e direito, caso em que todos os momentos de valor são atribuídos ao direito, concebendo-se a realidade como algo puramente fático. Nesta realidade não se abrigam casos; pela falta de momentos de valor ela aparece como uma massa de ser amorfa e em qualquer sentido sem regras. Esta massa de ser apenas receberia forma através de sua relação com o patamar do direito. Esta relação pode imaginar-se de modos muito diferentes. Caso a esfera do direito ao mesmo tempo represente a idéia do direito, os fatos assumem forma através da relação com a idéia de direito. (...) A conseqüência de um tal ponto de partida e que então, nesta síntese, o trabalho propriamente dito do direito não mais se reconhece." SCHAPP, Jan. *op. cit.,* p. 33-34.

de direito substantivo-ontológico e com a ideia de um sistema fechado, dogmas contra os quais se insurgiu a hermenêutica.[148] No entanto, mesmo a hermenêutica contemporânea trata preponderantemente da interpretação da lei, deixando em espaço marginal a interpretação das provas judiciais ou a discussão sobre a relação entre fato e norma jurídica, ainda quando supera o paradigma da subsunção do fato à norma. A aproximação hermenêutica, porém, permite uma compreensão mais aprofundada das relações entre fato, prova e norma jurídica no processo judicial.

No mesmo texto citado acima, Kaufmann analisa os temas da pré-compreensão, do círculo hermenêutico, da interpretação e da construção do caso jurídico[149]. Toma o autor por base um caso julgado pela Corte Federal de Justiça da Alemanha (*Bundesgerichtshof*), em que se discute a tipificação legal de um roubo, em que o criminoso atira ácido clorídrico à face da empregada de caixa para subtrair o dinheiro que se encontrava em poder dela. A questão principal a ser decidida seria a possibilidade de equiparação do ácido clorídrico ao conceito de arma, pois a utilização de arma configuraria o roubo qualificado. Sob o ponto de vista da concepção positivista clássica, em que a interpretação da lei e a apuração dos fatos ocorrem como atos separados, não resolve o caso de forma satisfatória. Segundo o autor, apenas a "pré-compreensão", no sentido hermenêutico da expressão, acerca do fato como um crime de roubo qualificado confrontará o intérprete com a necessidade de decidir sobre a aplicação do conceito "arma" ao ácido clorídrico, pois uma pré-compreensão diversa, como tentativa de homicídio, por exemplo, afastaria a necessidade de tal decisão. Daí conclui Kaufmann que, sem pré-compreensões razoáveis não se chega aos problemas jurídicos relevantes. O círculo hermenêutico é identificável aqui: somente quando se sabe o que é um roubo

---

[148] KAUFMANN, Arthur. "A problemática da filosofia do direito ao longo da história". *In*: KAUFMANN, A. e HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.* (trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira) Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 149.
[149] *Id. ibidem*, p. 190.

qualificado, o caso concreto pode ser entendido como um caso de roubo qualificado, mas não se pode saber o que é um roubo qualificado sem a análise do caso concreto. Nas palavras de Kaufmann:

> *"A configuração de uma norma legal como 'tipo legal' (interpretação) acontece perante o caso; a configuração o caso como uma 'correlação de fatos' (construção) acontece perante a norma legal – e esta configuração é sempre um ato criativo, que precede a subsunção (se bem que, nos casos 'claros', configuração e subsunção pareçam reduzir-se a um só ato). Caso e norma são somente a 'matéria-prima' do processo metodológico, não sendo, sequer, possível fazê-los corresponder enquanto não forem trabalhados (...) A correspondência entre ambos só se torna possível após norma e caso terem sido, respectivamente, enriquecidos com empirismo e normatividade, de tal maneira que se 'correspondam', devendo tal correspondências ser fundamentada argumentativamente."*[150]

À análise supra falta um passo decisivo. Embora Kaufmann critique as posturas tradicionais, prossegue ele com uma forte tendência a considerar o fato jurídico em sua existência "física" como algo pré-existente ou consideravelmente distinto da norma jurídica a ser aplicada na solução de dada lide. As relações entre fato juridicamente relevante e norma jurídica são, porém, mais complexas.

O estudo de situações complexas muitas vezes é aclarado pelo escrutínio de casos em que ocorrem rupturas na normalidade ou no que seria esperado em dada situação. Nas fissuras do sistema podem ser observados fenômenos que ajudam a aclarar detalhes sobre o funcionamento desse sistema e que ficam obliterados pelo hábito e pela não atribuição de importância a eles. Assim, propõe-se o estudo de um caso judicial em que ocorrera uma falha na

---

[150] *Id. ibidem*, p. 191.

fase de conhecimento e que redundou em um relevante problema na fase de execução para fomentar as discussões acerca das relações entre fato e norma.

Trata-se de pedido de reintegração de trabalhador, sob o argumento de que sofre ele de doença ocupacional equiparada a acidente de trabalho. A peça inicial, distribuída em 20.04.2001, informa que o autora da ação ingressou aos serviços da empresa ré em 08.02.2000, tendo sido despedido em 21.12.2000. A peça narra que o trabalhador obteve o reconhecimento por parte do órgão previdenciário de que é portador de doença ocupacional equiparada a acidente de trabalho, com concessão do benefício a partir do dia 14.12.2000, quando em pleno vigor seu contrato de trabalho com a ré, sendo nula, portanto, sua dispensa sem justa causa. Informa, ademais, que a empresa fora omissa ao não emitir a Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT). Diante dos fatos narrados, pleiteia sua reintegração ao trabalho, bem como a complementação pela ré das diferenças entre seu salário e o benefício previdenciário recebido durante o período de afastamento. Os documentos juntados com a inicial comprovam o afastamento previdenciário referido.

A ré arguiu, em sua defesa, não haver nenhum nexo de causalidade entre as atividades do trabalhador durante seu contrato de trabalho com ela e a doença alegada na pela inicial. Sustenta ser inconstitucional a estabilidade provisória por acidente de trabalho instituída pela Lei nº 8.213/91 e que, não sendo este o entendimento do órgão julgador, tampouco faria jus o autor à estabilidade, pois o artigo 118 da referida lei não se aplica à doença ocupacional, bem como não teria o autor preenchido o requisito básico de afastamento, durante o curso do contrato de trabalho, pelo prazo superior a quinze dias, condição necessária ao reconhecimento da estabilidade previsto no referido artigo. Afirma que o autor nunca sofreu nenhuma doença que lhe acarretasse a redução da capacidade laboral, tanto que nunca se afastou do trabalho com percepção de benefício previdenciário, sempre tendo permanecido na mesma função, com igual desempenho. A ré informa que impugnou, perante o INSS, a CAT emitida pelo sindicato de classe do autor e

que não reconhece os fatos nela narrados, pois decorrentes de informação unilateral do autor. Postula a ré, ainda, em sua defesa, em caso de ser reconhecida alguma estabilidade, seja desconsiderado o período que medeia a dispensa do autor e a data de propositura da ação, pois somente a partir de tal data teria o autor manifestado interesse em sua reintegração.

Em perícia médica realizada no processo trabalhista, houve a constatação de nexo de causalidade entre a doença de que padece o trabalhador e o trabalho desenvolvido em proveito da empresa ré. Afirma o laudo, em sua conclusão, ser o autor portador de tendinite no ombro esquerdo, doença osteomuscular relacionada ao trabalho, de provável nexo causal com as atividades executadas pelo autor na empresa ré, em grau leve, não incapacitante.

Com base no resultado da perícia médica, tendo afastado as impugnações ao laudo apresentadas pela ré, a sentença de primeiro grau, em 22.10.2002, reconheceu a existência de doença ocupacional equiparada a acidente de trabalho, declarou nula a ruptura contratual havida e determinou a reintegração do autor ao emprego, nas mesmas condições anteriores ao desligamento, condenando a ré, ademais, ao pagamento das diferenças entre o benefício previdenciário recebido e o salário que deveria receber da ré, durante o afastamento previdenciário, com inclusão em folha de pagamento, sendo que, em sede de decisão a embargos de declaração opostos pela ré, o juízo de primeiro grau alterou a abrangência da condenação em diferenças salariais, fixando-as até a data limite pretendida pela inicial, mantendo, no mais, o quanto decidido em sentença.

A ré interpôs recurso ordinário buscando a reforma da sentença, com os mesmos argumentos anteriormente já oferecidos em defesa e nas impugnações ao laudo pericial. Ao recurso da ré não foi dado provimento pelo Tribunal Regional do Trabalho. O acórdão regional afastou a alegação de inconstitucionalidade do artigo 118 da Lei nº 8.213/91 e entendeu, com a sentença de primeiro grau, preenchidos os requisitos necessários ao

reconhecimento da estabilidade do autor no emprego, devendo ele ser reintegrado. Embargos de declaração contra o acórdão foram rejeitados. Contra o acórdão, a ré, então, interpôs recurso de revista, sustentado ter havido violação dos artigos 20 e 118 da Lei nº 8.213/91 pelo acórdão regional, sustentando a tese de que a exegese do artigo 118 do referida lei não pode ser entendida como a possibilidade de restaurar contrato de trabalho já extinto, limitando-se a garantir a manutenção do contrato de trabalho pelo prazo de doze meses e isso quando tiver havido, no curso do contrato de trabalho, afastamento superior a quinze dias, decorrente de acidente de trabalho, o que, segundo ela, tampouco teria ocorrido. Repisa em suas razões recursais que houve grande lapso de tempo entre a ruptura do contrato de trabalho e a propositura da ação e que *"somente em 22.10.02 (publicação da r. sentença de primeira instância), ou seja APÓS QUASE DOIS ANOS DA DISPENSA DO AUTOR* [caixa alta no original], *entendeu por bem o Poder Judiciário de conceder-lhe a pretendida estabilidade no emprego!!!!"*. Volta à carga quanto à exclusão, em caso de eventual indenização, do período transcorrido entre a dispensa e o ajuizamento da ação.

O Tribunal Regional recebeu e processou o recurso de revista da ré, com base em divergência interpretativa sobre a necessidade de afastamento previdenciário para a obtenção da estabilidade decorrente de doença ocupacional. O recurso de revista foi conhecido e provido pelo Superior Tribunal do Trabalho, em acórdão de 09.06.2010, para reformar o acórdão regional para *"...indeferir o pleito de reintegração e delimitar a condenação da reclamada ao pagamento do valor correspondente aos salários e consectários legais decorrentes da estabilidade acidentária do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade"*. O órgão julgador lançou a seguinte ementa:

> *"ESTABILIDADE PROVISÓRIA. MOLÉSTIA PROFISSIONAL. TENDINITE. NEXO CAUSAL ENTRE A ATIVIDADE LABORAL E A*

DOENÇA ADQUIRIDA. CONVERSÃO DA REINTEGRAÇÃO EM INDENIZAÇÃO.

A Corte Regional concluiu que o reclamante fazia jus à estabilidade acidentária, em face da doença ocupacional contraída durante o vínculo de emprego bem como da comprovação do nexo de causalidade entre a atividade laboral e a doença adquirida. Nesse contexto, a decisão recorrida está em conformidade com o item II da Súmula nº 378 desta Corte. Contudo, não mais sendo possível determinar a reintegração do reclamante ao emprego, porque já exaurido o período referente à estabilidade, o direito deve ser convertido em pagamento dos salários e consectários legais que seriam devidos, desde a data da despedida até o prazo final da garantia estabilitária, nos termos da Súmula nº 396, item I, do TST.

Recurso de revista conhecido e parcialmente provido."

A ré opôs embargos de declaração contra o acórdão em sede de revista, arguindo, entre outros questionamentos, a falta de fixação do termo final da indenização deferida. Os embargos foram acolhidos apenas ara prestar esclarecimentos, nos quais o relator especifica que o termo final do período de estabilidade é aquele garantido pela jurisprudência sedimentada do TST, de doze meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado. O autor não apresentou embargos de declaração ao acórdão do TST.

Ocorre, porém, que não há nos autos notícia sobre eventual alta previdenciária do autor. Transitada em julgado a decisão, em fase de liquidação de sentença, o autor apresentou cálculos considerando vigente o afastamento previdenciário e, portanto, calculando os valores vencidos da indenização até a data da apresentação de cálculos, sem prejuízo de valores vincendos, ao passo que a ré considerou o tempo de estabilidade como doze meses após a ruptura do contrato de trabalho para apresentação de seus cálculos, sem, por óbvio, cogitar de valores vincendos.

Uma série de lapsos quanto à configuração da matéria fática levou, assim, a transitar em julgado um acórdão que decidiu não ter o autor direito à reintegração, pois a lei prevê estabilidade de doze meses, tempo inferior ao transcorrido até a data do julgamento, mas que fixou o termo inicial de tal prazo de estabilidade na data do término do afastamento previdenciário, que ainda não havia ocorrido quando do trânsito em julgado da decisão.

A argumentação das partes quanto aos fatos restringiu-se à ocorrência da doença ocupacional e sua relação com o trabalho do autor para a empresa ré. Os argumentos da ré quanto ao tempo decorrido não tiveram por base o afastamento previdenciário, por ela não reconhecido como legítimo, sendo que o autor buscou apenas argumentar em favor do acerto da decisão de primeiro grau, que reconheceu seu direito à reintegração. Não questionou o autor, por meio de embargos de declaração, a conversão da estabilidade em indenização, com termo final em doze meses após a alta previdenciária.

A sentença de primeiro grau, tendo decidido pela reintegração do autor, não discutiu a vigência do afastamento previdenciário. Os fatos relevantes para a decisão do juiz em primeira instância foram a existência de doença ocupacional equiparada a acidente de trabalho e o nexo de causalidade com o trabalho do autor em proveito da ré. As discussões em sede de recurso ordinário, além desses fatos e da aplicação da lei a eles, discutiu a possibilidade de reconhecimento de doença ocupacional e consequente estabilidade após a ruptura do contrato de trabalho, concluindo que não há restrição quanto a isso e confirmando a sentença de primeiro grau. O fato relevante aí acrescido foi a época de constatação da doença ocupacional e do afastamento previdenciário, em relação ao término do contrato de trabalho.

No julgamento do recurso de revista, além dos aspectos já discutidos até então, por conta da interpretação da disposição legal quanto ao prazo para estabilidade, veio à baila o tempo transcorrido, sem, no entanto, ser levantada a questão de quando se deu ou se já havia ocorrido a alta previdenciária. Os fatos foram considerados em relação a esta pré-compreensão da lei aplicável ao caso

concreto, tendo havido uma fratura na construção da matéria fática, que resultou na não consideração por parte da Turma julgadora do recurso de revista da hipótese de ainda estar em vigor o afastamento previdenciário do autor pela reconhecida doença ocupacional.

Diz o artigo 118 da Lei nº 8.213/91, que trata do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social: *"Art. 118. O segurado que sofreu acidente de trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente."*. O dispositivo lega acima e o fundamento legal para a concessão de estabilidade provisória ao trabalhador que sofre acidente de trabalho ou padece de doença ocupacional equiparada a acidente de trabalho. A interpretação do artigo gera uma série de questões que foram, passo a passo, sendo enfrentadas pelos tribunais, formando jurisprudência já bastante abundante acerca de cada um dos questionamentos que podem surgir, como, por exemplo, da necessidade de ser segurado, da necessidade de efetiva percepção do auxílio-doença acidentário, etc.

Na narrativa dos fatos que dão fundamento a seus pedidos, o autor da ação buscou centrar sua argumentação na ocorrência de doença ocupacional equiparada a acidente de trabalho, bem como na existência de nexo de causalidade ente a doença de que padece e o trabalho realizado em proveito da empresa ré. A empresa ré, por seu turno, argumentou contra tais fatos, dizendo não padecer o autor de nenhuma doença ocupacional. Ademais, sustenta a interpretação do referido artigo 118 da Lei nº 8.213/91 no sentido da necessidade de ter havido afastamento previdenciário no curso do contrato de trabalho, por prazo superior a quinze dias, para que, assim, tivesse o trabalhador recebido o auxílio-doença acidentário e que somente aí faria jus à estabilidade provisória. Argumenta, ainda, que o autor deixou transcorrer tempo superior a um ano antes de ajuizar a ação trabalhista, demonstrando sua má-fé.

A prova foi produzida sobre a leitura da lei de que não haveria necessidade de ter ocorrido o afastamento previdenciário, pois poderia a moléstia ser constatada posteriormente, como tem sido a leitura feita pela jurisprudência acerca do dispositivo legal em destaque. Desta forma, foi realizada a perícia médica para verificação da existência de doença ocupacional e do nexo de causalidade com o trabalho realizado pelo empregado no curso de seu contrato de trabalho com a ré.

Em primeira instância, ao decidir o caso, o juiz, com base em sua leitura da lei que seria aplicada, formulou as questões de fato como a existência da doença ocupacional e o nexo de causalidade, concluindo, com base na prova pericial, que o autor era portador de doença ocupacional deflagrada por seu trabalho realizado na execução do contrato de trabalho com a ré e que faria jus, portanto, à estabilidade pleiteada. Não se tinha, à época, notícias acerca de eventual alta médica do autor, não tendo essa questão sido trazida à baila na decisão de primeiro grau. Tampouco no âmbito das discussões acerca do recurso ordinário interposto pela ré contra a decisão de primeira instância fora discutida eventual alta previdenciária e o tempo decorrido desde tal alta para a aplicação da norma que prevê a estabilidade. Prosseguiu a ré, no entanto, argumentando que o autor deixara correr muito tempo antes de ajuizar a ação, o que fora decidido em sede recursal regional sob a óptica do direito trabalhista de ação sem a restrição objetada pela ré, afastando-se os argumentos da ré.

Na passagem da sede regional para a sede superior recursal, houve uma fratura na construção da realidade fática que embasou as decisões anteriores. O recurso de revista não admite, em tese, reapreciação da matéria de fato. O recurso interposto pela ré contra o acórdão regional foi conhecido com base nas divergências jurisprudenciais acerca da forma e abrangência de aplicação do artigo 118 da Lei nº 8.213/91 e na discussão sobre a aplicação da Súmula 396 do TST, que versa sobre a conversão da estabilidade em indenização correspondente, após exaurido o prazo da estabilidade. A ré

prosseguiu argumentando contra o reconhecimento da doença ocupacional, do nexo de causalidade e do direito à reintegração, utilizando-se, como um dos argumentos, o tempo transcorrido desde a dispensa do autor até o ajuizamento da ação.

A apreciação da admissibilidade do recurso de revista pela Turma julgadora do TST já engendrou a construção de outra realidade fática diversa daquela discutida nas decisões de primeira e segunda instâncias, formulando, com base na interpretação da lei no sentido de que deve ser convertida a estabilidade m indenização correspondente após o decurso do prazo da estabilidade provisória, uma outra versão da realidade fática, em que já teria transcorrido o tempo de estabilidade, mas sem estabelecer efetivamente a data de término de tal prazo. Questionada sobre a data de término da estabilidade por meio de embargos de declaração opostos pela ré, a Turma julgadora reafirmou o entendimento do TST sobre o já citado artigo 118 e explicitado na Súmula 378, que diz ser de doze meses a estabilidade provisória por acidente de trabalho, contados da cessação do auxílio-doença acidentário. Não se tratou da data de *início* do período de estabilidade, dando-se por incontroversa matéria sequer aventada no feito.

O caso narrado acima ilustra, tanto em seu trâmite ordinário, quanto na fissura ocorrida na passagem para a apreciação do recurso de revista, que as provas são produzidas e interpretadas no contexto de um processo hermenêutico em que a legislação que se pretende aplicar à lide esteja sendo interpretada de forma simultânea à própria construção do caso e que um passo engendra o outro, em ambos os sentidos. A prova é produzida e interpretada no contexto de uma dada realidade fática que serve de suporte à aplicação de dada norma jurídica sob uma determinada interpretação de tal norma. Da mesma forma, a interpretação da norma, não anterior nem posterior à sua conformação

ao caso, coincide com a construção do caso, enquanto realidade fática carregada de possível normatividade.[151]

A compreensão desse processo hermenêutico lança luz acerca da forma de interpretação e de construção do significado dos fragmentos discursivos que constituem as provas judiciais, sejam eles documentos em seu sentido estrito, transcrições ou gravações de depoimentos de partes e testemunhas. A forma de registro ou de apresentação desses fragmentos, nesse sentido, não altera essa realidade, mas influencia na construção da argumentação acerca das provas e sua relação com a legislação que se pretenda ver aplicada ou que se pretenda aplicar. A "pré-compreensão" do caso e a decisão acerca da determinação do direito aplicável são aspectos que estipulam os parâmetros para a construção do fato relevante para a solução da lide e, portanto, guiam a produção e a interpretação da prova, na mesma medida e tempo em que a "pré-compreensão" dos fatos envolvidos na caso engendram a interpretação da norma a ser integrada na solução do caso. Forma-se algo como círculos hermenêuticos concêntricos ou que se interpenetram: a "pré-compreensão" do caso e sua confirmação; a "pré-compreensão" da norma e sua confirmação e a "pré-compreensão" do processo que, em linguagem da dogmática tradicional seria chamado de "subsunção" do caso à norma, ou seja, da interpenetração desses campos de formação de significado.

[151] Schroth observa que: *"A hermenêutica filosófica, que tem certamente condições para servir de base a uma ontologia do direito, descura de um tema central para a aplicação do direito. Na interpretação das normas, está decididamente em causa a superação da diferença entre a generalidade da norma e a singularidade do caso individual."* SCHROTH, Ulrich. "Hermenêutica filosófica e jurídica". *In*: KAUFMANN, A. e HASSEMER, W. (org.) *op. cit.*, p. 387.

V.3 Provas e argumentação

A argumentação é ínsita ao processo judicial. O autor descreve os fatos sobre os quais se funda seu pedido e argumenta para convencer o juiz – e mesmo a parte contrária e demais leitores da peça – de que os fatos ocorreram daquela maneira e a leitura que faz do direito vigente conduz ao reconhecimento da procedência de seu pedido. O réu, por seu turno, argumenta em sua defesa, seja contra os fatos narrados em inicial, buscando sustentar versão distinta dos fatos havidos, seja a favor de outra interpretação dos fatos à luz do direito vigente, de forma a afastar a pretensão do autor. Na apreciação do pedido inicial e dos argumentos das partes, o juiz apresenta sua versão dos fatos e sua interpretação do direito aplicável a tais fatos, de forma fundamentada, o que implica argumentação sobre o que o levou a crer em determinada versão dos fatos e porque sua interpretação da lei deve prevalecer como solução da lide frente às partes. A construção da interpretação da lei e dos fatos relevantes para o processo judicial é um procedimento preponderantemente argumentativo.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior observa que a decisão jurídica se vale de um discurso racional e aquele que decide, bem como os que colaboram para a tomada de decisão, buscam o atendimento de outrem. Em suas palavras:

> *"O fato de decidir juridicamente é um discurso racional, pois dele se exige fundamentação. Não deve apenas ser provado, mas* com-*provado. Esta comprovação não significa necessariamente consenso, acordo, mas sim que são obedecidas regras* sobre *a obtenção do consenso que aliás nem precisa ocorrer. Por isso, uma decisão que não conquiste a adesão dos destinatários pode ser, apesar do desacordo, um discurso fundamentante (racional). A regra suprema do discurso decisório jurídico é a do dever de prova: quem fala e afirma responde pelo que diz. Para ser racional, o discurso decisório*

> *tem de estar aberto à possibilidade de questionamento. Se, num momento final a decisão jurídica* termina *as questões conflitivas, pondo-lhes um fim, isto não quer dizer que, durante todo o processo, ela não seja argumentada."*[152]

Os procedimentos argumentativos são variados e estudados, assim como a argumentação em si, pela retórica desde a Antiguidade. A expressão argumentação jurídica, no entanto, tem sido utilizada com frequência para fazer referência a determinadas teorias sobre a interpretação e aplicação das normas legais.

Kaufmann observa que, embora a hermenêutica não esteja no âmbito da teoria da argumentação, ela a exige. Porém, não estão estreitamente ligadas a hermenêutica e a teoria da argumentação. Ao contrário, apresentam muitas divergências. Segundo o autor, a teoria da argumentação proviria da filosofia analítica, o que se pode observar na maioria dos teóricos da argumentação.[153] Embora haja divergências entre os teóricos da argumentação acerca da noção de sistema aberto, nenhum deles advoga um sistema fechado análogo aos postulados pelo direito natural e pelo positivismo jurídico. Tampouco o raciocínio subsuntivo é contemplado pela teoria da argumentação. Nas palavras de Kaufmann: "*Uma das suas descobertas mais importantes é precisamente aquela que demonstrou ser errada a teoria da interpretação, originária de Savigny e ainda hoje não totalmente superada, segundo a qual existe apenas um número exato de quatro 'elementos' (*modi *da argumentação): o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático (o positivismo exigia esta limitação)."* [154] A argumentação em um "sistema" aberto demonstra que o número de argumentos é, em princípio, ilimitado.

Ora, da mesma forma, um enfoque das discussões jurídicas como processos argumentativos abertos não postula a existência de cânones

---

[152] FERRAZ JR. *Op. cit.* (Introdução ao estudo do direito...), p. 322.
[153] KAUFMANN, *op cit.* (A problemática da filosofia...), p. 152.

interpretativos e de hierarquias de argumentos, sendo, antes, uma forma de pensamento problemático que um catálogo de prescrições. Esses pressupostos são comuns aos diversos autores que se dedicaram ao estudo da argumentação jurídica e também à hermenêutica, ainda que a teoria da argumentação postule uma racionalidade e uma objetividade que não vê na hermenêutica jurídica.

Dentre os autores que se dedicaram a estudar a argumentação jurídica, Theodor Viehweg se propõe a contribuir para a pesquisa de base da ciência do direito, por meio de uma análise da estrutura da jurisprudência a partir do ponto de vista da tópica.[155] A partir de uma referência a Vico, autor que, no início do séc. XVIII, contrapôs o método tópico, advindo da retórica greco-romana, ao então novo método cartesiano e propôs a tese de que não seria possível eliminar o método tópico, Viehweg aduz que, embora fortemente presente no *ius civile*, no *mos italicus* e na civilística atual, a era moderna tentou desligar a tópica da jurisprudência, o que exigiu uma sistematização dedutiva rigorosa, com vistas a transformar a jurisprudência em ciência do direito, sobre o pressuposto de que seus problemas poderiam ser eliminados completamente. Isso porque a lógica moderna parte de uma verdade primeira e tece longas deduções em cadeia, ao passo que a tópica parte de pontos de vista divergentes, mas verossímeis ante o senso comum e desenvolve a discussão entre os diversos pontos de vista por meio de silogismos diversos.[156]

A referência a Vico, por óbvio, serve apenas de ponto de partida para Viehweg desenvolver sua explanação de como entende ocorrer o processo argumentativo no âmbito da jurisprudência contemporânea. Ele o diz textualmente: *"De nossa parte, ocupar-nos-emos apenas das diferentes estruturas dos mencionados modos de pensar. Abandonemos, pois o* Vico *histórico, na medida em que mantemos presente o seu* tema*. Neste sentido,*

---

[154] *id. ibidem*, p. 153.
[155] VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. (trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr.). Brasília: Imprensa Nacional, 1979. p. 17.
[156] *Id. ibidem*, p. 18.

acentuaremos o papel da tópica*, hoje quase desconhecida, bem como suas relações com a* jurisprudência*.”*[157] Ferraz Jr. observa que Viehweg entende a argumentação jurídica como uma forma típica de raciocínio. *“O raciocínio jurídico, para ele, tem um sentido argumentativo: raciocinar, juridicamente, é uma forma de argumentar. Argumentar significa, num sentido lato, fornecer motivos e razões dentro de uma forma específica. (...) O pensamento jurídico de onde emerge a decisão deve ser, assim, entendido basicamente como ‘discussão de problemas’.”*[158]

A partir dessas premissas, Viehweg discorre sobre a tópica, conforme fora tratada por Aristóteles e Cícero, acentuando o caráter filosófico da preocupação de Aristóteles com o tema, ao passo que teria Cícero cuidado do assunto para sua aplicação à jurisprudência, tendo mesmo dedicado seu texto a um jurista romano. Na *Tópica*, um dos seis livros que compõe o *Organum*, Aristóteles distingue os argumentos dialéticos, ocupação de retóricos e sofistas, daqueles apodíticos ou demonstrativos, de que se ocupam os filósofos, bem como dos argumentos erísticos ou sofísticos e dos pseudo-raciocínios ou paralogismos. Os argumentos dialéticos, ao contrário dos apodísticos, partem do simples provável ou verossímil e não de proposições primeiras ou verdadeiras. Sob um ponto de vista formal, os raciocínios dialéticos não se distinguem dos apodísticos. Eles são formalmente corretos, o que não se aplica de forma generalizada aos raciocínios erísticos e aos pseudo-raciocínios. A distinção fundamental entre raciocínio dialético e apodístico está, portanto, nas premissas.

Assim colocado o tema, a ênfase do livro de Aristóteles recai sobe a natureza das premissas. Ao lado da indução e do silogismo como modos da fundamentação, indica outros quatro procedimentos instrumentais: a descoberta e a apreensão das premissas; a discriminação da plurivocidade

---

[157] *Id. ibidem*, p. 21.
[158] FERRAZ JR., *op. cit.*, (Introdução ao estudo...) p. 323.

existente nas expressões linguísticas e discriminação das diversas determinações categoriais; a descoberta das diferenças de gênero e espécie; a descoberta de semelhanças nos diferentes gêneros.[159]

A *Tópica* de Cícero, por seu turno, escrita cerca de 300 anos após a de Aristóteles, embora de nível inferior, obteve maior importância histórica. Ao que parece, Cícero buscou, em sua obra, tornar compreensível a *Tópica* aristotélica e dar ênfase aos aspectos práticos para uso, em especial, na jurisprudência. Em Cícero, assim, desaparece a distinção entre apodítico e dialético e estabelece-se outra distinção, entre as partes de uma teoria fundamental da dissertação, quais sejam, a *invenção* e a *formação do juízo.* A tópica atua exatamente no campo da invenção, da busca de argumentos. Para Cícero, um argumento é uma razão que serve a convencer de algo sobre o que pairam dúvidas. Contidos nos *topoi*, os argumentos seriam encontráveis pela arte da tópica. [160]

Em sua análise da tópica, Viehweg destaca que o ponto mais importante a ser considerado é que a tópica é uma técnica do pensamento que se orienta para o problema, portanto uma técnica do pensamento problemático. Define ele problema como *"...toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução."*[161] O problema é previamente dado e atua como guia. Ainda que, com Hartmann, se adote a contraposição entre o pensamento problemático e o pensamento sistemático, pode-se dizer que o problema, por meio de uma reformulação adequada, é trazido para dentro de um conjunto de deduções, previamente dado, a partir do qual se infere uma resposta. De forma resumida, pode-se dizer que para se encontrar uma solução o problema se ordena dentro de um sistema. Opõe-se,

---

[159] VIEHWEG, *op. cit.* (Tópica e Jurisprudência...), p. 26.
[160] *Id. ibidem*, p. 29 e seguintes.
[161] *Id. ibidem*, p. 34.

aqui, o pensamento que tem sua ênfase no sistema e aquele que deposita sua ênfase no problema. Se pensado dentro de um sistema explícito, tomado como único, a decisão ocorre entre a solubilidade ou não do problema, desprezando-se os problemas insolúveis. Num universo de vários sistemas, cada um deles selecionaria seus problemas e desprezaria os demais.

Deslocando-se o acento ao problema, ao contrário, busca-se um sistema que sirva de apoio para se encontrar uma solução. Um problema tido por insolúvel em um sistema único buscaria outro sistema para sua solução.

Sob o ponto de vista do instrumento com que opera, a tópica centra-se nos *topoi* ou lugares-comum.

É possível, ademais, distinguir uma reflexão que busca o material sobre o qual há que se pensar, de outra reflexão que procede através da lógica, sendo claro que devem ocorrer nesta ordem. Por este ângulo, a tópica é uma *meditação prológica*, tendo por tarefa a invenção, a busca das premissas e seu exame, ao passo que à lógica se reserva a tarefa de receber as premissas e elabora-las na decisão. Interessante sublinhar a afirmação de Viehweg de que: *"O modo de buscar as premissas influi na índole das deduções e, ao contrário, a índole das conclusões indica a forma de buscar as premissas. No estudo de um determinado modo de pensar é possível, portanto, situar-se em um ou em outro ponto."*[162]

Viehweg destaca a importância da tópica na formação da jurisprudência do período clássico romano e da Idade Média, afirmando, por fim, que a busca da modernidade ocidental de substituir a tópica pelo método axiomático dedutivo, efetivado em alguns campos do conhecimento humano, não logrou êxito na jurisprudência e nem poderia faze-lo, dada a natureza mesma dos problemas jurídicos, sendo que a jurisprudência prossegue sendo uma técnica que opera pela tópica no âmbito do sistema jurídico.

---

[162] *Id. ibidem*, p. 40.

Manuel Atienza resume as críticas mais comuns dirigidas ao pensamento de Viehweg, iniciando pelo questionamento quanto ao próprio conceito de tópica, que poderia ser entendido ao menos como três coisas distintas, quais sejam, uma técnica de busca de premissas; uma teoria sobre a natureza das premissas; ou uma teoria sobre o uso dessas premissas na fundamentação jurídica. A noção de problema seria excessivamente vaga e o conceito de *topos* manteria, na tópica de Viehweg, a mesma equivocidade histórica que o caracterizou, sendo usado em vários sentidos: como equivalente de argumento; como ponto de referência para a obtenção de argumentos; como enunciado de conteúdos; e como formas argumentativas. Sob a rubrica de tópicos reúnem-se coisas tão distintas entre si como adágios, conceitos, recursos metodológicos, princípios gerais de direito, valores, regras de razão prática, *standards* jurídicos, critérios de justiça, normas legais, etc.[163]

Outra possível crítica, bastante contundente, é dirigida contra a hipótese de Viehweg de que o declínio moderno da tópica teria sido originado de uma valorização da lógica axiomática. Ao contrário dessa hipótese, a lógica também declinou, juntamente com a tópica, com o surgimento da ciência moderna, que considerava a lógica escolástica como um instrumento de discussões estéreis, sendo substituída pela teoria analítica. Prevalecendo esta versão da história, não se sustenta a tese de Viehweg de que, na modernidade, o método tópico teria sido substituído pelo método axiomático. Ao contrário, o declínio da tópica teria ocorrido de forma concomitante ao abandono da lógica.

Atienza afirma, ainda, que o modelo de funcionamento da jurisprudência descrito por Viehweg é ingênuo, pois, em síntese, afirmaria que a jurisprudência deve buscar soluções justas a partir de conceitos e proposições extraídos da própria justiça, o que representaria uma trivialidade. Ademais, a tópica não permite, segundo o autor, observar o papel que a lei, a dogmática e

[163] ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica.* (trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino). 3ª ed. São Paulo: Landy, 2006. p. 52 e seguintes.

o precedente desempenham no raciocínio jurídico. Mantém-se ela na estrutura superficial dos argumentos padrões e não analisa sua estrutura profunda.[164]

Não obstante as críticas formuladas ou endossadas por Atienza contra o pensamento de Viehweg, ressalta ele que a obra deste pensador contém algo muito importante, que seria a demonstração de que existe a necessidade de raciocinar também onde não se encontram fundamentações conclusivas, bem como a necessidade de explorar, no raciocínio jurídico, os aspectos que permanecem ocultos se examinados de uma perspectiva puramente lógica. Conclui Atienza que o mérito fundamental de Viehweg não é ter construído uma teoria que dê conta da argumentação jurídica, mas sim ter descoberto um campo para a investigação.[165]

Nos horizontes deste campo de investigação, Neil MacCormick e Robert Alexi desenvolveram suas pesquisas e, por caminhos distintos e até opostos, chegaram a ponto bastante convergente, em que sustentam ser o discurso jurídico um caso especial de discurso prático geral. MacCormick parte da análise das argumentações e das justificações das decisões, da maneira como efetivamente ocorrem nos processos judiciais e constrói uma teoria da argumentação jurídica que relaciona, por fim, à teoria geral da argumentação prática. Alexi, por seu turno, parte da teoria geral da argumentação prática, projetando-a para o campo do direito, daí extraindo a tese central de seu trabalho, que consiste em considerar o discurso jurídico ou argumentação jurídica como um caso especial do discurso prático geral, do discurso moral. A diferença de percurso adotada por cada um dos autores mencionados faz com que MacCormick se localize mais próximo da prática efetiva da argumentação jurídica, ao passo que Alexi permanece mais fiel ao campo da especulações teóricas. Para o esboço que elabora da teoria geral do discurso prático racional, Alexi recorre a muitas fontes, mas indubitavelmente a teoria do discurso de

---

[164] *Id. ibidem*, p. 55.
[165] *Id. ibidem*, p. 57.

Habermas é sua influência fundamental, de forma que Alexi perfaz uma sistematização e uma reinterpretação da teoria do discurso prático de Habermas, ao mesmo tempo em que estende tal teoria para a área específica do direito.[166,167]

Jürgen Habermas busca, a partir de uma concepção bastante ampla de razão, sustentar que a argumentação prática, mesmo essencialmente distinta da argumentação teórica, não se encontra alijada do domínio da racionalidade. Para ele, as manifestações morais, quando podem ser fundamentadas, possuem um teor cognitivo, motivo pelo qual intenta compreender o que significa fundamentar moralmente.[168] Habermas observa que a existência de normas morais em vigor para os integrantes de uma dada comunidade não implica necessariamente que tais regras, consideradas em si mesmas, carreguem um conteúdo cognitivo. Aos olhos de um observador sociológico, por exemplo, pode ser feita uma descrição desse jogo de linguagem moral sob o prisma de um fato social, podendo mesmo ser explicado quais as razões que levam os integrantes da comunidade a estarem convictos de suas regras morais, sem que o observador possa acompanhar ou entender o raciocínio que explicaria a plausibilidade desses motivos e interpretações. Para a filosofia, no entanto, uma tal descrição sociológica não se apresenta satisfatória e haverá a necessidade de aprofundar-se na fenomenologia das respectivas disputas morais para descobrir o que os participantes fazem quando acreditam justificar algo moralmente. Ao inspecionar os resultados de tais esforços filosóficos na nos princípios da filosofia moral desenvolvida na modernidade, Habermas refuta o *não-cognitivismo severo*, que considera ilusório o conteúdo cognitivo da linguagem moral, tachando-o de ilusão e que tenta demonstrar haver apenas

---

[166] *Id. ibidem*, p. 160.
[167] Não se pode deixar de destacar a propensão de Habermas, no desenvolvimento de sua obra acerca da razão prática e da teoria do discurso, a incorporar os estudos da área da filosofia do direito. As citações de Habermas contidas neste trabalho o demonstram.
[168] HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política.* (trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe). São Paulo: Loyola, 2002. p. 11.

sentimentos, posicionamentos ou decisões de origem subjetiva, onde os participantes vêem juízos e posicionamentos morais passíveis de justificação.[169] Acredita ele que as questões morais podem ser decididas por meio da razão, valendo-se da força do melhor argumento e que o resultado do discurso prático possa ser um resultado racionalmente motivado, expressão de uma vontade racional, um consenso justificado. Em consequência, as questões práticas são suscetíveis de verdade, entendida essa palavra em um sentido amplo. O sentido amplo que Habermas dá à palavra verdade é fixado em sua teoria consensual da verdade, que se contrapõe à teoria da verdade como correspondência, ou seja, às concepções de verdade que a entendem como uma coincidência entre enunciados e fatos. A atribuição de um predicado a um objeto, segundo Habermas, somente é válida e verdadeira se qualquer um com quem o enunciador pudesse entrar em discussão também pudesse atribuir o mesmo predicado ao mesmo objeto, de sorte que o julgamento sobre a verdade dos enunciados somente ocorre em referência ao juízo dos outros, de todos os outros com quem se pudesse discutir. O assentimento potencial de todos os demais é a condição para a verdade. Num sentido estrito, porém, os enunciados práticos seriam corretos ou incorretos e não verdadeiros ou falsos, como os enunciados teóricos. Habermas transfere, pois, o conceito de verdade de um plano semântico para um plano pragmático. A base de sua teoria é uma pragmática universal que tenta reconstruir os pressupostos racionais implícitos no uso da linguagem. Para ele, em todo ato de fala dirigido à compreensão mútua, o falante erige uma pretensão de validade, que varia segundo o tipo de ato de fala de que se trate. Nos atos de fala constatadores, como afirmar, narrar, explicar, etc., o falante pretende seja seu enunciado verdadeiro. Nos reguladores, como ordens, exigências, conselhos, repreensões, etc., a pretensão é de correção. Quando se trata de atos de fala representativos, como revelar, descobrir, admitir, ocultar, despistar, enganar, etc., o falante pretende que o quanto expresso seja acolhido como sincero ou veraz. Todo ato de fala, por seu

[169] *Id. ibidem*, p. 14.

turno, pressupõe uma pretensão de inteligibilidade. No atos de fala consensuais, se pressupõe o reconhecimento recíproco de quatro pretensões de validade. Aquele que fala deve escolher uma expressão inteligível para que ele e o ouvinte se possam entender mutuamente; tem a intenção de comunicar um conteúdo proposicional verdadeiro para que o ouvinte possa participar de seu saber; precisa querer manifestar suas intenções de forma veraz para que o ouvinte possa crer no que ele manifesta, confiando nele; e tem o falante de escolher a manifestação correta, no que tange a normas e valores vigentes, para que ouvinte possa aceitar sua manifestação.[170]

Alexi, em sua obra, acompanha com proximidade as proposições de Habermas para a teoria geral da fundamentação prática, sendo que as aplica ao campo do direito e conclui ser o discurso jurídico um caso especial do discurso prático geral. Segundo ele, *"A questão de como se distingue a argumentação jurídica da argumentação prática gera é uma das questões centrais da teoria do discurso jurídico. Aqui se pode estabelecer um ponto: a argumentação jurídica se caracteriza pela vinculação ao direito vigente."*[171]

As diversas teorias sobre a argumentação jurídica possuem pormenorizado detalhamento, tanto nos aspectos descritivos, quanto nos seus aspectos prescritivos, tendo, igualmente, contraposições entre si e com autores de outras linhas de pensamento. Não cabe aqui a análise de cada uma dessas proposições ou objeções. Cabe, apenas, salientar que as diversas teorias acerca da argumentação jurídica contribuem para a compreensão do processo de fundamentação racional de questões ligadas à razão prática, com as quais atua o direito.

Fatos jurídicos e suas provas, a interpretação da lei e a interpretação das provas, são fragmentos de discurso que se interpenetram na construção do

---

[170] ATIENZA, *op cit.*, p. 162.
[171] ALEXI, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.* (trad. Zilda H. Schild Silva). 2ª ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 210.

discurso argumentativo das partes, em suas razões de pedir e contestar, e do juiz, em suas razões de decidir.

Qualquer que seja o meio de registro e documentação dos atos processuais e das provas judiciais, permanecem as questões acerca da natureza dos fatos trazidos ao processo pelas partes, da interpretação das provas judiciais e da argumentação jurídica na construção do contexto de decisão do caso judicial.

As hipóteses que têm sido aventadas de vantagens para a correção da decisão judicial no caso das provas orais gravadas no âmbito do processo judicial eletrônico ou as desvantagens da digitalização de documentos que, por vezes, tem sido externada por operadores do direito, fundam-se numa concepção tradicional do direito e do processo judicial, que entende a decisão judicial como ato de subsunção de fatos – situações empíricas apenas sujeitas ao aferimento da veracidade ou verossimilhança de suas descrições processuais – a normas legais, interpretadas de acordo com os cânones consagrados.

A modificação na forma de produção e registro dos fragmentos de discurso que compõem as provas judiciais atingem, no entanto, o próprio conteúdo desses fragmentos, mas não no sentido de maior correspondência á realidade fática ou maior ou menor suscetibilidade a fraudes, porém no sentido de que a forma liga-se de modo intrínseco ao conteúdo.

Assim, a construção dos fatos no âmbito das provas judiciais sobre a matéria de fato e a construção da argumentação jurídica das partes e do juiz atuam sobre um dado universo simbólico, composto de formas específicas de produção e registro de discursos, somente adquirindo sentido nesse contexto. Não se pode antever os caminhos que o discurso jurídico irá percorrer no processo judicial eletrônico. Não se pode, porém, para escrutinar esta questão, fixar-se em uma visão ingênua calcada na tradição da subsunção do caso à lei.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alterações legislativas sobre o processo judicial geram sempre muitas indagações quanto ao seu alcance e sobre as consequências que terão na prática forense e na defesa dos direitos das partes. Resta claro que isto também se deu com o surgimento de alterações na lei tendentes a instituir o processo judicial eletrônico, com destaque para a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, publicada no D.O.U. de 20.12.2006 e com *vacatio legis* de 90 dias, que dispôs sobre a informatização do processo judicial, introduzindo diversas modificações no Código de Processo Civil. Conforme já salientado no curso da presente tese, em seu artigo 1º, a referida lei estabelece que o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos da referida lei. Seu § 1º especifica que os dispositivos dessa lei serão aplicados de forma indistinta aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição. Define a lei, como meio eletrônico, toda a forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais, especifica a preferência pela rede mundial de computadores para a transmissão eletrônica e define as formas aceitáveis de assinatura digital, que deverá basear-se em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma da lei específica que regula a matéria, ou cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinarem os órgãos específicos. Para a prática de atos processuais, como envio de petições e recursos, por meio eletrônico é obrigatório o uso de assinatura eletrônica.

Foram apontadas e referidas algumas inferências feitas por juristas acerca das novas disposições legais e de sua implementação. Revela-se como uma preocupação comum a vários doutrinadores e operadores do direito as questões relativas à produção e ao registro das provas judiciais implicadas na adoção das novas técnicas eletrônicas de processamento das ações judiciais.

Situações como a gravação das audiências de instrução e julgamento, a teleconferência, a digitalização e o armazenamento digital de documentos, entre outras, suscitam dúvidas quanto à sua segurança e expectativas quanto à possibilidade de produção e registro mais precisos das provas judiciais, gerando esperanças de decisões judiciais mais justas para os litigantes.

No âmbito do presente trabalho, não foram discutidas as questões relativas à segurança nos procedimentos de armazenamento e transmissão de dados no processo judicial eletrônico, assunto já bastante discutido em diversos trabalhos, sendo certo que, se não existe garantia absoluta de que não possa haver fraudes, perda de dados ou alteração dos referidos dados, também é certo que o processo tradicional em papel apresenta muitas possibilidades de extravio de documentos, de desaparecimento dos próprios autos, seja por subtração, seja por acidentes, como incêndios ou enchentes, ou de fraudes de várias espécies, como se tem visto ao longo do tempo. As chaves de identificação e as diversas possibilidades de arquivos reserva de segurança minimizam os riscos de perda das informações ou de falsificação de assinaturas e documentos. Assim, entende-se que a preocupação com a segurança dos dados no processo judicial eletrônico é de natureza técnica e os recursos tecnológicos de que se dispõem atualmente são suficientes para garantir a segurança mínima do procedimento, não trazendo maiores riscos que a tramitação processual com os registros dos atos processuais lançados em papel.

O foco do presente trabalho recaiu sobre as questões relativas à interpretação da prova judicial e sua utilização como material para a argumentação jurídico-processual. As inovações legislativas geram oportunidades para a discussões de questões relevantes para o processo, para o procedimento e para a própria noção de administração de justiça por via judicial, muitas vezes relegadas a segundo plano pela prática cotidiana e consolidação da doutrina e da jurisprudência sobre um dado corpo normativo.

Nesse sentido, as preocupações e expectativas reveladas pelos doutrinadores e operadores do direito sobre as inovações do processo judicial eletrônico trazem à tona a escassez de estudos, em especial na seara trabalhista, sobre alguns aspectos importantes da produção e da interpretação da prova judicial, como a discussão sobre o conceito de verdade e a natureza da prova judicial, as relações entre produção da prova judicial e pré-compreensão hermenêutica das normas a serem aplicadas ao caso, a noção de fato no processo judicial, a relação entre fato e norma jurídica no contexto da argumentação, etc.

Os estudos contemporâneos de filosofia, filosofia da linguagem, ciências sociais e ciências da linguagem avançaram consideravelmente as discussões acerca do conceito de verdade e de objetividade científica, superando, de há muito o paradigma advindo dos séculos XVIII e XIX, fortemente presente na ciência e na filosofia positivista, de separação radical entre sujeito e objeto do conhecimento, sendo a linguagem tratada como mero meio para a realização desse conhecimento, e a possibilidade da objetividade substancial, com o conhecimento de uma verdade ontológica sobre a natureza e sobre os fenômenos naturais e sociais, passível de verificação a qualquer tempo e lugar e por qualquer mente pensante. Não obstante a superação desse paradigma, é ele que prossegue fornecendo a base para a concepção de verdade e fato na maior parte da doutrina e da jurisprudência, formando pressupostos de lugar comum entre os operadores do direito.

Nessa linha de raciocínio, é fácil perceber, por uma leitura, ainda que meramente perfunctória, dos manuais citados no decorrer deste trabalho, bem como da jurisprudência analisada, que se concebe, no cotidiano da vida forense, a produção da prova no processo judicial como o meio de levar ao conhecimento do juiz a verdade dos fatos pertinentes à lide, sendo lidas as normas processuais como uma confirmação de que o legislador preocupou-se em destacar a relevância da verdade substancial no processo. Por verdade se entende, usualmente, a *concordância*, a *correspondência* entre um fato ocorrido na realidade pretérita e a ideia atual que fazemos dele, pela

reconstrução realizada na narração do referido fato. Haveria, assim, seguindo-se o senso comum, uma realidade objetiva, física, puramente empírica, onde os fatos acontecem e que tal realidade pode ser traduzida em uma narrativa fiel do ocorrido, de forma que o juiz, para julgar um caso trazido a seu conhecimento e decisão, possa saber com precisão a verdade sobre os fatos ocorridos e *subsumi-los* à norma jurídica contida no ordenamento jurídico sob o qual ocorrera o fato e que se aplica àquela situação. As tecnicas de interpretação serão dirigidas, neste modelo, às normas jurídicas, para bem entende-las e aplica-las ao caso concreto. Mesmo os autores que questionam os conceitos usualmente adotados no meio jurídico acerca da verdade, prosseguem adotando o ponto de vista de que a *descoberta da verdade* é indispensável para o processo e que, para a correta incidência da hipótese prevista na norma ao caso concreto é necessária a reconstrução precisa dos fatos ocorridos no pretérito.

As discussões sobre verdade são fundamentais na filosofia, no sentido mesmo de que se encontram nos fundamentos dessa disciplina e de que são essenciais para sua compreensão. Nela, o conceito de verdade é entendido como diverso, dependendo da escola e do autor considerado, sendo que, em resumo, trabalha com o ponto de partida de que se chama usualmente de verdade a validade ou a eficácia dos procedimentos cognoscitivos, entendendo-se por verdade, em geral, a qualidade em razão da qual um dado procedimento cognoscitivo torna-se eficaz ou logra êxito. Ainda que essas discussões filosóficas sejam bastante conhecidas e utilizadas no campo do direito, poucas são suas repercussões sobre a força do conceito de verdade como correspondência, tal como adotado pelo senso comum, na prática forense em geral e mesmo na prática do ensino jurídico. O mais próximo que se chega, nesse cotidiano, de um questionamento efetivo quanto aos pressupostos filosóficos do conceito de verdade, frequentemente invocado nos argumentos expendidos nos processos judiciais, é da consideração de que a verdade absoluta, sendo atingível apenas por uma mente onisciente, à imagem daquela

atribuída a Deus pela teologia, não sendo dada ao ser humano alcança-la, resta a ele, no processo judicial, contentar-se com a verossimilhança. Assim, a crença na verossimilhança pode trazer ao processo judicial a certeza necessária para se acreditar na justiça da decisão, à luz da correta interpretação das normas jurídicas às quais serão subsumidos os fatos.

No desenvolvimento da discussão sobre a verdade realizado no terceiro capítulo, observou-se, com Foucault, a refutação da tese de que as condições econômicas de existência encontram na consciência dos homens o seu reflexo e expressão, o que pressupõe sejam o sujeito humano, como sujeito de conhecimento, bem como as próprias formas de conhecimento, de certo modo dados prévia e definitivamente, sendo que as condições econômicas, sociais e políticas da existência depositam-se ou imprimem-se nesse sujeito definitivo. Para Foucault, as práticas sociais engendram domínios de saber que não somente fazem aparecer novos objetos, técnicas e conceitos, mas que também engendram formas totalmente novas de sujeitos e de sujeitos de conhecimento. Destaca-se a historicidade do sujeito de conhecimento e da própria verdade. As práticas judiciárias, nessa perspectiva, são uma das formas pelas quais são definidos tipos de subjetividade por nossa sociedade, que são formas de saber e, portanto, relações entre o homem e a verdade e como tal deve ser estudadas.

A linguagem é, sem dúvidas, o espaço em que se desenrolam as discussões acerca da verdade e também onde o direito e o processo judicial encontram sua residência. As ciências da linguagem, em sua versão estruturalista, buscaram reduzir a complexidade do mundo ao sistema de signos que o descreve e recusaram-se a ver no mundo mais que as estruturas contidas na linguagem através da qual o ser humano entra em contato com o universo, com os outros seres humanos e consigo mesmo. As ciências sociais representam um importante aporte na compreensão das relações de poder contidas na linguagem e em seu uso. Foucault observando que o estruturalismo talvez tenha sido o esforço mais sistemático de eliminação do conceito de

acontecimento, até mesmo da história, postula que o problema é distinguir os acontecimentos e, ao mesmo tempo, diferenciar as redes e os níveis a que pertencem, reconstruindo os liames que os ligam e engendram, o que o leva a recusar a análise dos fatos do mundo meramente sob o prisma do campo simbólico enquanto estruturas significantes que reportam as relações de força aos sistemas fechados das estruturas linguísticas. Sua proposta à superação do ponto de vista estruturalista é tomar como referência os acontecimentos do mundo real, como as guerras e as batalhas, sendo que nem a semiótica nem a dialética podem dar conta da inteligibilidade das lutas que perfazem a história. Pierre Bourdieu também procede a uma crítica sociológica do pensamento estruturalista e da colonização das ciências sociais pelo modelo linguístico estruturalista. Sua proposta é que a sociologia deve furtar-se à colonização linguística, o que pode fazer por meio da revelação das operações de construção do objeto de sua fundação e revelação das condições sociais da produção e da circulação de seus conceitos fundamentais. Com Bourdieu, considerou-se legítimo tratar as relações sociais como interações simbólicas, ou seja, como relações de comunicação que implicam o conhecimento e o reconhecimento, mas as trocas linguísticas são também relações de poder simbólico, nas quais se atualizam as relações de força entre os locutores e os grupos sociais.

A dicotomia entre direito natural e positivismo jurídico, tão discutida ao longo da história da filosofia do direito, perde força quando se trata de entender as questões sobre a interpretação das normas jurídicas e sobre sua relação com a construção dos fatos no âmbito do processo judicial, pois ambas as correntes partem do paradigma de separação entre sujeito e objeto e do pressuposto da existência de uma realidade objetiva ontologicamente independente da presença humana. Os fatos considerados no processo, no entanto, somente sentido na contraluz do tecido institucional que os envolve. Ainda que se acreditasse na existência de fatos “brutos” absolutos, para a compreensão da matéria fática envolvida no processo judicial, o conceito de

fato institucional é mais explicativo. Conforme já salientado no curso do desenvolvimento do presente trabalho, o universo factual considerado no processo judicial é um universo altamente institucionalizado. No âmbito do processo do trabalho, os fatos se dão contra o pano de fundo das instituições ligadas ao mundo do trabalho e são trazidos ao processo sobre o alicerce das instituições jurídico-processuais. Os fatos que interessam para a compreensão da lide e para sua solução jurídica são constituídos no âmbito das instituições legais que regem o campo em que se desenvolvem as discussões e divergências entre as partes, bem como no âmbito das instituições legais que regem o processo de conhecimento, na área específica do direito em relação à competência material. Não existe interesse jurídico-processual por fatos da realidade física – ou institucional – que não guardem uma estrita relação institucional com o quadro da normatividade a ser considerada no processo judicial.

O processo hermenêutico de interpretação da norma é concomitante ao processo de interpretação das provas judiciais e da construção da matéria fática no processo. Matéria de fato e matéria de direito se interpenetram no círculo hermenêutico de compreensão do caso judicial e determinam-se mutuamente. Os fatos somente são perceptíveis no momento mesmo da "pré-compreensão" da interpretação da norma que será levada em conta, ao mesmo tempo em que a norma a ser invocada somente passa a existir com a "pré-compreensão" dos fatos que lhe dão estofo.

O processo de construção dos fatos nas razões argumentativas das partes busca convencer – o juiz, a parte contrária, o tribuna recursal, a "sociedade" – de que o *topos* justiça somente será presentificado neste aqui e agora do processo judicial, se o universo narrativo que enreda descrições fáticas e interpretações jurídicas que propõe for tomado como a versão exitosa a preencher o *topos* verdade. O intuito da parte é ver reconhecido seu mundo como o mundo em que todos habitam, sobre o qual todos se movem, ainda que

algum ser ou fato "não se parece com os habitantes sobre a face da terra". As diversas formas de produção e registro das provas judiciais fornecem à parte materiais de diversa ordem para sustentar sua argumentação. No atual sistema de transcrição dos depoimentos das partes e testemunhas para a ata de audiência, por intermédio do ditado do juiz, por exemplo, a parte busca, no ato da produção da prova, formular perguntas que levem a parte contrária ou a testemunha a compartilhar os significados presentes nesse universo que a parte postula. Ou, ao menos, busca faze-la cair em contradição lógica, numa tentativa de desacreditar o outro mundo postulado pela parte contrária. Fixadas as falas em ata de audiência, tentar-se-á aproximar o significado de cada frase, de cada palavra, do significado do universo construído *para/por* seu direito.

Uma transformação na maneira de produzir e registrar as provas acarreta uma transformação no material a ser mobilizado na argumentação. Supondo-se a gravação em larga escala dos depoimentos das partes e testemunhas, alguns dos procedimentos tendem a tornar-se obsoletos, ao passo que outros ganham relevância. A condução da testemunha, por exemplo, tantas e tantas vezes intentada no procedimento atual, ficaria muito flagrante, quando gravadas as falas de todos os presentes. Por outro lado, materiais desprezados no procedimento atual, como a forma de perguntar utilizada pelo juiz, o conteúdo específico da pergunta formulada ante o conteúdo da resposta, entonações que não são transcritas para a ata de audiência digitada, suspiros, respirações, pausas, enfim, todo o material fartamente presente na linguagem oral e que é descartado quando o juiz dita a resposta da parte ou da testemunha para ser digitada pelo secretário de audiência em ata, passaria a fornecer dados para a parte argumentar a favor de sua construção da realidade. Da realidade empírica e jurídica, diga-se.

O verbo julgar, por seu turno, incorpora um porvir que aponta o *tornar-se* dos fatos nos dois sentidos: o não-fato de um passado que já se esvaiu e não mais existe e um futuro do fato construído *para/por* a aplicação do direito na

decisão judicial. A realidade somente pode ser considerada no passado, mas se presentifica no futuro da decisão. A fundamentação da decisão é o momento em que o julgador articula sua argumentação para postular a correção da decisão tomada. Nela, um universo narrativo é trazido à luz, para que fatos construídos no processo de produção e interpretação de provas e seleção e interpretação de normas jurídicas formem um enredo de onde possa emergir um final, uma cristalização do contado e do decidido. Aqui também os materiais fornecidos pela forma de produzir e registrar as provas judiciais são articulados como componentes deste mundo narrativo.

A expectativa, no entanto, de que novas formas de produção, registro e armazenamento das provas judiciais possam aproximar a narrativa dos fatos no processo da "verdade substancial" revela-se ingênua e submetida aos mesmos pressupostos do paradigma da separação entre sujeito e objeto e da crença em uma verdade ontologicamente independente da presença do ser humano, conforme já exposto no curso do trabalho e nestas conclusões. A forma de registro das provas judiciais, sendo que a transformação mais relevante se dá na forma de registro e armazenamento dos depoimentos das partes e testemunhas, por certo interfere no conteúdo das referidas provas, em sua interpretação e nos materiais fornecidos para a argumentação jurídica. São diferentes, por certo, a linguagem oral da oralidade transformada em texto escrito, mas não se pode atribuir um estatuto ontologicamente distinto a tais versões, considerando uma mais fidedigna que a outra.

A transposição da versão oral dos depoimentos de partes e testemunhas para a versão escrita, seja pela tradução realizada pelo juiz, como ocorre na audiência de instrução trabalhista, seja pela transcrição de fita gravada, representa, por óbvio, um dado de interpretação daquilo que é falado pelo depoente. Mas essa interpretação não aproxima nem afasta o texto obtido de uma realidade empírica que, afinal de contas, é uma construção complexa dentro do processo judicial, dependente do exercício conjunto de poderes e

prerrogativas de partes, funcionários públicos, peritos, juízes, etc. A postergação desse passo interpretativo para a análise das provas em grau recursal, por seu turno, não agrega nem retira poder do juiz de primeira instância, e tampouco agrega ou retira qualidade às provas, no sentido de aproximação da realidade empírica.

Assim, a discussão sobre as formas de produção e registro das provas judiciais, sua interpretação e sua utilização na argumentação jurídica, seja nas razões postulatórias das partes, seja nas razões de decidir dos órgãos julgadores, é de suma importância para a boa compreensão do funcionamento do processo judicial em suas funções sociais, bem como para se evitarem visões simplistas e ingênuas sobre os procedimentos de construção da realidade processual e da decisão judicial dos conflitos.

Ante tais constatações, mais que postular respostas dogmáticas, o presente trabalho buscou formular questões que pudessem fomentar o debate sobre tais temas e estimular a produção de outros trabalhos sobre aspectos específicos das discussões levantadas. Pesquisas valendo-se de metodologia empírica poderão, certamente, contribuir, quando mais difundida a adoção judicial do processo eletrônico, para a compreensão das implicações da forma de produção e registro das provas judiciais na argumentação utilizada pela partes para sustentar suas posições processuais e pelos órgãos julgadores para fundamentar suas decisões. Outras poderão seguir a trilha das discussões teóricas ora iniciadas, para melhor compreensão do universo institucional e linguístico em que se desenvolve o processo judicial.

VII. BIBLIOGRAFIA REFERIDA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. (trad. Alfredo Bosi). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALEXI, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.* (trad. Zilda H. Schild Silva). 2ª ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. São Paulo: RT, 2010.

ANSCOMBE, G. E. M. "On brute facts". *Analysis*, vol. 18, nº 3: (jan. 1958), p. 69-72. (Oxford Journals – Oxford University Press).

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica.* (trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino). 3ª ed. São Paulo: Landy, 2006.

BATE, Jonathan; RASMUSSEN, Eric (editors). *William Shakespeare complete works*. Hampshire: MacMillan, 2007.

BEBBER, Júlio César. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. 472 p.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITTAR, Eduardo C. B. "Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica". In: BOUCAULT, Carlos E. De Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.) *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 181-201.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia*. 8ª ed. revista e aumentada. São Paulo: Atlas, 2010. 728 p.

BOBBIO, Norberto e BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e estado na filosofia política moderna.* (trad. Carlos Nelson Coutinho) 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política.* (Trad. Carmen C. Varriale et al.) 4ª ed. Brasília: Edunb, 1992. (2 volumes)

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. (trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues). São Paulo: Ícone, 2006.

BOUCAULT, Carlos E. De Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.) *Hermenêutica plural.* São Paulo: Martins Fontes, 2002. 481 p.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas lingüísticas.* (Trad. Sérgio Miceli e equipe). São Paulo: EDUSP, 1998. 188 p. (Clássicos, 4)

CARDOSO, Luciane. *Prova testemunhal: uma abordagem hermenêutica.* São Paulo: LTr, 2001.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (coord). *Comentários à lei do processo eletrônico.* São Paulo: LTr, 2010. 224 p.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CIPRIANI, Franco. "El autoritarismo procesal (y las pruebas documentales)". *Ius et Praxis* – año 13 – nº 2. p.45-55.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno.* São Paulo: Companhia das Letras, 2006. 716 p.

DELEUZE, Gilles. *Lógica do sentido*. (trad. Luiz Roberto Salinas Fortes) São Paulo: Perspectiva, 2007. (Estudos; 35) 342 p.

DOSSE, François. *História do estruturalismo*. (trad. Álvaro Cabral). Bauru: Edusc, 2007. 2 v. [Volume I – O campo do signo].

ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação.* 2ª ed. (trad. MF) São Paulo: Martins Fontes, 2005. 184 p.

FASSÒ, Guido. "Jusnaturalismo". In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. (Trad. Carmen C. Varriale et al.) 4ª ed. Brasília: Edunb, 1992.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário eletrônico Aurélio versão 5.11a*. s/l: Positivo Informática, s/d. [edição em meio eletrônico DVD].

FEYERABEND, Paul K. *Diálogo sobre o método.* (trad. António Guerreiro) Lisboa: Presença, 1991.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 9ª ed. (trad. Roberto Machado). Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. (trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais; supervisão

final do texto Léa Porto de Abreu Novaes et al.) Rio de Janeiro: NAU, 2003.

_____. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas.* (Trad. Salma Tannus Muchail. Ver. Roberto Cortes de Lacerda) 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica.* (trad. Marco Antônio Casanova) Petrópolis: Vozes, 2007. 212 p.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4ª ed. (trad. Sandra Regina Netz). Porto Alegre: Artmed, 2005.

GIGLIO, Wagner. CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. *Direito Processual do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro.* 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. (3 volumes)

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política.* (trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe). São Paulo: Loyola, 2002.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. (Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa) São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca Jurídica WMF) 399 p.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX 1914-1991.* (Trad. Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli). São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 598 p.

KAUFMANN, A. e HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito comtemporâneas.* (trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. 605 p.

KAUFMANN, Arthur. "A problemática da filosofia do direito ao longo da história". *In*: KAUFMANN, A. e HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.* (trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira) Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. (Trad. João Baptista Machado) 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KENNY, Anthony. *Filosofia antiga*. (trad. Carlos Alberto Bárbaro; revisão técnica Marcelo Perine) São Paulo: Loyola, 2008. (Uma nova história da filosofia ocidental, I).

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas.* (trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira) São Paulo: Perspectiva, 2009. (Debates, 115) 260 p.

KUNTZ, Rolf. "Locke, liberdade, igualdade e propriedade". In: QUIRINO, Célia Galvão, VOUGA, Cláudio e BRANDÃO, Gildo Marçal (orgs.*). Clássicos do pensamento político*. São Paulo: Edusp, 1998.

MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. (trad. Cláudia Santana Martins; revisão técnica Carla Henrique Beviláqua) Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. (Teoria e filosofia do direito) 266 p.

_____. *Institutions of law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. 317 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MURICY, Marília. "Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura do direito e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoiético". In: BOUCAULT, Carlos E. De Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.) *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo judicial democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica.* (trad. Maria Ermantina de Ameida Prado Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIGAFETTA, Antonio. *Primer viaje alrededor del Globo*. Barcelona: Orbis, 1986.

PRETI, Dino (org.). *Análise de textos orais.* 2ª ed. São Paulo: FFLCH/USP, 1995. 236 p. (Projetos Paralelos, 1)

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.* 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2001. 415 p.

SCHAPP, Jan. *Problemas fundamentais de metodologia jurídica*. (trad. Ernildo Stein). Porto Alegre: Fabris, 1985.

SCHROTH, Ulrich. "Hermenêutica filosófica e jurídica". *In*: KAUFMANN, A. e HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.* (trad. Marcos Keel e

Manuel Seca de Oliveira) Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

SEARLE, John R. "What is an institution?". *Journal of Institutional Economics*. 2005, 1: 1, 1-22.

_____. *The construction of social reality*. New York: The Free Press, 1995.

SHAKESPEARE, William. *Macbeth.* (trad. Beatriz Viégas-Faria). Porto Alegre: L&PM, 2012.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. "Informatização do processo". *In*: CHAVES, Luciano Athayde (org.). *Direito processual do trabalho: reforma e efetividade.* São Paulo: LTr, 2007. p. 415-439.

TARUFFO, Michele. "Poderes probatórios de las partes y del juez em Europa". *DOXA 29* (2006). p. 249-271.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Volume I.

TOURAINE, Alain. *Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje.* (trad. Gentil Avelino Titton). Petrópolis: Vozes, 2006. 261 p.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. (trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr.). Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro.* 4ª ed. São Paulo: RT, 2006.