

MARGARETH LOPES ROSA

ASPECTOS GERAIS DAS PROVAS NO PROCESSO DO TRABALHO,
COM ENFOQUE NA PROVA PERICIAL E DEPÓSITO DE HONORÁRIOS
DO PERITO.

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA - PUC
SÃO PAULO – 2005

MARGARETH LOPES ROSA

ASPECTOS GERAIS DAS PROVAS NO PROCESSO DO TRABALHO,
COM ENFOQUE NA PROVA PERICIAL E DEPÓSITO DE HONORÁRIOS
DO PERITO.

Dissertação apresentada à Banca
Examinadora da Pontíficia
Universidade Católica de São Paulo
– como exigência parcial para
obtenção do título de mestre em
Direito das Relações Sociais, sob a
orientação do Professor Dr. Pedro
Paulo Teixeira Manus.

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA - PUC
SÃO PAULO – 2005

MARGARETH LOPES ROSA

ASPECTOS GERAIS DAS PROVAS NO PROCESSO DO TRABALHO COM
ENFOQUE NA PROVA PERICIAL E DEPÓSITO DE HONORÁRIOS DO PERITO.

Banca Examinadora

São Paulo ____/____/____

DEDICATÓRIA

A minha família, pelo carinho e paciência, que tiveram nos momentos que fiquei ausente, para realização do mestrado e a dissertação.

A minha avó, Carmem Marquioli (in memoriam),

Que em sua humildade me ensinou o que é a vida, sempre com garra, determinação, coragem, a tua presença física Deus levou, entretanto, mantenho viva a sua presença no meu coração.

AGRADECIMENTOS

A Deus e Nossa Senhora, meus amigos de todos os momentos.

Ao Professor Doutor Pedro Paulo Teixeira Manus, fonte de sabedoria, exemplo de mestre, mostrando ensinamentos para o desenvolvimento da dissertação, sem os quais não seria possível a conclusão do trabalho. Obrigada Professor, pelas inesquecíveis aulas e pela brilhante orientação.

Também não poderia deixar de agradecer as Professoras:

Dra. Carla Teresa Martins Romar

Dra. Grasielle Augusta Ferreira Nascimento

Dra. Ivani Contini Bramante

Ao Sr. Doutor Paulo Pedersoli, pela ajuda e compreensão.

E a todos aqueles que de forma direta ou indireta contribuiriam para a realização deste trabalho.

RESUMO

A presente dissertação demonstra a importância da prova no Processo do Trabalho, generalidades, origem, conceito, princípios, ônus da prova e os meios lícitos de provas.

A prova é de fundamental importância, dando ao Juiz subsídios para a decisão da lide.

Para uma visão melhor da importância da prova, no Direito Processual do Trabalho Brasileiro, discorreremos sobre o conceito, princípios do processo, bem como os princípios da prova, e a questão do ônus da prova.

O objetivo principal da dissertação versa sobre prova pericial e honorários do perito, entretanto, não foi possível falar de prova pericial, sem mencionar os meios de prova, como depoimento pessoal, prova testemunhal e prova documental.

A prova pericial é necessária quando, faltar ao juiz conhecimentos técnicos e específicos referente a determinado fato, como é o caso de insalubridade e periculosidade.

Como se sabe, existem diversas obras referente ao tema, entretanto, não há ainda uma solução plausível no que se refere ao depósito dos honorários do Perito na Justiça do Trabalho, assunto enfrentado na presente dissertação.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, mas acreditando, ter dado uma pequena contribuição sobre o tema, que com certeza será motivo de muitas discussões para se chegar a uma solução que satisfaça a todos, face, a polêmica do tema.

ABSTRACT

The present dissertation demonstrates the importance of the evidence of the Labor process, generality, origin, concept, principle, onus of evidence and licit ways of evidence.

The evidence is very much important and gives the judge enough subsidies to make the decision about the dispute.

In order to understand the importance of the evidence in a better way it will be discussed About the concept, principle, the evidende principles, as Well as the onus of evidence in the Processual Law of Brazilian Labor.

The objective of dissertation is to analyze the specialit in evidence, as well as his honorary, however, it was not possible to talk about the specialist in evidence without mentioning the ways os evidence, such as: personal testimony, testimonial evidence and documental evidence.

The specialist in evidence is necessary when the judge has to technical or specific experience to evaluate the fact. Some examples are: insalubrity and danger.

As it is know, there are many books about this topic, however, there is no reasonable solution when the question is the honoraray of the specialist of the Labor Justice. This is the subject presented in the dissertation.

There was no intention to drain the subject, but we believe, to have given a small contribution to the topic. It is a sure thing there will be much discussion to be able to find a solution to make everybody satisfied, once it is such a controversial subject.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
------------------	----

CAPÍTULO I

1.DAS PROVAS EM GERAL	18
1.1 Generalidades.....	18
1.2 Enfoque Histórico	22
1.2.1 Origem	22
1.3 Conceito	27
1.4 Objeto da Prova.....	32
1.5 Finalidade da Prova	38
1.6 Classificação das Provas	40

CAPITULO II

2 PRINCÍPIOS	47
2.1 . Conceito	47
2.2 Princípios do Processo	48
2.2.1 Do Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa ---	48
2.3 Princípios Norteadores da Prova	50
2.3.1. da necessidade da prova	51
2.3.2 da unidade da prova.....	52
2.3.3 da lealdade ou probidade da prova	53
2.3.4 da contradição	54
2.3.5 da igualdade de oportunidade de prova	56
2.3.6 da legalidade	57
2.3.7 da imediação	58
2.3.8 da obrigatoriedade da prova	59

CAPITULO III

3- ONUS DA PROVA-----	61
3.1 Introdução -----	61
3.2 Conceito -----	62
3.3 A prova do fato negativo -----	68
3.3 1 Diferença entre fato negativo, e negativa de fato-----	72
3.4 A presunção e a inversão do ônus da prova-----	73

CAPITULO IV

4-DOS MEIOS DE PROVA -----	77
4.1.. Conceito -----	77
4.2 Depoimento pessoal -----	79
4.2..1. Conceito -----	79
4.2.2. Modalidades de depoimento pessoal-----	81
4.2.2.1 Interrogatório -----	81

4.2.2.2 Depoimento Pessoal	81
4.3 Prova Testemunhal.....	86
4.3.1 Noções Introdutórias	86
4.3.2 Conceito de testemunha.....	88
4.3.3. Importância da prova testemunhal.....	91
4.3.4. Classificação da prova testemunhal.....	92
4.3.5 Procedimento de Inquirição	95
4.3.6. Número de testemunha	96
4.4 Prova Documental.....	100
4.4.1. Introdução e conceito de documento.....	100
4.4.2. Classificação dos documentos.....	103
4.4.2.1 particulares ou privados.....	103
4.4.2.2 públicos.....	104

CAPITULO V

5- PROVA PERICIAL.....	107
------------------------	-----

5.1- Conceito.....	111
5.1.1 Perícia.....	111
5.2 Objeto da Prova Pericial.....	115
5.3 Espécies de Prova Pericial	115
5.3.1 .Exame.....	115
5.3.2 Vistoria.....	115
5.3.3 Avaliação.....	115
5.3.4. Arbitramento.....	116
5.3.5 Perícia em matéria acidentária.....	119
5.3.6 Inspeção Judicial.....	120
5.3.6.1 Conceito.....	122
5.3.6.2 Lugar da Inspeção.....	122
5.3.6.2 Inspeção cumulada com perícia	123
5.4 Admissibilidade da prova pericial.....	123
5.5 Necessidade da Prova.....	127
5.6 Função da Perícia.....	131
5.7 Pedido de Perícia.....	132
5.8 Classificação da prova pericial.....	132
5.8.1. Judicial.....	132
5.8.2 Extrajudicial.....	132
5.9 Tipos de perícia.....	133
5.10 Produção antecipada da prova pericial.....	133
5.11 Prova Emprestada.....	134
5.12 Indeferimento da Prova Pericial.....	138
5.13 Dispensa da Prova Pericial.....	140

5.14 Requerimento.....	140
------------------------	-----

CAPITULO VI

6 DO PERITO.....	142
6.1 Conceito.....	143
6.2 Nomeação do perito.....	145
6.3 Indicação de Assistentes e Formulação de Quesitos.....	146
6.3.1 A escusa e a recusa do perito e dos assistentes técnicos.....	147
6.4 Depósito parcial e prévio dos honorários periciais.....	148
6.4.1 Processo Civil.....	148
6.4.2. Na Justiça do Trabalho.....	148
6.5 Designação de dia, hora e lugar do início da Diligência.....	154
6.5.1 Perícia mediante carta.....	155
6.5.2 O Desempenho das Funções do Perito e Assistente.....	155
6.6. Perícia e Atentado.....	155
6.7 Do Laudo.....	156
6.7.1 Princípio da persuasão racional.....	156
6.7.2 Prazo para entrega do laudo.....	156
6.7.3 Da lavratura do laudo.....	157
6.7.4 Da apresentação do laudo.....	157
6.7.5 A falsidade do laudo.....	158

6.7.5.1 Quanto à Falsidade ou Autenticidade do Documento

Letra ou Assinatura.....158

6.8 Nova perícia.....159

CONCLUSÃO161

BIBLIOGRAFIA.....168

INTRODUÇÃO

O objetivo da dissertação é estudar a prova no Direito Processual do Trabalho Brasileiro, a sua importância, demonstrando que não basta alegar o fato, é necessário que se prove, pois não adianta ter o direito, é preciso prová-lo, caso não consiga, é como se não o tivesse.

Muito se ouve falar em provas no processo, mas somente quando se começa um estudo como este, realizado na presente dissertação é que se percebe a importância que a mesma tem, vez que dela depende para se chegar à verdade dos fatos.

Através dos meios de prova, se leva ao conhecimento do Juiz a reconstrução dos fatos relevantes para a solução da lide.

Para que o resultado probatório seja hábil a cumprir a sua finalidade, qual seja chegar à verdade dos fatos alegados, é necessário utilizar os meios idôneos e adequados, através da idoneidade e a adequação dos meios usados é que determinará a qualidade da prova e o poder para convencer o magistrado.

Muito embora seja interessante a prova no Processo do Trabalho no Direito estrangeiro, não foram utilizados no trabalho, que abordou apenas o direito processual brasileiro, entretanto, em algum ponto do trabalho serão encontradas referências estrangeiras.

Além disso, não se encontrará no trabalho um capítulo somente de jurisprudência. Entretanto; no sentido de ilustrar, reforçar a pesquisa, foram as mesmas abordadas no decorrer dos capítulos.

Para melhor entendimento, o presente trabalho iniciou-se relatando sobre generalidades da prova, demonstrando a importância, relevância, vez que nada adianta alegar, se não provar os fatos. A questão do fato se decide pelas provas, por ela se chega à verdade, à certeza, à convicção, ou seja, a finalidade da prova é convencer o Juiz da verdade dos fatos sobre os quais ela versa.

No segundo momento, falou-se da origem, evolução das provas, desde os tempos primitivos até a atual. Predominavam nos tempos primitivos a coragem ou a força do poder divino, acreditando-se que os poderes sobrenaturais influíam na produção das provas; passados alguns anos, foi substituído o rígido controle pela liberdade absoluta, ou seja, princípio da livre convicção. Atualmente prevalece o sistema da persuasão racional, adotado pela lei processual civil nos artigos 131 e 366 do Código de Processo Civil.

Foram abordados também o conceito da prova, objeto, finalidade e classificação. O conceito de prova não é uniforme, entretanto percebeu-se que, de todos os conceitos apresentados, a prova trata da verdade dos fatos, para o seu destinatário, ou seja, o Juiz.

O segundo capítulo aborda sobre os princípios do processo e princípios que regem a prova no processo do trabalho brasileiro, princípio do contraditório e da ampla defesa artigo 5º Inciso IV – Constituição Federal, além dos princípios do processo. O Juiz, ao julgar, terá que se valer dos princípios norteadores da prova, analisar os fatos, formar a sua convicção pela produção da melhor prova.

No terceiro capítulo, falou-se de ônus da prova, havendo divergência: A quem cabe provar o ônus da prova? Caberá o ônus da prova, para aquele que fizer suas alegações em Juízo, deverá a parte provar a existência ou inexistência dos fatos alegados. Os fundamentos da teoria do ônus da prova são: artigo 818

da CLT e artigo 333 Inciso I e II do CPC sendo pacífica a aceitação pelos operadores jurídicos.

A dissertação versa sobre a importância da prova no processo do trabalho brasileiro com enfoque na prova pericial e honorário do perito. Entretanto tratou-se também, no presente trabalho, de outros meios de prova, portanto no Capítulo IV, foi realizado breve estudo dos meios de provas: depoimento pessoal, testemunhal e documentos, demonstrando a importância, conceito e a forma que cada meio de prova deve apresentar.

Assim, sem a pretensão de esgotar o assunto enfocou-se no Capítulo V, prova pericial, conceito, objeto, espécies de prova pericial, classificação, produção antecipada, prova emprestada dentre outras peculiaridades referente à prova pericial.

A prova pericial é necessária quando o Juiz precisar de conhecimentos técnicos, ou seja, os peritos fornecem subsídios para conhecimento e entendimento dos fatos.

O Juiz conhece o direito, mas não tem todos os conhecimentos técnicos, para uma completa avaliação dos fatos. Deve o Juiz, quando necessário, recorrer ao perito, ao especialista, à pessoa “expert” no assunto.

Ressalta-se que o Juiz determina a perícia, entretanto não fica o magistrado nas mãos do perito, ou melhor, o Juiz poderá ou não acolher o laudo pericial, pois a finalidade da perícia é auxiliar o Juiz, a julgar segundo o sistema de persuasão racional.

De início pensava-se em abordar no mesmo capítulo, prova pericial e perito; mas, por questões didática, resolveu-se fazer em capítulos separados, vez que o assunto tanto da prova pericial, quanto da pessoa do perito são extensos.

Sendo assim, o sexto e último capítulo, tratam da pessoa do perito, conceito, nomeação, a escusa e recusa, o laudo. Foi discutido também um ponto polêmico que diz respeito aos honorários do perito: Quem paga quando o

reclamante estiver agasalhado pela Justiça Gratuita? São aplicados os artigos do Código de Processo Civil 19 e 333 no Processo do Trabalho?.

O presente trabalho não teve a pretensão de esgotar o assunto, tão grandioso, mas se acredita ter dado uma pequena contribuição sobre o tema que, com certeza, ainda será motivo de muitas discussões, para se chegar a uma solução plausível, no sentido de serem todos beneficiados e não prejudicados.

CAPÍTULO I

1 DAS PROVAS EM GERAL

1.1 Generalidades

A prova é matéria de fundamental relevância para a decisão do juiz. De nada adianta alegar se não provar os fatos. Torna-se possível a procedência ou improcedência do pedido através de minuciosa análise de uma situação de fato trazido aos autos, para conhecimento do Juiz..

O interesse do Direito pela busca da verdade, demonstrada nos autos, tem eficácia para constranger o julgador a decidir em consonância com o que se espelha, ou seja, os fatos da causa, significando que a verdade consubstanciada na prova está ligada a convencer o Juiz.

O juiz, em virtude de lei, não pode valorar, dar maior ou menor importância a este ou aquele argumento. Por isso, a importância da prova, dando ao juiz subsídios para decisão da lide.

Não se admite que o empregado apenas alegue os fatos. É preciso que demonstre, ao menos por indícios, os fatos alegados, adotando o princípio da

aptidão para a produção da prova, ou seja, indicando quais as provas que pretende produzir.

Os meios usados para encontrar a verdade de determinado fato podem ser: suficientes, insuficientes e até mesmo negativos. Então, relativamente a esse fato, decorrerem três estados de espírito: certeza, dúvida e ignorância.

A prova é o elemento principal e insubstituível, no processo, bem como no próprio direito, que se discute no processo, pois é por ela que se chega à verdade dos fatos, descobrindo quem realmente está com razão.

A prova deve ser “admissível”, isto é, não proibida por lei, e ter valor jurídico para o caso em questão.

Deve ser “pertinente”, pois ela tem por fim apresentar fatos que se relacionem com a questão discutida e aplicabilidade das prescrições legais ou dos princípios do direito à espécie em litígio.

Deve ser “concludente”, pois é uma afirmação de bom senso. Seria inútil provar os fatos, se deles não resultasse um esclarecimento para o juiz, um apoio ao direito, que se deseja ver consagrado.

O ônus da prova incumbe a quem alega o fato do qual induz a existência de um direito. *Ei incumbit probatio qui dicit no qui negat* (Ao que afirma, e não a quem nega, incumbe a prova).

Por intermédio da ação se vê correspondido o direito assegurado. Sendo assim, aquele que possui seu direito violado ou ameaçado pode reclamar as garantias sociais protegidas pela lei. Por meio de uma ação, ou seja, um remédio pelo qual se adquire o direito ou se defende.

Na ação, existe sempre a afirmação de um direito violado ou ameaçado, havendo a alegação de um fato causador da violação ou da ameaça. Então, diz-se que a ação tem por fundamento um ponto de fato. O ponto de fato deve ser provado, porque a sentença a ser proferida pelo magistrado é embasada na

verdade resultante dessa prova, restaurando o direito ameaçado ou violado, em sua integridade e plenitude.

A questão de fato se decide pela prova. Por ela se chega à verdade, à certeza, à convicção. Em consequência, a prova visa como fim último incutir no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado. Assim, a finalidade da prova é convencer o juiz da verdade dos fatos sobre os quais ela versa.

A verdade sobre o fato precisa aparecer para que possa realizar o direito ou torná-lo efetivo. Mas a verdade máxima sendo determinada pela prova, pois se não for pela prova, estará burlando a segurança oferecida pela sociedade às pessoas.

A verdade não pode ser resultante de impressões pessoais do julgador, sem dar atenção aos meios de provas que apresentam no processo; se fosse assim, a Justiça seria o arbítrio, e o direito, a manifestação despótica da vontade do encarregado pela sociedade de distribuí-lo.

O dever do juiz é dizer e investigar a verdade. Para isso se acha munido de poderes extensos, concedidos pela sociedade, encontrando auxiliares nos próprios litigantes, estando estes no dever de fornecer-lhe os meios de investigação. O dever do juiz é procurar obter todas as provas possíveis das partes, compará-las e decidir segundo a sua força probante, fazendo do processo uma arte.

Observa-se que o objeto da prova são os fatos alegados na ação, os quais devem ser verificados, pesquisados para chegar à verdade.

“Se na crença da certeza dos fatos alegados em Juízo está a sua prova no sentido subjetivo, nos meios admitidos ou impostos pela lei para chegar-se a essa convicção está a prova no sentido objetivo. Tomada naquele caráter, a prova é a convicção da verdade sobre os fatos alegados, “a própria certeza da existência positiva ou negativa

do fato probando”, “a certeza da verdade do alegado produzida pela demonstração”, “é a afirmação da existência positiva ou negativa de um fato”. Tomada neste caráter, é o meio, pessoa, coisa, documento, porque a verdade chega ao espírito de quem a aprecia; são os meios de demonstração da verdade dos fatos sobre os quais versa a ação”.¹

“Não pode o juiz, na apreciação dos fatos controvertidos, guiar-se, para nortear e fazer gerar a sua convicção a respeito deles, apenas pela sua consciência, suposições, impressões pessoais...”², pois a livre consciência do homem, está sempre a mercê de erros e ilusões. “Não pode o juiz supor coisa alguma; se o pudesse, deveria logicamente julgar segundo a própria consciência ou o conhecimento que pessoalmente tivesse do fato controvertido o que se lhe contesta, pois que ele somente julga *secundum acta et probata, non secundum, privatum scientiam*.”³ (*segundo feito e provado não segundo convicção íntima*).

Pelo mesmo motivo, é-lhe negado o direito de embasar-se em intuição pessoal, ou de apreciar os fatos controvertidos através da própria experiência.

A. Gusmão⁴ se posiciona sobre o assunto:

“Se ao juiz fosse concedido decidir do direito pelas suas impressões pessoais a respeito das contendas e litígios que ante ele se agitam, ou pelas simples alegações, desacompanhadas de prova, daqueles que comparecem à liça das lutas jurídicas; se lhe fosse facultado julgar e cominar pena ao indigitado autor de um delito de cuja existência ou realidade não haja plena certeza e sobre cuja autoria paira dúvida; se numa palavra, ao juiz fosse lícito agir livremente e desprendido de quaisquer peias jurídicas ou morais, absolvendo ou

¹ A Gusmão, apud, Moacyr Amaral Santos, Prova Judiciária no Civil e Comercial. Vol.I. p. 17.

² Moacyr Amaral Santos, idem, p. 16

³ João Monteiro, apud Moacyr Amaral Santos, idem p. 18.

⁴ A Gusmão, apud, idem, p. 18.

condenando, sem se preocupar com o descobrimento e verificação da verdade, que deve ser o seu rumo, o seu norte invariável, o arbítrio sentar-se-ia no trono da Justiça, e esta não mais seria a garantia das pessoas honestas e dos fracos, nem a mantenedora do direito e guarda vigilante da paz, da ordem e da harmonia, que devem presidir à vida e à marcha das sociedades regularmente organizadas, mas sim a força imane, despótica e tirânica, sempre pronta e aparelhada para negar, desconhecer e aniquilar o direito desprotegido e imbele.”

No processo, a fase probatória é importantíssima, ou seja, é considerado o tema central, podendo-se dizer que é a decisão.

Evaristo de Moraes Filho menciona:⁵

“já que... depende do maior ou menor êxito alcançado em conseguir provar os fatos alegados, o próprio resultado final da causa”.

No processo do trabalho, a afirmação é relevante, em razão da importância que se dá aos fatos, pois neles é que o contrato de trabalho tem a sua formação, a sua execução e a sua extinção.

A prova, no processo do trabalho, é de grande valor para demonstrar os fatos. Na audiência de instrução o juiz deve ser atuante, ter criatividade para descobrir a verdade, pois numa reclamação, existem sempre duas “verdades” que são: do autor e do réu.

1.2 DO ENFOQUE HISTÓRICO

1.2.1 Origem

Para a realização do Estudo referente enfoque histórico e origem da prova, foram pesquisados vários autores como: Francisco Antonio de

⁵ Revista LTr, n. 38, p. 301.

Oliveira⁶, Moacyr Amaral Santos⁷, Christovão Piragibe Toste Malta⁸, Alice Monteiro de Barros⁹.

Nos tempos primitivos, o direito se conscientizava na decisão dos chefes e em alguns casos, usos e costumes.

Não existia a prova judiciária na vida do homem primitivo, das cavernas, isolado com sua família, alheio ou fugidio ao que se passava com outra família distante, mas, com certeza, na rudimentar sociedade que são as fratrias ou cúrias, denominações que a língua grega ou romana deram ao agrupamento de famílias, e mais certamente na tribo, união de fratrias ou cúrias. Naquele tempo, predominavam a coragem ou a força do poder Divino. Essa força era a religião, sem a qual seria impossível a vida em comum. Cada família tinha a sua religião doméstica, e cada cidade a sua religião nacional; a cidade era como uma Igreja, que tinha seus deuses, os seus dogmas, o seu culto.

Entre os gregos e os romanos, assim como os hindus, a lei foi primeiramente uma parte da religião, ou seja, a lei era a própria religião sem que contudo deixasse de ser a lei.

Tanto a lei como a religião tendem a tornar bons os cidadãos. Nos povos primitivos, a lei era a própria religião influenciando na decisão dos homens; acreditavam que Deus se envolvia nas coisas terrenas, impondo castigo para aquele que era considerado culpado.

Na época das ordálias ou Juízes de Deus, o juiz não tinha como controlar as provas. Ele não julgava, apenas organizava ao ritual.

As ordálias constituíam a prova suprema usada pelos povos primitivos e semi-bárbaros da grande família indo européia, bem como dos povos antigos da Ásia. Entre os germanos primitivos, nenhum meio de prova teve mais aplicação, ao contrário dos romanos que não as conheceram.

⁶ A prova no Processo Trabalhista

⁷ Prova Judiciária no Civil e Comercial

⁸ Prática do Processo Trabalhista

⁹ Compêndio de Direito Processual do Trabalho.

As ordálias ou julgamentos de Deus consistiam submeter alguém a uma prova, na esperança de que Deus não o deixaria sair com vida ou sem um sinal evidente, se não dissesse a verdade ou fosse culpado. Prova de caráter eminentemente religioso, numa época em que tudo, o lar, a família, a cidade, o governo e a justiça eram protegidos ou mesmo presididos por um deus, ou por Deus.

Acreditava-se também que poderes sobrenaturais influíam na produção das provas. Como a prova do pombo (se pousasse em determinado lugar, por exemplo, o autor vencía a demanda)

No Direito Romano, já não mais existiam as ordálias; entretanto, elas voltaram com os bárbaros, impondo novas Leis.

Havia a prova do fogo que obrigava o réu a andar sobre as brasas ou tocar a língua em um ferro quente; a prova das serpentes, que o lançava no meio de víboras venenosas, acreditando-se que elas atacavam apenas quem era o criminoso.

Em caso de homicídio, por exemplo, o acusado, que se dizia inocente, era obrigado a tocar as feridas ou o umbigo do cadáver, caso este viesse a sangrar o acusado seria considerado culpado.

A prova do pão e queijo – devia o acusado engolir certa quantidade de pão e queijo, ficando demonstrada a sua culpabilidade se não conseguisse.

A prova da cruz – colocavam-se os litigantes em pé, braços abertos, em forma de cruz, em frente à própria cruz, durante certo tempo ou enquanto se rezava o evangelho. Perdia o pleito quem primeiro deixasse cair os braços de cansado.

A prova pela caldeira pendente suspendia o acusado uma caldeira cheia d'água e pronunciava certas orações: se culpado, a água devia agitar-se e a caldeira virar.

A prova do pão bento tomava o acusado de um pão abençoado: se era culpado, o pão devia fazer um movimento de ondulação; caso contrário, estava provada a sua inocência.

Havia também a prova da bebida amarga. A mulher que era acusada de adultério tinha que beber uma certa mistura: se o rosto se contraísse e os seus olhos se injetassem de sangue era tida como culpada.

Existia o combate judiciário, sendo considerada como a mais famosa e duradoura das ordálias, ou seja, um duelo. Era um costume antigo entre os germânicos, tornando-se lei no reinado de Gondebaud da Borgonha. O costume era mandar que os Juízes intimassem os presentes por três vezes seguidas, convidando-os a:

- 1) se retirar;
- 2) não desejando, manter-se em silêncio;
- 3) não prestar qualquer auxílio às partes, sequer em caso de morte.¹⁰

O duelo era entre os plebeus com os nobres, aqueles enfrentavam estes com escudos e bastão, e estes com as armas que lhes eram próprias, tirando os nobres suas armaduras; ao duelar tinham que descer do cavalo.

Todos lutavam, crianças, mulheres e velhos, as mulheres batiam entre si, Naquele tempo não havia recurso para atacar as decisões, então todo aquele que lutava e era vencido, tinha o direito de lutar com o vencedor. Somente em 1306, no reinado de Felipe, o Belo, que foram proibidos na França os duelos, sendo seguido tal exemplo em outros povos.

Para completar as ordálias, havia o juramento. Na Idade Média, o jurador seguia um ritual, fazia-se acompanhar de conspurgadores que largavam seu testemunho tendo a obrigação de pedir a Deus, que o castigasse caso ele

¹⁰ Moacyr Amaral Santos, Prova Judiciária no Civil e no Comercial. Vol. I, p. 337.

mentisse. Mas, eles não acreditavam muito no Castigo de Deus, eram previstos também nas leis, castigos corporais bem severos.

As ordálias deram lugar ao sistema legal ou positivo, já conhecido em Roma antes da invasão dos bárbaros. Cada prova tinha um valor rígido, inflexível, tarifado.

Com o depoimento de uma só testemunha era um nada; já o de duas, era considerada prova plena. Se um testemunho era fidedigno, valia meia prova; se duvidoso, menos de meia prova. Testemunhas oculares bastavam duas, de ouvir dizer, eram sete. Havia 96 regras a seguir, o juiz tornara uma espécie de contador.

Passados alguns anos, foi mudado o rígido controle, sendo substituído pela liberdade absoluta, derivada do princípio da livre convicção, ou seja, já não era mais tão importante a prova, nem mesmo o direito, mas o íntimo convencimento. O Juiz não precisava motivar suas sentenças; e mais, podendo nem decidir, quando tivesse dúvidas, pois seu poder era quase sem limites.

Prevalece hoje, o sistema da persuasão racional esperando do juiz uma decisão racional, devendo demonstrar no relatório sua sentença que analisou o processo, expondo nos fundamentos, os motivos que o levaram à referida decisão, e no dispositivo concluir o seu raciocínio.

O sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, foi adotado pela Lei Processual Civil, nos artigos 131, que deve ser combinado com artigo 366 ambos do Código de Processo Civil¹¹.

Moacyr Amaral Santos comenta sobre a convicção judicial:

“Condiciona-se à convicção do juiz, ainda, às regras legais, no sentido de que deverá considerá-las na apreciação da prova. Se o

¹¹ Art.131 – O Juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento” “art. 366 – Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”.

fato é de natureza a ser prova por instrumento público, ou particular, este não deverá ser substituído por prova testemunhal. Certos fatos exigem prova escrita (documentos). Há fatos cuja existência ou inexistência é presumida pela lei (presunções legais), outros que dependem de prova pericial. De tais regras legais não pode o juiz desvincular-se na formação de sua convicção.”¹²

Conclui-se que, segundo a convicção judicial no Processo Civil Brasileiro, o juiz aprecia os fatos e circunstâncias que constam dos autos, mesmo que não alegados pelas partes a respeito do mesmo, extraíndo o resultado dos fatos apreciados. Não pode o magistrado ignorar as regras legais no que se refere à forma e à prova dos atos jurídicos.

O Juiz deverá levar em conta também as provas que consistem em presunções legais. (art. 334 do CPC)¹³; finalizando, não se pode esquecer que deverão ser norteadas a convicção judicial e as regras da experiência, (art. 335 do CPC)¹⁴.

1.3 Conceito

O conceito de prova não é uniforme; entretanto, percebe-se que por intermédio de todos os conceitos que serão apresentados, a prova trata de demonstrar a verdade dos fatos para o seu destinatário, ou seja, o Juiz.

Provar – “Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não dos fatos relevantes no processo (Chiovenda)..Alsina sustenta que em sua acepção lógica provar é demonstrar a verdade de uma proposição, mas em sua significação corrente, expressa uma operação mental de comparação

¹² Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, p. 382-383.

¹³ Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontroverso; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

¹⁴ Art.335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvando, quanto a esta, o exame pericial.

confrontação da versão de cada parte com os meios produzidos para aboná-la”.¹⁵

Quanto ao aspecto etimológico da palavra prova, explica *De Plácido e Silva*:

“ do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entende-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado”.¹⁶

Em sentido amplo, o vocábulo prova (originário do latim *proba*, de *probare* = demonstrar) significa tudo o que demonstra a veracidade de uma proposição ou a realidade de um fato...¹⁷

Francesco Carnelutti ensina que:

“Provar significa de fato, comumente, demonstrar a verdade de uma proposição afirmada”.¹⁸

“...os fatos que o juiz olha ou escuta chamam-se provas. As provas (*de probare*) são fatos presentes sobre os quais se constrói a probabilidade da existência ou a inexistência de um fato passado; a certeza se resolve, a rigor, em uma máxima probabilidade. Um juízo sem provas não se pode pronunciar; um juízo não se pode fazer sem provas...”¹⁹

¹⁵ Amauri Mascaro Nascimento, Curso de Direito Processual do Trabalho, p. 403.

¹⁶ De Plácido e Silva . Vocabulário Jurídico, p.1253.

¹⁷ Aulete Caldas, Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa, p .3300.

¹⁸ A prova Civil, p. 71.

¹⁹ Francesco Carnelutti, Como se Faz Um Processo, p. 50.

No entendimento de Fernando da Costa Tourinho Filho²⁰, a palavra prova significa:

“...de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz, visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. Às vezes, emprega-se a palavra prova com o sentido de *ação de provar*. Na verdade, significa fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós. Nós a conhecemos, os outros, não. Cumpre-nos, então se quisermos provar, isto é, se quisermos tornar conhecida de outros a verdade que conhecemos, apresentar os necessários meios para que os outros a conheçam”.

Manoel Antonio Teixeira Filho²¹ conceitua prova com os seguintes dizeres:

“É a demonstração segundo as normas legais específicas, da verdade dos fatos relevantes e controvertidos no processo”.

Explicando o conceito, confirma o autor que:

“*Demonstração*, porque em concreto, à atividade probatória, que às partes preponderantemente incumbe, em decorrência, do ônus objetivo que a lei lhe atribui (CLT. Art. 818), consiste em trazer aos autos elementos que demonstrem a verdade dos fatos alegados e com base nos quais deverão desenvolver um raciocínio lógico, tendente a influir na formação do convencimento do órgão jurisdicional; *segundo as normas legais específicas*, porque o direito processual não apenas estabelece as modalidades de prova admitidas em Juízo (CPC, art. 332), mas também disciplina o procedimento probatório das partes; *da verdade dos fatos*, porque, regra genérica, o objeto da prova são os fatos (CPC, art. 332), como tais considerados todos os acontecimentos do mundo sensível, capazes de provocar repercussão na ordem jurídica; só excepcionalmente se exigirá prova do direito (CPC, art. 337);

²⁰ Processo penal, p. 199-200.

²¹ A prova no Processo do Trabalho, p. 36-37.

relevantes, porque a prova não deve incidir sobre todos os fatos narrados na ação, mas somente em relação àqueles que se revelam importantes (relevantes) para a justa composição da lide; e *controvertidos*, porquanto devem ficar fora do campo da prova os fatos incontroversos, assim entendidos os que, sendo afirmados por uma das partes, são confessados pela parte contrária (CPC, artigos. 302 e 334, II); os admitidos no processo como incontroversos (CPC, artigo 334, III), bem assim os notórios (artigo 334, I) e aqueles em cujo favor milita a presunção legal de existência ou de veracidade (artigo 334, IV); *no processo*, vez que os fatos a serem provados são os que foram trazidos pelas partes ao conhecimento do juiz; assim, os fatos que permaneceram à margem do litígio (embora pudessem ser relevantes), ou que foram narrados intempestivamente, não podem ser destinatários da prova – “Quod non est in actis non est in mundo”, (*o que não esta na ação não está no mundo*) adverte o conhecido apotegma jurídico, de larga e proveitosa aplicação na realidade forense.

Para Humberto Theodoro Júnior: :“Há, dois sentidos em que se pode conceituar no processo:

a)um objetivo, isto é, como instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc);

b)e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.²²

Vicente Greco Filho, entende prova como:

²² Curso de Direito Processual Civil, p. 416.

“a prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. No processo, a prova é todo o meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato. A palavra prova é originária do latim *probatio* que, por sua vez, emana do verbo *probare*, com o significado de examinar, persuadir, demonstrar.”²³

Para Carla Teresa Martins Romar prova é:

“ todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato”²⁴

Na opinião de Francisco Antonio de Oliveira:

“Prova é o meio pelo qual se convence alguém da existência de determinado fato. No processo, traduz meio hábil e objetivo de convencer o julgador da veracidade ou não dos fatos alegados.”²⁵

Segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“as provas são meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico”.²⁶

No entender de Isis de Almeida, prova é:

“a série de elementos constantes dos autos de um processo que, em conjunto ou individualmente, conduzem ao conhecimento dos fatos, objeto da ação e da defesa, afirmando-lhes a veracidade e dando procedência às alegações das partes. É a demonstração legal da

²³ Direito Processual Civil Brasileiro, p. 194

²⁴ Direito Processual do Trabalho, p.123

²⁵ A prova no processo do trabalho, p. 31.

²⁶ Código de processo Civil Comentado, p. 755.

existência e/ou autenticidade de um fato material ou de um ato jurídico que interessa ao êxito do que se pleiteia.”²⁷

Nas palavras de Moacyr Amaral Santos, prova é:

“a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo”.²⁸

A prova é o meio lícito de convencer o Juiz, da verdade alegada pelas partes no processo, levando ao conhecimento do Julgador todos os elementos capazes de esclarecer os fatos para chegar-se ao deslinde dos fatos.

1.4 Objeto da prova

Objeto da prova para Manoel Antonio Teixeira ²⁹:

“O objeto da prova são os fatos (*do latim factum, de facere = fazer, causar*) narrados pelo autor, pelo réu ou por terceiros, que na técnica processual se referem aos acontecimentos jurídicos (fatos jurídicos naturais), ou atos jurídicos ou ilícitos (fatos jurídicos voluntários), originadores do conflito intersubjetivo de interesses(...) Em outro sentido, os fatos, se correlacionados com o direito, indicam o evento em si, ou seja, aquilo que realmente ocorreu ou se alega haver ocorrido; já o direito atine à norma ou ao princípio legal em que as partes fundamentam as suas pretensões. Aos litigantes incumbe demonstrar apenas a veracidade dos fatos articulados, a fim de que o juiz faça incidir, concretamente, a regra jurídica apta para reger a espécie e, com isso, solver a controvérsia: (*da mihi factum, dabo tibi ius*” (dá-me o fato e te darei o direito) – proclama o vetusto aforismo

²⁷ Manual da Prova no processo Trabalhista, p. 21.

²⁸ Primeiras Linhas do Direito Processual Civil, p. 329.

²⁹ A Prova no Processo do Trabalho, p. 43.

latino, que constitui uma espécie de síntese feliz da própria função jurisdicional.”

Isis de Almeida discorre sobre o objeto da prova³⁰: Os artigos do Código de Processo Civil, 319, 334 e 337, dispõem, que necessariamente se provam os fatos:

- a) Controverso, isto é, os que foram contestados;
- b) Aqueles, cuja existência não é verossímil, segundo o juízo comum;
- c) Os pertinentes à causa; articulados no pedido e na defesa, portanto;
- d) O direito, municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, quando expressamente alegados.

Não dependem de provas os fatos:

- a) Notórios;
- b) Afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;
- c) Admitidos, no processo, como incontroversos;
- d) Em cujo favor milita a presunção legal de existência ou veracidade;
- e) Os usos e costumes.

Fatos controversos e fatos controvertidos, não se confundem, vez que, fatos controversos são os contrariados pela parte adversa, e os fatos controvertidos são incompatíveis entre si.

³⁰ Manual das Provas no Processo Trabalhista, p. 27.

Não isenta de prova a verossimilhança de um fato, quando o fato verossímil está ligado a outro que não o é. Caso não comprovado este, aquele não se beneficiará da sua verossimilhança.

O fato verossímil é fato possível, mas é necessário ser possível também a sua prova.

A verossimilhança pode variar com o tempo e no espaço. Anos atrás era inverossímil alguém pisar no solo lunar.

Essa variação também se entende com o notório, ou seja, o que é de conhecimento geral num lugar pode não sê-lo em outro.

O fato pode ser notório, entretanto pode não ser verdadeiro. Portanto, provar a notoriedade não é a mesma coisa que provar a verdade do fato, mas se o fato notório não precisa de prova, é possível de outro lado permitir a parte que ficar prejudicada pelo fato, provar que o mesmo tido como notório na verdade não é verdadeiro. Isto é consequência do direito à contestação.

Nota citada por Isis de Almeida ³¹ – Se o incontroverso não se prova, nem por isso o juiz se mantém impassível quando autor e réu não se contrariam, no pedido e na contestação, uma vez que podem estar em conluio para fixar, nos lindes do processo, fatos a que a ambos interessa dar força legal, em detrimento do interesse de terceiros, do Estado ou do interesse público. Nesse caso, convencendo-se o magistrado da fraude, proferirá sentença que obste aos objetivos das partes. Nas mesmas condições, se estas se servem do processo para praticar atos simulados ou conseguir fim proibido por lei.

Na área trabalhista, citam-se os casos de reclamatória pleiteando direitos trabalhistas, com a defesa acolhendo a relação empregatícia e apenas discutindo parcelas de somenos, quando o autor jamais fora empregado do reclamado, e pretendia, com a ajuda deste, fixar

³¹ Idem p. 28.

o vínculo e um tempo de serviços, para fins junto à Previdência Social.

Conclui o autor, deve-se acrescentar que, se é certo que só o fato controverso tem de ser provado, pode-se dar o caso de um fato incontroverso provocar uma dúvida no espírito do julgador, quando as circunstâncias as indiquem que interessa à Justiça constatar a verdade real daquele fato, por serem possíveis prejuízos a terceiros, ao Estado ou ao interesse público, originados na incontrovérsia, que, afinal de contas, revela-se nos autos apenas por concordância das partes”.

É importante distinguir direito consuetudinário, dos usos e costumes.

Do direito consuetudinário se exige prova quando for determinado pelo juiz. O artigo 337 do Código de Processo Civil ³² esclarece que a prova será do teor e da vigência.

A regra da *mihi factum, dabo tibi jus*, (dá-me o fato e te darei o direito), imposta ao juiz, só tem aplicação absoluta em se tratando de lei federal. No que se refere ao direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, não tem o juiz nenhuma obrigação de conhecê-los, sendo ônus da parte prová-los se assim determinar o juiz.

Vicente Greco Filho³³,” menciona, sobre a dificuldade de provar-se a vigência de lei estadual ou municipal, (mesmo com a exigência do artigo 337), porque ninguém pode, no Estado ou no Município, atestar ou certificar que determinada norma está em vigor, porquanto a vigência, muitas vezes, depende de interpretação que só ao juiz cabe definir. Quando muito pode o Estado ou o Município certificar que não consta revogação expressa, cabendo à parte levar ao juiz outros elementos de convicção sobre a vigência. Aliás, como as leis,

³² art. 337 – A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.

³³ Vicente Greco Filho, Direito processual Civil Brasileiro, p. 196-197.

em princípio, são aprovados para vigência por tempo indeterminado, não havendo revogação expressa, presume-se, em caráter relativo, que estão em vigor, invertendo o ônus de provar que não estão para a parte contrária.

A prova do direito costumeiro se faz por todos os meios admissíveis em juízo, inclusive a juntada de sentença anterior que o tenha reconhecido, ressalvada a competência das Juntas Comerciais para a expedição de certidões sobre o costume consagrado mediante assento, registrados em livros próprios.

Em se tratando de direito estrangeiro, a prova é feita mediante apresentação dos compêndios de legislação atualizados, por certidão diplomática, por pareceres ou livros de doutrina, e se for o caso, até por testemunhas que tenham conhecimento jurídico, cabendo ao juiz o cauteloso arbítrio em valorar tal prova, especialmente se sobre o direito estrangeiro instaurar-se controvérsia”.

O direito consuetudinário ou costumeiro é o conjunto de regras que se estabelecem pelo costume ou pela tradição. De Plácido e Silva³⁴ esclarece: “ Mas, para que o costume seja admitido como regra e, nesta condição, possa ingressar no Direito Costumeiro, indispensável que se tenha fundado em uso geral e prolongado (tradição), havendo a presunção de que o consenso geral a aprovou”.

Usos e costumes são fatos que ocorrem habitualmente na vida de um povo, de uma cidade, de um lugar, ou que ocorreram, em certa época, ou ainda estão ocorrendo.

³⁴ Vocabulário Jurídico, p. 532.

Moacyr Amaral Santos³⁵, fala sobre usos e costumes:

“usos e costumes comerciais”, classificando-os, desde logo, em “gerais” e “locais”, e esclarecendo que os primeiros se provam pelos meios admissíveis em juízo, enquanto os segundos reclamam prova especial, que se forma através de “assentos” e atestados fornecidos pela Junta Comercial local. Esta, ou repartição de igual competência, encarrega-se, por força de lei, de coligir os usos comerciais, e, depois de havê-los como verdadeiros e pacíficos, em processo competente, “assenta-os”, isto é, registra-os em livros próprios. Tomados por “assentos”, os usos comerciais traduzem normas jurídicas, com força obrigatória, enquanto não forem revogados por lei”.

A CLT no artigo 8º³⁶ prevê que, na falta de disposições legais ou contratuais, poderão ser utilizados os usos e costumes.

Alguns dispositivos legais permitem os usos e costumes para o pagamento de certas verbas trabalhistas.

Como as horas extras prestadas com habitualidades, ou seja, costumeiras, integrarão às demais verbas (férias, 13º salário, FGTS, etc,).

Para usar o costume como norma, é preciso o uso longo, constante, e uniforme de determinado fato.

O atual Código Processo Civil não faz menção expressa a usos e costumes na área da prova, como o fazia o antigo, até em capítulo à parte, nos (artigos 259, 260, 261 e 262). Nesses dispositivos se estabelecia que os usos e costumes se provavam pelos meios admissíveis em juízo; quando fosse de

³⁵ Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, p. 507.

³⁶ art. 8º 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, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

natureza comercial, de praça nacional, provar-se-iam por certidão das repartições incumbidas do respectivo registro; e por ato autêntico, devidamente legalizado, no país em que tivessem origem, se, se tratasse de usos e costumes comerciais estrangeiros.

Nota-se que o costume não revoga a lei, mesmo sendo uma fonte de direito. Entretanto somente atua no caso de a lei ser omissa. “ quer dizer o costume não pode entrar em conflito com a lei porque quando ele atua é sinal de que não existe lei que preveja o caso a que ele se refere” ³⁷.

1.5 Finalidade da prova

A prova produzida visa fundamentalmente convencer o Julgador a veracidade ou não dos fatos alegados.

Segundo Moacyr Amaral Santos³⁸, a prova tem uma única finalidade:

“convencer o juiz, nesta qualidade, da verdade dos fatos sobre os quais ela versa”

Manoel Antonio Teixeira Filho³⁹ opina sobre a finalidade da prova, dizendo que:

“Não apenas convencer, mas, sobretudo, constringir e nortear a formação de seu convencimento, pois sabemos que, por força de disposição legal (CPC, artigo 131), o julgador não pode decidir contra a prova existente nos autos, sob pena de nulidade da sentença. O princípio da persuasão racional, adotado pelo CPC vigente, desautoriza o Juiz a julgar segundo a sua íntima convicção, impondo-lhe que o faça de maneira fundamentada; a fundamentação, no caso, é feita com vistas à prova produzida e

³⁷ J. M. de Carvalho Santos, apud, Isis de Almeida, Manual das Provas no Processo Trabalhista, p. 29.

³⁸ Prova Judiciária no Civil e Comercial, Vol. I, p. 15.

³⁹ A Prova no Processo do Trabalho, p.65.

traduz uma exigência constitucional (Constituição Federal, artigo 93, inciso IX).”

Christovão Piragibe Toste Malta ⁴⁰ afirma que:

“Finalidade da prova é evidenciar que determinados fatos ocorreram e assim formar o convencimento do juiz”.

No entendimento de Carla Teresa Martins Romar a prova tem por finalidade:

“Convencer o Juiz sobre a existência ou não de algum fato que seja relevante para o processo. Como a prova não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é impossível, mas a certeza relativa suficiente para formar a convicção do magistrado”. ⁴¹

Conclui a autora que:

“Assim, as provas devem ser capazes de trazer aos autos a verdade dos fatos, a verdade real. Na busca da verdade real o juiz do trabalho tem liberdade na direção do processo, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento dos fatos (CLT, 765). Isso não significa, porém, que pode haver excesso de poder ou que possa ser negada às partes a ampla defesa”⁴²

Alice Monteiro de Barros menciona sobre Finalidade e importância da prova:

“O juiz conhece o direito mas, não o fato. Para julgar é preciso conectar um e outro. Relacionar o fato da vida à norma jurídica correspondente. Daí a necessidade de um processo: o processo de

⁴⁰ Prática do Processo Trabalhista, p. 409.

⁴¹ Direito Processual do Trabalho, p.123.

⁴² Direito Processual do Trabalho, p.124.

conhecimento. Seu coração é a prova. É ela que permite ao juiz apreender o fato e, em seguida, aplicar o direito.

É interessante notar, com Carnelutti, que o raciocínio do juiz é inverso ao do matemático. Ele pensa depois e não antes de completar a operação. Daí por que a prova se destina a “controlar a verdade de uma proposição”.

É certo que a prova nem sempre revela o que realmente aconteceu. Mas nem por isso, necessariamente haverá nulidade, pois o processo se contenta com a verdade formal. De certo modo, o juiz tem poderes suficientes para buscar a verdade real. E essa deve ser a sua preocupação constante.

Note-se, por fim, que o processo é uma forma de intervenção direta da sociedade na atividade do Estado. Como o próprio nome indica, as partes realmente participam da solução dos conflitos. A sentença não é criação exclusiva do juiz, mas obra que leva o toque dos vários autores do processo. Daí a importância política da prova: é através dela, especialmente, que as partes podem influir como co-autoras na solução da lide.⁴³

Em suma, a prova não tem em si mesma um fim, seja moral ou filosófico; na verdade sua finalidade é prática, ou seja, convencer o juiz; não se busca a certeza absoluta, pois é impossível de tê-la, mas aquela certeza que seja suficiente para convencer o julgador.

1.6 Classificação das Provas

⁴³ Compêndio de Direito Processual do Trabalho, p. 339-340.

Entre as diversas classificações de provas pesquisadas, destacam-se as sugeridas pelos autores Nicola Flamarino Dei Malatesta⁴⁴ e Echandia citado por Amauri Mascaro Nascimento⁴⁵.

1-Classificação das provas, segundo Nicola Flamarino Dei Malatesta: o autor adota três critérios de classificação: objeto ou conteúdo; o do sujeito e o da forma da prova.

a) Objeto da prova é o fato por provar-se, dividindo-se em duas classes: Prova direta e Prova indireta

Prova direta é a que se relaciona ao fato probando; tendo por finalidade os fatos que constituem o motivo da controvérsia. Como exemplo: Testemunha que presenciou o fato alegado pelo autor e contestado pelo réu (como marcar cartão de ponto do colega, causa da despedida do empregado)

Prova Indireta é a que não se refere ao fato probando, mas outros fatos a este ligado, quando resulta de raciocínio.

Sujeito da prova é a pessoa ou coisa de quem ou de onde dimana a prova, a pessoa ou coisa que afirma ou atesta a existência do fato probando. Também quanto ao sujeito a prova se divide em duas classes: Prova pessoal ou verificação de pessoa e Prova real ou verificação da coisa.

Prova pessoal é quando a própria parte faz uma afirmação ou das testemunhas, podendo decorrer de documento de declaração das partes.

Prova real é a prova referente ao fato probando, podendo ser materialmente verificável: por documento, perícia, dentre outros.

Forma da prova é a modalidade ou a maneira pela qual ela pode apresentar-se ao magistrado, pela qual se constitui ou produz.

⁴⁴ A lógica das provas em Matéria criminal, p. 118-119.

⁴⁵ Echandia apud, Amauri Mascaro Nascimento, Curso de Direito Processual do Trabalho, p. 413-415.

A prova quanto à forma divide-se em três classes:

1ª A prova testemunhal, em geral a verificação de pessoa na forma real ou possível da oralidade e explica o autor.

O testemunho, enquanto provém de testemunhas que intervieram *in facto* (*no fato*) e tem por objeto coisas perceptíveis pelo comum dos homens, chama-se prova testemunhal comum; quando ao contrário, provém de testemunhas escolhidas *post factum* (*após o fato*) e tem por objeto coisas perceptíveis, só a quem tem uma perícia especial, chama-se prova testemunhal pericial. O testemunho comum, portanto, compreende o de terceiro, o do acusado e do ofendido. Logo, a perícia o depoimento de um terceiro, o depoimento do acusado e o do ofendido não são senão tantas outras subespécies desta classe que denominamos de prova testemunhal.

2ª A prova documental, a verificação de pessoa na forma do escrito ou de outra materialidade permanente, enquanto tal verificação não seja reproduzível oralmente, como precisaremos em tempo e lugar próprios.

3ª A prova material, a verificação de coisa na materialidade das suas formas diretamente percebidas.

2- classificação das Provas segundo Echandia, citado por Amauri Mascaro Nascimento, baseando-se nos seguintes critérios:

“I - Segundo seu objeto:

- provas diretas e indiretas, conforme o fato objeto de percepção seja ou não diferente do fato que se prova;
- provas principais ou acessórias, segundo o fato ao qual se referem forme parte do fundamento fático da pretensão ou exceção, ou do ilícito investigado, em cujo caso sua prova é indispensável, ou que, ao contrário, apenas indiretamente se relacione com os supostos da norma por aplicar, razão pela qual sua prova não é necessária;

II – quanto à forma: escritas ou orais;

III- quanto à estrutura ou natureza;

- provas pessoais e reais ou materiais, conforme o ato da prova seja produto de um ato humano, como o depoimento, ou constitua uma coisa a ser mostrada, como uma pedra;

IV – segundo a função:

- provas históricas, críticas ou lógicas, assim explicadas por Carnelutti: 'Em certas ocasiões, o meio de prova subministra ao Juiz uma imagem do fato a provar, quer dizer, tem uma função representativa de tal fato e é, portanto, um fato representativo de outro fato real acontecido ou de uma experiência; a prova fixa historicamente esse fato, descreve-o tal como ocorreu e foi percebido por quem o comunica ao juiz, pelo que denomina-se histórica; quando o Juiz decide com fundamento nessa espécie de prova, sua atividade e sua função se assemelham às do historiador e exigem a concorrência de outro sujeito, a saber, quem transmite a imagem do objeto, representado mediante seu discurso, seu escrito ou seu desenho; exemplos dessa classe de provas são as testemunhas, a confissão, a perícia (provas pessoais) e o documento, o desenho, a planta, a fotografia (provas reais). Outras vezes a prova carece de função representativa e não desperta na mente do Juiz nenhuma imagem distinta da coisa examinada, mas subministra um termo de comparação para obter um resultado probatório mediante em juízo, não tanto para a comprovação quando para a formação da imagem do fato, razão pela qual é denominada crítica pela maioria dos autores, ou lógica ou jurídica, por outros; tal é o caso dos indícios, as presunções, as inspeções'.

V – segundo a finalidade

Prova e contraprova, conforme a sua destinação, que é satisfazer um ônus ou desvirtuar a prova apresentada pela parte contrária;

provas formais e substanciais, as primeiras, cujo valor é apenas *ad probationem* (para a prova) cumprem uma função unicamente processual, as segundas, ao contrário, sendo *ad solemnitatem* ou *ad substantiam actus*, (para solenidade ou para a substância do ato) tem um valor material ou substancial, além do processual.

VI – segundo o resultado

provas plenas, perfeitas ou completas e imperfeitas ou incompletas, as primeiras quando, por um só meio, é possível obter o imediato convencimento do juiz; as segundas quando várias provas em conjunto levam a esse convencimento, e as terceiras quando não bastam para o convencimento do juiz.

VII – segundo o grau ou categoria

Provas primárias ou secundárias, entendendo-se por primárias as provas que têm por tema o fato que se pretende demonstrar, e secundárias aquelas que têm por outra prova, quer dizer, com elas se pretende provar outra prova;

VIII – segundo os sujeitos proponentes

Provas de ofício das partes ou de terceiros: as primeiras são as provas determinadas pela iniciativa do juiz, as segundas são aquelas requeridas pelas partes, e a terceira são as provas que dependem de ato de terceiro;

IX – segundo o momento da produção

Provas processuais ou judiciais e extrajudiciais e provas pré-constituídas e casuais: processuais são as provas praticadas no curso do processo,

extraprocessuais são as provas que têm origem fora do processo, pré-constituídas e casuais, segundo o momento e a intenção de sua criação, porque algumas provas não foram produzidas para o fim das provas, como a arma que dispara um tiro, enquanto outras são feitas com o objetivo de provar em juízo, como os contratos;

X – segundo sua contradição

Provas sumárias ou controvertidas, conforme seja ou não contradita a prova em juízo.

XI – segundo a utilidade

Provas conducentes e inconducentes, pertinentes ou impertinentes e irrelevantes, úteis e inúteis, possíveis ou impossíveis;

Conducentes são as provas que estão permitidas pela lei, quer porque se acham incluídas numa enumeração taxativa, quer porque não estão proibidas; inconducentes são as provas que a lei não autoriza; pertinentes são aquelas que recaem sobre fatos relacionados com o litígio; impertinentes ou irrelevantes são as provas que têm por objeto fatos que não se relacionam com o litígio; úteis são as provas que podem contribuir de algum modo para o esclarecimento; inúteis são as que em nenhum aspecto podem prestar um serviço ao processo; possíveis são as provas que fisicamente podem ser praticadas; impossíveis são aquelas que não podem ser praticadas;

XII – segundo sua relação com outras provas

Provas simples ou compostas ou complexas e concorrentes ou contrapostas; a prova é simples quando um só meio basta para levar a convicção ao juiz; composta ou complexa quando essa convicção é obtida com um desdobramento de atos; concorrente é a prova que se completa com vários meios de prova levados ao juiz para formar um mesmo sentido de convicções; contrapostas são as provas em que

vários meios estão em contraposição – uns servem e outros não servem para formar uma conclusão; é a prova conflitante, portanto;

XIII- segundo sua licitude ou ilicitude

Provas lícitas ou ilícitas: lícitas são as provas que estão incluídas entre as autorizadas pela lei e ilícitas são aquelas que não estão (ex. o emprego de drogas para obter a confissão”.

CAPÍTULO II

2 PRINCÍPIOS

2.1 Conceito

Para Miguel Reale⁴⁶

“Princípios são ‘verdades fundandes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *praxis*”.

“Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da

⁴⁶ Lições Preliminares de Direito, p. 303.

correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção⁴⁷.

Os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais. Na medida em que abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão.

2.2 Princípios do processo

2.2.1 Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa

O artigo 5º, Inciso LIV, bem como o artigo XI, n. 01 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, garantem que :

“ todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido assegurada todas as garantias necessárias à sua defesa”.

“ O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito de formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral.

⁴⁷ Humberto Avila, Teoria dos Princípios, p. 70.

“Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo, pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-lhe-se ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.”⁴⁸

Estes princípios estão expressamente na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, Inciso LV, assegurando aos litigantes, em processos judiciais, a igualdade na apresentação das provas.

Muito embora o juiz tenha liberdade de dirigir a prova, entretanto, não tem autorização de julgar sem observar as regras estabelecidas pela Lei quanto à força e à prova dos atos jurídicos. Não pode o magistrado julgar através de seu próprio critério, ou seja, terá que seguir os princípios estabelecidos pela doutrina e a lei para formar o seu convencimento.

Portanto, ao julgar, o juiz terá que cumprir alguns princípios básicos na formação do convencimento: ⁴⁹

1) A certeza é uma e não pode deixar de ser uma só. “Em matéria de certeza, não existe meio-termo; tem-se a certeza ou não se tem.” Por isso mesmo a *convicção não tem graduações*. Não é lícito ao juiz dizer que está mais convicto a acreditar do que a não acreditar na existência, ou na inexistência, do fato probando.

2) A convicção deve ser formada no *exame direto das provas*, as quais, quanto possível, devem apresentar-se diretamente aos sentidos do juiz. Respeitando e obrigando a aplicação desse princípio.

⁴⁸ Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, p. 124-125.

⁴⁹ Malatesta, apud, Moacyr Amaral Santos, Prova Judiciária no Civil e Comercial, Vol. I, p.19-20.

3) A convicção deve resultar de provas para as quais não haja limitação preestabelecida de valor quanto ao objeto provado. É o princípio da *liberdade objetiva das provas*, que admite exceções para os atos que dependem de forma especial.

4) Também a prova deve ser *subjetivamente livre*, no sentido de que o sujeito da prova, a pessoa que depõe, não esteja submetido às condições físicas ou psíquicas capazes de desnaturar a verdade.

Como cautela contra o arbítrio do juiz, contra convicções que não convencem, a experiência formulou o *princípio da publicidade das provas*. É necessário que as provas se apresentem à apreciação do juiz de uma forma que torne possível a apreciação contemporânea do público.

A convicção deve ser obtida pela *produção da melhor prova*, no sentido, subjetivo, objetivo ou formal. São provas subjetivamente melhores, a testemunha de ciência própria com referência à que sabe por ouvir dizer; o documento original com referência à sua cópia. É objetivamente melhor, a testemunha que pode exprimir-se de viva voz sobre a que pode exprimir-se apenas por sinais. É prova formalmente melhor aquela que é produzida na presença do juiz sobre aquela que é trazida ao Juízo por interposta pessoa.

2.3 Princípios Norteadores da Prova

Referente aos princípios da prova, vários posicionamentos são encontrados. Adotam-se posicionamentos de Amauri Mascaro Nascimento⁵⁰ e Sergio Pinto Martins⁵¹, para quem as provas se submetem a oito princípios fundamentais:

1) princípio da necessidade da prova; 2) princípio da unidade da prova; 3) princípio da lealdade ou probidade da prova; 4) princípio da contradição; 5) princípio da igualdade de oportunidade de prova; 6) princípio da legalidade; 7) princípio da imediação; 8) princípio da obrigatoriedade de prova.

⁵⁰ Curso de Direito Processual do Trabalho, p. 404-405.

⁵¹ Direito Processual do Trabalho, P. 288-289.

2.3.1 da Necessidade da Prova

Este princípio demonstra que não basta a simples alegação dos fatos em Juízo, é necessário que se prove, pois os fatos não provados não existem no processo, vez que a prova é a base e fonte da sentença; o Juiz fará o julgamento de acordo com o alegado e provado pelas partes.

Desta forma, não bastam simples ou meras alegações; os fatos trazidos em Juízo devem ser totalmente provados, para que o Julgador os admita como verdadeiros.

O artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho preceitua:

“A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

A constituição Federal dispõe em seu artigo 5º Inciso LVI:

“São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”

Conclui-se que, quem não consegue provar o que alegou, é como se nada tivesse, havendo portanto necessidade de provar para que se possa exercer o direito.

A necessidade de provar está em que o Juiz não se pode deixar impressionar somente com as alegações apresentadas pelos interessados. A lei exige que ele decida, formando a sua convicção, apoiando-se na prova produzida nos autos.

O Juiz busca, por meio de seu convencimento, a verdade real, devendo esta prevalecer no processo, podendo assim, aplicar determinada regra legal ao caso específico e ao fato provado.

A regra é: aquilo que não está nos autos não está no mundo, pelo que o juiz estará restrito àquilo que constar dos autos, não pode o juiz decidir com base

e circunstâncias e fatos estranhos ao processo, nem fundar, em apreciações de caráter subjetivo do juiz.

A 5ª Câmara Civil do TAMG, na Apelação Civil 362.018-4, j. 06-06-02, assim entendeu:

“A apuração dos fatos ensejadores da lide e a pesquisa do direito a eles aplicável é atividade oficial atribuídas ao juiz, cabendo a ele determinar e escolher as provas que entende aptas e necessárias, suficientes à formação de seu convencimento, para dar uma solução jurídica ao litígio”.

2.3.2 da Unidade da Prova

Embora haja diversos meios de prova, o princípio em análise indica que a prova deve ser analisada em seu conjunto, num todo, e não isoladamente,

O juiz deverá apreciar todas as provas produzidas nos autos; assim, diante de todas as provas, como um documento ou um depoimento, devem ser apreciados com as demais provas existentes dos autos, para que não dê preferência de uma ou de outra prova, e sim valorá-las, adequadamente.

O princípio da unidade da prova indica que as provas serão apreciadas em seu conjunto, não havendo necessidade de decidir em favor de um dos litigantes, só porque um deles provou a maioria dos fatos em que se apóiam os seus pedidos. Pouco importam os meios de provas utilizados, desde que sejam lícitos, moralmente legítimos, não proibidos por lei. Na verdade, o importante é que os meios utilizados sejam eficientes, dando certeza, convicção, para provar o que foi pleiteado, contribuindo desta maneira para o convencimento do julgador.

No meio de diversas provas, o Juiz deve selecionar e apreciar as provas que estão a sua disposição, sopesando critérios racionais, de razoabilidade, boa fé, verossimilhança e legais, conforme critérios objetivos.

O juiz deve se guiar interpretando ou aplicando os fatos da lei. Pois sendo o Juiz humano, portanto capaz de cometer falha, ao adquirir uma percepção da verdade, esta será uma certeza objetiva ou, por outro lado subjetiva, ou uma simples convicção, vez que a verdade é uma e nem sempre se completa por um processo formal.

Assim, ao proferir decisão, a certeza que se exige do julgador, ou seja, aquela que por ele pode ser alcançada, vai depender das variáveis de demonstração da realidade, fazendo-se por meio das provas em geral, atendendo-se assim os princípios processuais, ou seja, apreciando e valorando a prova em conjunto, aproveitando globalmente e não de forma isolada.

2.3.3 da Lealdade ou Probidade da Prova

O princípio enuncia que as provas devem ser feitas com lealdade.

A Constituição Federal em seu artigo 5º Inciso LVI dispõe:

“ são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Num processo, o que se busca é esclarecer os fatos, ou seja, busca-se a verdade, por isso devem as partes colaborar, para que a vontade da lei seja exercitada em sua plenitude pelo órgão judicial, sem vícios.

Amauri Mascaro Nascimento, postula que: “ esse princípio nem sempre vem sendo observado no processo trabalhista, em especial, quanto à autenticidade de documentos”.⁵²

O princípio da lealdade ou probidade da prova nos mostra que tanto na prova como no processo temos que ser éticos, ou seja, há um interesse geral para se buscar a verdade, não deformando a realidade dos fatos.

Manoel Antonio Teixeira Filho⁵³ lembra que:

⁵² Curso de Direito Processual do Trabalho P. 404.

“ A prova, tal como o processo em geral, tem um propósito marcadamente ético; por isso, em um plano ideal se pode afirmar que todos os sujeitos do processo (Juiz, partes, advogados e o mais) têm interesse em que a verdade dos fatos seja encontrada pura, sem laivos de meia-verdade ou de falsa-verdade. Esse anseio, neste sentido, visa a resguardar, sob um aspecto mais amplo, a própria respeitabilidade do Poder Judiciário e das decisões por ele proferidas.

Na prática, diz o referido autor, contudo, sabemos que não raro esse desiderato só se manifesta na consciência de quem tem o poder-dever constitucional de julgar, porquanto, propulsionadas às vezes por interesses subalternos, as partes se empenham em acobertar a verdade que lhes é prejudicial, valendo-se, nesse afã, de meios desleais e antiéticos.”

O legislador processual instituiu uma punição para aquele que age de má-fé; em outras palavras, para o litigante que alterar a verdade dos fatos na intenção de fazer uso do processo com objetivo de conseguir objetivo ilegal. É o que dispõe o artigo 17, II e IV do CPC ⁵⁴.

Sendo o processo um instrumento posto à disposição das partes, para eliminarem os conflitos, caberá às partes colaborarem com o compromisso de trazerem ao processo os fatos verdadeiros, ou seja, aqueles que condizem com a realidade dos acontecimentos, respeitando o conteúdo ético do processo, bem como a dignidade humana.

2.3.4 da Contradição

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, garante aos litigantes:

⁵³ A Prova no Processo do Trabalho, p. 69.

⁵⁴ “Art.17- *Reputa-se litigante de má-fé aquele que:...*II - . alterar a verdade dos fatos;IV – *opuser resistência injustificada ao andamento do processo.*”

“ aos litigantes, em processo judicial ou administrativos, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O princípio em análise proclama que, apresentada uma prova em juízo, a parte contrária tem o direito de sobre ela se manifestar, impugnando-a se for o caso.

No princípio da contradição, as partes possuem o direito de igualdade, podendo produzir as provas necessárias para provar os fatos, assim com manifestação de contra prova, sobre os documentos juntados pelo seu adversário, participando da inquirição de testemunhas, bem como apresentando quesitos para a análise do perito.

César Pereira da Silva Machado posiciona-se sobre o assunto:

“Em decorrência a parte tem o direito de manifestar-se sobre a juntada de documentos, dizendo se admite ou, não a autenticidade da assinatura ou a veracidade do contexto, sob presunção de que o tem por verdadeiro, (CPC, artigo 372).

Na inquirição das testemunhas, a parte poderá contraditá-las, segundo os parâmetros dos (artigos. 829 da CLT e 405 do CPC).

Na prova pericial, poderão as partes indicarem assistentes técnicos. (Lei. 5.584/70), o art. 3º, parágrafo único), além de apresentar quesitos para análise do perito escolhido pelo juiz”⁵⁵.

A não observância do princípio do contraditório gera nulidade processual, como está sendo reconhecido pela Jurisprudência:

“CERCEAMENTO DE DEFESA, NULIDADE PROCESSUAL. Sendo admitida a juntada de documentos com a impugnação a laudo

⁵⁵ O Ônus da Prova no Processo do Trabalho, p. 51-52.

pericial, é imperiosa a abertura da vista à parte contrária, em respeito ao princípio do contraditório – art. 5º, LV da Constituição da República. Não sendo concedida a oportunidade para manifestação acerca dos documentos, há cerceamento de defesa, sendo nulos os atos subsequentes.” (TRT 3ª Reg. 4ª T. RO 9.899/98, Rel Juíza Maria Cecília Alves Pinto, DJMJ 6.3.99, caderno V, p. 12)”.

2.3.5 da Igualdade de Oportunidade de Prova

Por este princípio é garantido, aos litigantes igual oportunidade para pedir a realização de determinada prova nos momentos adequados.

É imprescindível que o Juiz trate de forma igualitária as partes. Esse tratamento isonômico entre os litigantes está garantido no artigo 125 do CPC:

“ I – assegurar às partes igualdade de tratamento”.

Por força deste princípio, deve conceder às partes a mesma oportunidade para requererem a produção de provas, ou para produzi-las. Infringindo essa garantia, conduzirá à nulidade do processo, por ter restrição do direito de defesa.

A nulidade só será declarada, quando houver manifesto prejuízo à parte, a quem não foi concedida a mesma oportunidade para produzir provas, vez que o prejuízo, constitui condição legal para que se configure a nulidade.

Manoel Antonio Teixeira Filho⁵⁶ afirma que:

“O prejuízo, contudo, por si só, não basta; tratando-se de nulidade relativa, devem as partes argüi-la na primeira vez que tiverem de falar em audiência ou nos autos (CLT, artigo 795, caput). Note-se que a locução legal “tiverem de” traz implícita a idéia de um direito de a parte manifestar-se, que se articula com o momento processual oportuno para exercitá-lo. De tal arte, não se deve consentir, v.g. em

⁵⁶ A prova no Processo do Trabalho, p. 72.

nome da boa ordem processual, que o litigante, ato contínuo à prática do ato (ou ausência da prática de ato necessário) que entende ensejar a declaração de nulidade, se pronuncie em audiência ou nos autos, arguindo-a. É preciso que o faça no instante oportuno”.

Não há lei exigindo que as partes produzam prova, portanto não há obrigatoriedade para que as apresentem, somente assegura a oportunidade, garantindo de que pode se valer dos meios de provas, caso queiram produzi-las nos momentos adequados para comprovar os fatos alegados.

Não há obrigatoriedade de se produzir contraprova, ou seja, usando o mesmo meio que fora utilizado pela parte adversária ou por qualquer outra modalidade de prova.

2.3.6 da Legalidade

Em decorrência deste princípio, quando a lei prevê uma forma específica para a produção da prova, ela não poderá ser produzida de outra maneira, assegurando assim, o contraditório e a ampla defesa aos litigantes de acordo com as provas que estiverem previstas em lei.

Em vista do fato probando, poderá a lei determinar forma especial para a sua prova. Como exemplo o pagamento do salário que somente poderá ser provado através de recibo (CLT, artigo 464), assim como os fatos geradores da insalubridade e periculosidade deverão ser provados, pela prova pericial (CLT, artigo 195).

Nesse sentido, decisão do TRT:

“SALÁRIO QUITAÇÃO. consoante o disposto no artigo 464 CLT, o pagamento do salário deve ser efetuado contra recibo, sendo ônus do empregador a prova do pagamento, em derrogação ao direito comum – ônus da prova que recai sobre

o devedor. (TRT 3ª Reg., 4ª T.. RO 12.249/98, Rel. Juiz Luiz Otávio Linhares Renaut. DJMG 10.4.99, cadeno V. P.15).

Sabe-se que o processo é um desencadeamento de atos processuais, tendo como objetivo obter a tutela jurisdicional observando suas fases. Portanto, as provas deverão ser produzidas nos momentos oportunos.

Assim existe um momento para a juntada de documentos, para se ouvir as testemunhas, para a prova pericial, que deverá ser solicitada no momento próprio, pois se não for, não poderá mais ser desenvolvida. Caso seja pedida e o juiz negá-la, deverá pedir para constar em ata o indeferimento para um possível pedido de cerceamento de defesa.

Esses momentos são fixados igualmente na fase de conhecimento:

Lugar – porque, por princípio legal, as provas devem ser elaboradas em audiência (CPC, artigo 336, caput);

Meio – porque a lei especifica quais os que são hábeis para demonstrar a verdade dos fatos controvertidos na ação (CPC, artigo 332);

Adequação – porque certos fatos só podem ser provados mediante determinada espécie de meio.

2.3.7 da Imediação

Houve tempos em que o processo pertencia somente às partes, o Juiz era um espectador, somente organizando o processo, no processo moderno o juiz é quem tem a sua direção e principalmente das provas a serem produzidas pelas partes. É diante do Juiz que a prova será produzida.

A prova será produzida para que se descubra a verdade, e, deve ser produzida no processo sob a supervisão do Juiz que a apreciará livremente, devendo indicar, em sua decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento (CPC artigo 131).

César Pereira Silva Machado Junior⁵⁷ sobre a grande evolução, faz o seguinte relato:

“ ... Verifica-se grande evolução, pois de simples espectador da vontade divina, que apontava quem tinha razão, o juiz passou a dirigir a produção probatória, acompanhando-a e todos os seus detalhes. Assim, alterou-se completamente a compreensão do assunto, com a solução do litígio em favor daquele que disse a verdade, e não mais para aquele mais forte, mais hábil, ou com mais sorte. Para tanto, foi indispensável a criação do processo, como método judicial para a apuração da verdade.”

O artigo 765 da C.L.T assim dispõe:

“ Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

O juiz não é figura inerte diante das partes; ao contrário, é ele quem dirige o processo podendo determinar a realização das diligências necessárias, caso não esteja convencido para pôr fim no litígio, ou também indeferir diligências que entender inúteis ou meramente protelatórias (artigo 130 do CPC).

2.3.8 da Obrigatoriedade da Prova

A prova não é só de interesse das partes, mas também do Estado que cumpre o papel de buscar o esclarecimento da verdade. Tem o Juiz ampla liberdade na direção do processo, podendo determinar que seja feita a prova que julgar necessária.

O juiz poderá determinar a juntada de cartões de ponto por parte da empresa. Caso esta se recuse de forma injustificada, o julgador, valendo-se do

⁵⁷ O Ônus da Prova no Processo do Trabalho, p.47-48.

artigo 359 do CPC, terá que condenar ao pagamento das horas extraordinárias pleiteadas pelo reclamante em sua petição inicial.

A empresa poderá não apresentar os cartões de ponto. Entretanto, como se trata de presunção, poderá a empresa neste caso, através de outro meio de prova, demonstrar que o reclamante não fazia horas extras; poderá ser provada, como exemplo, por prova testemunhal.

CAPITULO III

3 ÔNUS DA PROVA

3.1 Introdução

As teorias que norteiam o ônus da prova são os artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333, Incisos I e II, do Código de Processo Civil *in verbis*:

“Artigo 818 – A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”

Em razão da simplicidade da regra processual trabalhista, é pacífica, pelos operadores jurídicos, a aplicação do artigo 333 do CPC, relativos ao ônus da prova ao processo do trabalho:

Artigo 333 O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.

II – ao réu, quando à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

No Processo do Trabalho, prevalece a distribuição do ônus da prova, o princípio o qual aquele que alega deve provar os fatos alegados, não importa se trata de fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito.

Estevão Mallet ressalta que:

“as regras relativas ao ônus da prova, para que não constituam obstáculo à tutela processual dos direitos, hão de levar em conta sempre às possibilidades, reais e concretas, que tem cada litigante de demonstrar suas alegações, de tal modo que recaia esse ônus não necessariamente sobre a parte que alega, mas sobre a parte que se encontra em melhores condições de produzir a prova necessária para solução do litígio.”⁵⁸

3.2 Conceito

“Ônus. Do latim *onus* (carga, peso, obrigação), na significação técnico-jurídica, entende-se todo encargo, dever, ou obrigação que pesa sobre uma coisa ou uma pessoa, em virtude do que está obrigada a respeitá-la ou cumpri-la. É o gravame.”⁵⁹

Sérgio Pinto Martins conceitua ônus da prova da seguinte maneira:

“A palavra *onus* vem do latim *onus*, que tem significado de carga, fardo, peso, *Onus Probandi* (*ônus da prova*) é o dever da parte provar em juízo suas alegações para o convencimento do Juiz. Não basta serem feitas meras (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*)”. (*Alegar e não provar é quase não alegar*)”⁶⁰.

⁵⁸ Discriminação e Processo do Trabalho. Viana, Marcio Túlio. Renaut Luiz Otávio Linhares, p. 162.

⁵⁹ De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, p. 1094.

⁶⁰ Sérgio Pinto Martins, Direito Processual do Trabalho, p. 327.

Luiz Rodrigues Wambier conceitua ônus da prova da seguinte maneira:

“...ônus da prova pode ser conceituado como a conduta que se espera da parte, para que a verdade dos fatos alegados seja admitida pelo juiz e possa ele extrair daí as conseqüências jurídicas pertinentes ao caso. Já que há interesse da parte em demonstrar a veracidade dos fatos alegados, porque somente assim pode esperar sentença favorável, ônus da prova significa o interesse da parte em produzir a prova que lhe traga conseqüências favoráveis”.⁶¹

Valentim Carrion em Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, relata que⁶²:

“ A falta de provas, quanto a certo fato que interessa ao processo e que poderá ter influência no julgado, prejudica aquele a quem incumbia o ônus da prova, ou seja quem tinha a responsabilidade de provar: não tendo feito, a sentença terá o respectivo fato como inexistente”.

A expressão ônus quer dizer obrigação, dever, encargo de alguém ou de uma das partes de produzir prova de suas alegações.

Arruda Alvim esclarece que os termos ônus, obrigação e o dever, não se confundem:

“A distinção que nos parece primordial é a de que a obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento traz benefícios a parte que ocupa o outro pólo da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este será ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo. Já com relação ao ônus, o indivíduo que não o cumprir sofrerá, pura e simplesmente, via de regra, as conseqüências

⁶¹ Luiz Rodrigues Wambier, Curso Avançado de Processo Civil, p. 439.

⁶² Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, p. 606-607.

negativas do descumprimento que recairão sobre ele próprio. Aquela é essencialmente transitiva e o ônus só o é reflexamente.

Outra distinção importante que cabe fazer entre ônus e obrigação é a circunstância de esta última ter um valor e poder; assim, pode ser convertida em pecúnia, o que não ocorre no que tange ao ônus.

Há, ainda, uma terceira figura, a do dever (*strito sensu*). Além de não ser conversível em pecúnia, tem como característica básica a 'perpetuidade', ao contrário do ônus e da obrigação que se esgotam com o seu cumprimento".⁶³

Vicente Greco Filho⁶⁴ ressalta que o Instituto do ônus da prova e seus fundamentos decorrem de três princípios prévios:

1º.) o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, segundo o qual o juiz não pode, como podia o romano, esquivar-se de proferir uma decisão de mérito a favor ou contra uma parte porque a matéria é muito complexa, como um *non liquet*;(*não está claro*).

2º) o princípio dispositivo, segundo o qual às partes cabe a iniciativa da ação e das provas, restando ao Juiz apenas atividade de complementação, a elas incumbindo o encargo de produzir as provas destinadas a formar convicção do juiz;

3º) o princípio da persuasão racional na apreciação da prova, segundo o qual o juiz deve decidir segundo o alegado e provado nos autos (*secundum allegata et probata partium*), e não segundo sua convicção íntima (*secundum propriam conscientiam*).

Caberá o ônus da prova para aquele que fizer suas alegações em Juízo. Deverá a parte provar a existência ou inexistência dos fatos alegados.

⁶³ Arruda Alvim, vol. 2. p. 473.

⁶⁴ Direito Processual Civil Brasileiro, p.199-200.

“Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery dizem que o réu deve provar aquilo que afirmar em juízo, demonstrando que das alegações do autor decorrem as conseqüências que pretendem. Ademais, quando o réu excepciona o juízo, nasce para ele o ônus da prova dos fatos que alegar na exceção, como se autor fosse (*reus in exceptione actor est*)”.⁶⁵ (*na exceção, o réu é autor*).

Amauri Mascaro Nascimento⁶⁶ define ônus da prova da seguinte forma:

“ônus da prova é a responsabilidade atribuída à parte para produzir uma prova e que, uma vez não desempenhada satisfatoriamente, como conseqüência, o não-reconhecimento, pelo órgão jurisdicional, da existência do fato que a prova se destina a demonstrar”.

Como regra cabe à cada parte provar os fatos alegados, assim pode-se dizer que: o autor deverá provar a existência dos fatos para assegurar o seu pedido em juízo; quanto ao réu, deverá provar a inexistência do direito pleiteado pelo autor. O ônus da prova encontra-se fundamentado no Artigo 333 do Código do Processo Civil, determinando que o ônus probatório do autor ocorre em relação aos fatos constitutivos de seu direito. Já o réu deve provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do pedido do autor.

Heloisa Pinto Marques, sobre o assunto, se posiciona:

“Quando o réu admite o fato alegado pelo autor, mas lhe opõe outro que lhe impeça os efeitos, estamos diante de fato impeditivo. Na hipótese do trabalho aos domingos, por exemplo, a reclamada, admitindo o trabalho aos domingos, alega que era compensado nas segundas-feiras. Neste caso cabe à reclamada demonstrar que havia folga naquele dia. Os fatos extintivos são aqueles oposto ao direito alegado, com condições de torná-lo inexigível. Acontece, por exemplo, quando a reclamada admite que o reclamante trabalhava

⁶⁵ Nery Junior, Nery, Rosa Maria de Andrade, p.758-759, item II-7.

⁶⁶ Curso de Direito Processual do Trabalho, p. 406.

aos domingos, sem compensação, mas aduz ter pago os valores devidos a este título. Competirá, pois, à reclamada demonstrar o pagamento. Por fim, fatos modificativos são aqueles que, sem negar os fatos alegados pelo autor, inserem modificação capaz de obstar os efeitos desejados. É o caso, por exemplo, da reclamada alegar que o reclamante trabalhava aos domingos no estabelecimento empresário, mas que nesses dias o trabalho era voluntário, com fins de benemerência, já que a empresa, cedia os equipamentos e material para produzir alimentos para serem distribuídos para a comunidade o que não havia obrigatoriedade de comparecimento. Compete à reclamada sua demonstração”.⁶⁷

Como mencionado, as regras gerais sobre o ônus da prova encontram-se delineadas no artigo 333 do Código de Processo Civil, o qual estabelece que ao autor cabe a prova do fato constitutivo de seu direito, e ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Fato Constitutivo – é aquele que gera o direito do autor e o dever do réu, ou seja, são aqueles que, se provados, levam à consequência jurídica da pretensão inicial do autor.

No processo do trabalho, o empregado que pleiteia o recebimento de horas suplementares ou a declaração do vínculo de emprego tem o ônus de fazer a prova do fato constitutivo. Em outras palavras, terá que provar que laborou em horas suplementares, assim como trabalhou para determinada empresa por um certo tempo, possuindo os requisitos do artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho: pessoalidade, continuidade, subordinação e onerosidade.

Referente aos exemplos acima, transcrevem-se duas decisões:

“VÍNCULO DE EMPREGO – Hipótese em que o autor não se desincumbiu do ônus de provar a existência dos elementos caracterizadores da relação de emprego, ante a negativa de prestação da atividade de motorista por

⁶⁷ A prova no Processo do Trabalho”. Revista Ciência Jurídica. n. 14, p. 19 ss.

parte da reclamada. Artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Provimento negado”. (TRT 4ª R – R0 00568.382/97-8 – Rel. Juiz Pedro Luiz Serafini – J. 06.12.2000).

“HORAS EXTRAS – ÔNUS DA PROVA – O ônus da prova da jornada de trabalho alegada e delimitada na inicial é do autor da ação, pois esta representa fato constitutivo do direito às horas extras. O normal se presume, o excepcional deve ser comprovado por quem o invoca (CLT, artigos 787, 818 e 845 c/c CPC, artigo 333 I). O reclamante, em momento algum, apresentou elementos que demonstrassem horas extras laboradas e impagas. Deixou de apontar a existência de diferenças entre os cartões de ponto e os respectivos ‘holleriths’, e nem sequer requisitou perícia contábil para fixar o valor do crédito que entendia ter direito. MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT INDEVIDA – PAGAMENTO DAS RESCISÓRIAS TEMPESTIVO – O § 6º do artigo 477 do texto consolidado deixa claro que o pagamento dos títulos e valores decorrentes da rescisão contratual deve ser efetuado até o décimo dia, contado da data da notificação da dispensa (letra ‘b’ do mesmo). Constatada a tempestividade no pagamento das verbas rescisórias é indevida a multa de que trata o § 8º do artigo 477 da CLT” (TRT 15ª R. – Proc. 6737/99 – (29078/00 – 3ª T.- Rel. Juiz Mauro César Martins de Souza – DOESP 15.08.2000 – p.2).

Ao réu cabe a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Fato impeditivo – é aquele que impede que de um fato decorra efeito jurídico que seria normal.

Como por exemplo: de funcionário admitido por órgão público, sem prestar concurso e sem ter sido registrado, motivo pelo qual pleiteia em Juízo, ação de declaração de relação de emprego. Tem-se aí, um fato impeditivo, qual seja, a falta do concurso público, como determina o artigo 37, II, Constituição Federal de 1988.

Fato modificativo – é aquele que, surgiu após a relação jurídica; portanto, sem excluir ou impedir a relação jurídica, tem eficácia de modificar a situação jurídica.

Suponha-se a hipótese do empregado exigir o pagamento de pronto das comissões; o empregador não nega que as deve, entretanto, de forma parcelada.

Fato extintivo é aquele que têm o condão de extinguir a relação jurídica que existia entre as partes. Como no caso do empregado pleitear o pagamento de horas extras e o empregador provar que as mesmas já foram pagas.

Assim, pode-se entender que o ônus da prova é um encargo que gera o direito pleiteado, sendo necessário que se faça através de um dos meios de prova, que serão estudados nos próximos capítulos. Vale ressaltar que se caso tiver pretensão, mas não consiga provar, nada terá, vez que, quem não alcança o ônus probatório é como se nada tivesse.

O ônus da prova divide-se em duas formas: subjetivo e objetivo

O ônus subjetivo está relacionado com as partes; em outras palavras, consiste em analisar entre as partes do processo quem se incumbirá de fazer a prova, pressupondo-se que o ônus sobrevirá das assertivas feitas pelas partes.

O ônus objetivo está ligado à pessoa do magistrado, que irá verificar a prova que consta nos autos, não se importando quem tem o ônus da prova.

3.3 A prova do fato negativo

Importante falar do assunto muito discutido pelos doutrinadores, ou seja, do ônus probandi: quem deve provar os chamados fatos negativos de direito? Para responder à pergunta eis os ensinamentos de Carlos Henrique Bezerra⁶⁸:

“ Na verdade, toda negação contém, implicitamente, uma afirmação, pois quando se atribui a um objeto determinado predicado, acaba-se

⁶⁸ Curso de Direito Processual do Trabalho, p. 370.

por negar todos os demais predicados contrários ou diversos do mesmo objeto. Assim, por exemplo, ao alegar o empregador que não dispensou o empregado sem justa causa (negação do fato), estará aquele alegando, implicitamente (afirmação), que este abandonou o emprego ou demitiu.”

Assim, se analisar o fato negativo como sendo uma afirmação, verifica-se que o acessório acompanha o principal, ou seja, se existiu a negativa de determinado fato, estará afirmando que nunca houve qualquer fato que originou o direito pedido pelo autor e, como consequência, recairá sobre os fatos que podem impedir, modificar ou extinguir a obrigação do réu. Sendo assim, conseqüentemente, quem deve provar o fato negativo é a parte que negou o fato.

O problema do ônus de provar fato negativo, ainda não se consolidou na Jurisprudência, Vejamos:

“Vale Transporte – Ônus da Prova – Artigo 818 da CLT – Fato constitutivo do direito – De acordo com as Leis ns. 7.418/85 e 7.619/87, o vale transporte é um direito do empregado, razão pela qual o empregador tem a obrigação, e não a faculdade, de assegurar seu exercício. Nos termos do Decreto n. 95.247/87, que regulamentou os referidos diplomas legais para o exercício do direito de receber o vale transporte, o empregado deverá informar ao empregador, por escrito, o seu endereço residencial e os serviços e meios de transporte mais adequados ao seu deslocamento residência-trabalho e vice-versa (art. 7º). A percepção do benefício, portanto, fica condicionada ao atendimento desse requisito. Nesse contexto, na qualidade de fato constitutivo do direito, o ônus de provar o preenchimento dos referidos pressupostos recai indubitavelmente, sobre o empregado, não sendo juridicamente razoável exigir-se do empregador a produção

de prova negativa, de difícil ou impossível realização. Pertinência da OJ n. 215 da SDI-1. Recurso de revista provido. (TST – RR 619/59 – 4ª T. Rel. Min. Milton de Moura França – DJU 3.10.2003).

“DESCONTOS – DEVOLUÇÃO – Os descontos efetuados no salário do empregado a título de seguro em grupo e de associação de empregados não podem ser devolvidos, pois além de autorizados, proporcionaram maior tranquilidade e segurança ao obreiro durante o vínculo empregatício. Férias – ônus de provar. O ônus de provar o efetivo gozo das férias é do empregador, em face da impossibilidade de o empregado provar fato negativo” (TST – RR 131215/1994 – 5ª T. – Rel. Min. Wagner Pimenta – DJU 10.02.1995 – p. 02152).

“ ÔNUS DA PROVA – DISTRIBUIÇÃO – EXEGESE DO ARTIGO 818, DA CLT – FALTA GRAVE – Por força do disposto no art. 818, da CLT, o ônus da prova deve ser distribuído em razão das alegações fáticas apresentadas pelas partes em juízo e não apenas em razão da matéria discutida no litígio. No caso, a empresa alegou apropriação indébita de um cheque que lhe pertencia, enquanto que o reclamante, em depoimento confirmou ter ficado com o cheque, porém, argumentou que repassou para sua empregadora o valor correspondente, em dinheiro. Em tal situação, é do empregado o ônus de provar o repasse pecuniário, eis que tal fato foi por ele alegado e seria excludente da ilicitude. Não se mostra razoável atribuir à reclamada o ônus de provar a não ocorrência do repasse alegado, seja porque ‘ quem alega deve provar ’, seja porque

seria impossível provar fato negativo e indeterminado” (TRT 24ª R. – RO 1640/2000 – (474/2001) – Rel. Juiz Amaury Rodrigues Pinto Júnior – DJMS 21.03.2001 -. 36/37).

“RELAÇÃO DE EMPREGO – FATOS IMPEDITIVOS NEGATIVOS – ONUS DA PROVA – Trazido além de outro, como elemento impeditivo ao pleito obreiro, fato negativo – ausência de remuneração pelo trabalho prestado – torna-se imperioso que a pretensa empregada constituía prova da existência de remuneração percebida diretamente da empresa beneficiária pelo trabalho prestado, sem o que torna-se pacífica a carência do elemento onerosidade na relação empregatícia Itabaiana – Rel. Juiz Eliseu Nascimento – J. 02.12.1999).

“ PROVA – ÔNUS DA PROVA – Jornada de trabalho – ônus da prova – A prova da existência de um fato negativo se faz através da prova de um outro positivo. Assim, alegando em contestação uma jornada diferente da declinada na inicial, carrega para si a reclamada o ônus da prova desta alegação” (TRT 2ª R. _ Ac. 02950338741 – 7ª T. – Rel. Juiz Braz José Mollica – DOESP 31.03.1995).

“ PROVA – ÔNUS DA PROVA – Despedimento. A controvérsia ou inexistência do despedimento nem possui norma legal que imponha, como solução, o ônus da prova ao empregador nem as regras da experiência comum da observação de que ordinariamente acontece (CPC, 335)

indicam esse caminho: a simulação é comum às partes litigantes, autores e réus, e o interesse na ruptura pode estar naqueles ou nestes. Quando à facilidade de obtenção de meios para conseguir elementos de prova, se de um lado o empregador possui mais recursos, por outro, é mais fácil preparar a prova do fato positivo do que a do negativo. Por isso, sem soluções simplórias, o juiz tem que aguçar suas observações, cotejar indícios, (...) (TRT 2ª R – AC. 02890078056- 7ª T. – Rel. Juiz Valentin Carrion – DOESP 08.05.1989).

3.3.1. Diferença entre fato negativo, e negativa de fato

Outro ponto importante de esclarecer é a diferença existente entre o fato negativo já discutido, e a negativa de fatos, pois estes não se confundem.

Para tanto, Luiz Rodrigues Wambier diz que:

“Ora, para impugnar os fatos não se exige a afirmação de que ocorreram de outro modo que não o expressado pelo autor. Podem apenas ser negados. É perfeitamente possível que o réu simplesmente diga que o fato não aconteceu.

Nesse caso, negativa de fatos, pela regra do ônus da prova, o réu estará isento de qualquer atividade probatória, pois caberá ao autor provar que o fato existiu, e não ao réu que tal fato não se deu.

Situação diversa ocorre em relação aos chamados fatos negativos. Nestes, não há a afirmação da existência do fato pelo autor e a negativa pelo réu, mas apenas a afirmação de que um fato que deveria ter ocorrido não houve. Afirma-se, portanto, um fato

negativo, que não aconteceu, e dessa inexistência é que se busca a consequência jurídica pretendida”.⁶⁹

Neste ensinamento, o autor demonstra que existem dois tipos de fato negativo: o definido que é aquele passível de prova e o indefinido, que, face exclusivamente à sua indefinição nunca poderá saber se houve realmente ou não; em outras palavras, impossível de ser provado.

3.4 A Presunção e a Inversão do ônus da prova

Christovão Piragibe Tostes Malta, sobre o assunto, se posiciona:

“O ônus da prova se inverte quando há uma presunção em favor de quem normalmente estaria incumbido do encargo de comprovar o fato controvertido”.⁷⁰

Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, relatam que: “ Essa afirmação não pode ser vista de forma absoluta. Nem sempre a presença de uma presunção elide o encargo probatório da parte por ela beneficiada”⁷¹.

Citando o exemplo do autor: quando da defesa, o empregador contesta o pedido de horas extras e junta aos autos os cartões de ponto de todo o período contratual; na audiência em prosseguimento, ciente de que deveria comparecer para prestar depoimento, sob pena de confissão (En. n. 74, TST), o preposto não comparece; ao empregador é aplicada a pena de confissão, a qual gera a presunção de veracidade da matéria fática aduzida na exordial; porém, como o empregado não impugnou os cartões de

⁶⁹ Curso Avançado de Processo Civil, p. 440.

⁷⁰ Prática do Processo Trabalhista, p. 523.

⁷¹ Manual de Direito Processual do Trabalho, p.551.

ponto e os respectivos horários, a prova documental do reclamado deverá ser acatada (art. 372, CPC).⁷²

Christovão Piragibe Tostes Malta tem a seguinte posição:

“Se, por exemplo, o reclamado nega a existência da relação de emprego invocada na inicial, mas reconhece que o reclamante lhe prestava serviços, o ônus de comprovar que não havia relação de emprego é do reclamado, porque a prestação de serviços cria a presunção da ocorrência de vínculo empregatício⁷³.”

Sérgio Pinto Martins discorda da posição de Christovão Piragibe Tostes Malta:

“...pois, se pode entender que o normal é não só o trabalho ser subordinado, mas também da existência do trabalho autônomo. Apenas por exceção, é que poderia entender que o trabalho é prestado de maneira eventual. Ressalte-se que deveria também ser primeiro, aplicada a regra do ônus da prova, segundo a qual quem alega prova. Se o reclamante é quem alega trabalho sob a forma subordinada, deveria fazer a prova nesse sentido”.⁷⁴

A prova a ser produzida pela parte deve convencer, pois aquela que deixa entrever as alegações como possíveis não satisfaz o julgador, que precisa de elementos para afirmá-la.

Jorge Americano, apud João Roberto Parizatto⁷⁵, em Comentários ao artigo 209 do Código de Processo Civil de 1939, escreveu sobre a regra do ônus da prova, alegando que:

“ Por ela se atribui à parte que alega, o encargo de provar o que alega; mas como, na fase inicial de qualquer processo, fixa-se o

⁷² Idem, p. 551.

⁷³ Prática do Processo Trabalhista, p. 523.

⁷⁴ Direito Processual do Trabalho, p. 363.

⁷⁵ Jorge Americano, apud, João Roberto Parizatto, Prova no Processo Civil, p.35.

objeto da controvérsia, resulta que o autor, o réu, os intervenientes, expondo as respectivas pretensões e contestações, propõe-se desde logo a provar o que alegam. No antagonismo em que se colocam o que se propõe destruir um direito, um gozo ou fruição alheia afirma, para deslocá-las, fatos susceptíveis de prova; o que se propõe defender uma situação, afirma para defendê-la, fatos susceptíveis de prova. Se o sujeito ativo nada prova, mantêm-se a situação do sujeito passivo, porque já tem a seu favor a presunção decorrente da própria situação, pelo simples fato de existir. Em consequência, ainda que o sujeito passivo não prove o que alega, não será tirado da situação em que estiver se o sujeito ativo daí o não conseguir afastar por suas provas”.

Jurisprudência referente à Inversão do ônus da prova:

“A alegação de fato impeditivo do direito do reclamante pelo empregador, inverte o ônus da prova. No caso dos autos, não restou provado o abandono de emprego alegado. Deve ser mantida a decisão que, submetida de ofício ao duplo grau de jurisdição, bem apreciou as provas carregadas aos autos e decidiu dentro dos ditames legais. Remessa oficial conhecida e improvida” (TRT – 16ª R – TP – Ac. N. 1698/95 – Rel. Maria Ione Araújo – DJMA 16/10/95 – p.13).

“Ônus da prova – Inversão. A contestação que admite a prestação de serviços, mas nega a existência da relação de emprego simplesmente está admitindo o fato (prestação de serviços), mas negando as consequências extraídas pelo autor desse fato (vínculo empregatício), motivo pelo qual não está colocando um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Por isso mesmo, exceto em se tratando de matéria de direito, compete ao autor produzir provas das

conseqüências por ele extraídas daquele fato incontroverso, em última análise, fato constitutivo do seu direito, no caso, a subordinação, requisito fundamental para configuração do liame empregatício. Inteligência dos artigos 818 da CLT combinado com o artigo 333, Incisos I e II do CPC”. (TRT –15ª R – 3ª T – Ac. N. 43983/98 – Rel. Samuel Correa Leite – DJSP 4/12/98 – p. 91).

“Recurso ordinário – ônus da prova – Inversão. Notificado o réu para que juntasse os controles de frequência e recibos de pagamento de todo o período trabalhado, sob as penas da Lei (CPC, artigos 355 e 359), sendo o empregador o detentor do meio de prova, cabe a ele apresentar tal prova do horário de trabalho do empregado. Recurso parcialmente provido”. (TRT – 1ª R – 2ª T – RO n. 3650/97 – Rel. José Leopoldo F. De Souza – DJRJ 29/10/99 – p. 94.

O ônus de provar incumbe para aquele que alegou os fatos (art. 818 CLT). Sendo assim, o ônus da prova é de responsabilidade do reclamante provar o que pleiteou em sua inicial. Entretanto, se, a reclamada alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão do reclamante, a ela cabe o ônus de prova (CPC art.333).

Nota-se pela Jurisprudência apresentada, no caso da reclamada apenas negar os fatos alegados pelo reclamante, a ele cabe provar o fato constitutivo de seu direito. Porém, se na contestação a reclamada admitir algum fato que impeça, modifique ou extinga o direito pleiteado, inverte-se o ônus da prova, devendo a ela apresentar a prova.

CAPÍTULO IV

4 DOS MEIOS DE PROVAS

4.1 Conceito

Meios de prova são as diversas espécies que serão produzidas em Juízo, para demonstrar a verdade do fato alegado pela parte, para formar o convencimento do Juiz.

Amauri Mascaro Nascimento afirma que, meio de prova é expressão de duplo significado:

“Tanto pode designar a atividade do juiz ou das partes para a produção das provas, como também os instrumentos ministrados ao juiz no processo para formar o seu convencimento. A palavra “prova” tem sido utilizada tanto para designar a atividade como o instrumento. Podem existir meios de prova que nada provem, entendido o meio como atividade. Como também podem existir instrumentos que não demonstrem. Parece-nos que ambos os

sentidos se entrelaçam, e que por meio de prova deve ser entendida a fonte de onde emana a convicção do juiz”.⁷⁶

No mesmo sentido, Ovídio A Baptista da Silva considera que o conceito de meios de prova pode ser entendido de duas maneiras:

“Pode significar a atividade desenvolvida para produzir a prova. Nesse caso, dir-se-ia que a declaração prestada pela testemunha, ou o laudo fornecido pelo perito, ou a percepção do juiz que realiza a inspeção judicial, são meios de prova, no sentido de fontes de onde se extraem os motivos de convencimento.(...)”

Num segundo sentido, podem considerar-se meios de prova não a atividade, mas os instrumentos de que as partes e o juiz se valem para obter o convencimento dos fatos a provar; ou tanto a atividade quanto os instrumentos. Diz José Frederico Marques: ‘Meios de prova, como o nome indica, são as fontes em que o juiz colhe a verdade dos fatos, e os instrumentos de que as partes se servem para demonstrar os fatos, que aduziram.’

Iremos considerar os meios de prova com os instrumentos utilizados pelas partes e pelo juiz para o estabelecimento dos fatos a serem provados”.⁷⁷

Meios de prova em espécie:

O Código Civil no artigo 212 dispõe os meios de prova:

“Salvo o negócio a que se impõe forma especial o fato jurídico pode ser provado mediante: confissão, documentos, testemunha, presunção e perícia.

⁷⁶ Curso de Direito Processual do Trabalho, p. 415.

⁷⁷ Curso de Processo Civil, vol. 1. p. 352.

O Artigo 332 do Código de Processo Civil considera que: “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

A Constituição Federal no Inciso LVI do Artigo 5º preceitua que:

“São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Conclui-se que são possíveis todos os meios de provas em direito desde que sejam idôneos, cabendo à parte que alegar o fato, prová-lo; quanto à parte contrária, cabe a contraprova, podendo usar todos os meios lícitos de prova permitidos em direito nos momentos processuais cabíveis.

Serão estudados neste capítulo os meios legais de prova, tais como:

Depoimento pessoal, testemunhas e documentos. No que se refere à prova pericial, pessoa do perito, e honorários periciais, serão estudados nos capítulos V e VI, vez que a dissertação trata de aspectos gerais da prova no processo do trabalho com enfoque na prova pericial e depósito de honorário do perito.

Muito embora o enfoque da dissertação seja a prova pericial e depósito de honorário do perito, julgou-se interessante salientar aspectos dos meios de prova acima descritos, pois tais meios de provas relacionam-se com a prova pericial.

4.2. Depoimento pessoal

4.2.1 Conceito

No entendimento de Jorge Americano, depoimento pessoal é:

“é a forma que o processo se estabelece para que a parte possa provocar a confissão do adversário. Assim o seu valor equivale ao da eventual confissão nele contida. É a forma mais usada de se tentar obter a confissão. Porém, aquela em que menos a confissão se

caracteriza. Citado, o litigante ordinariamente se limita a depor dentro das normas traçadas pelo seu ponto de vista na causa, e a negar a intenção do adversário. Assim, embora deva suportar o ônus de depor sobre os fatos que haja razão de saber, pouco se colhe como confissão, embora possa valer particularmente como elemento de orientação, isto é, nexó de coordenação entre as provas produzidas”.⁷⁸

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, Depoimento pessoal é:

“Um dos meios de prova é o depoimento pessoal das partes do processo, que é uma declaração, prestado pelo autor ou pelo réu, sobre os fatos objeto do litígio”.⁷⁹

Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, postulam que:

“Depoimento pessoal consiste na oitiva da parte, solicitada pela outra parte ou por determinação do juiz, com a finalidade de esclarecer fatos relativos à causa, podendo ocorrer em qualquer estado do processo”.⁸⁰

Luiz Rodrigues Wambier entende depoimento pessoal da seguinte forma:

“Quem melhor conhece os fatos que originaram a relação conflituosa são as pessoas nela envolvidas, vale dizer as partes. Depoimento

⁷⁸ Código de Processo Civil no Brasil, p. 348.

⁷⁹ Curso de Direito processual do Trabalho, p. 416.

⁸⁰ Manual do Direito Processual do Trabalho, p. 554.

pessoal é o meio pelo qual o juiz conhece dos fatos litigiosos ouvindo-os diretamente das partes”.⁸¹

4.2.2 Modalidades de depoimento pessoal

De acordo com o Código de Processo Civil, são duas modalidades de depoimento pessoal:

4.2.2.1 O interrogatório – o juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa (artigo 342). O objetivo do interrogatório é o esclarecimento do juiz. As partes serão interrogadas sucessiva e separadamente (primeiro o autor, depois o réu) (artigos 344, parágrafo único e 413), não sendo permitido a quem não depôs, assistir ao interrogatório da outra parte (artigo 344, parágrafo único).

4.2.2.2 O depoimento pessoal propriamente dito - quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento (artigo 343, caput). A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor (artigo 343, parágrafo 1º). Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão (artigo 343, parágrafo 2º). A finalidade do depoimento pessoal é a provocação da confissão.

Os artigos 820 e 848 da CLT preceituam:

a) As partes serão inquiridas pelo juiz, podendo ser reinquiridas, por seu intermédio, pelas partes seus representantes ou advogados. (artigo 820, CLT).

⁸¹ Curso Avançado de Processo Civil, p. 453.

b) Terminada a defesa, seguir-se-á a instrução do processo, podendo o juiz *ex officio* interrogar os litigantes (artigo 848, caput) Findo o interrogatório, poderá qualquer dos litigantes retirar-se, prosseguindo a instrução com o seu representante ou advogado (artigo 848, parágrafo 1º).

Manoel Antonio Teixeira Filho⁸² entende que o artigo 820 deve ser interpretado em conjunto com o disposto no artigo 848. Portanto, a parte somente poderia ser reinquirida pela outra, se o juiz determinar o interrogatório.

Pelo interrogatório, o juiz procura esclarecer as dúvidas ainda existentes, pretendendo o magistrado com o interrogatório sanar os pontos duvidosos firmando assim o seu convencimento.

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, Interrogatório é:

“o mecanismo de que vale o juiz para aclarar pontos do processo que ele repute importante para a decisão da causa”.⁸³

É importante observar que depoimento pessoal difere do interrogatório por vários aspectos.

Enquanto, o interrogatório é sempre determinado de ofício pelo juiz (CPC artigo 342), o depoimento pode, além disso, ser requerido pela parte adversa (CPC, artigo 343);

O interrogatório pode ser determinado em qualquer estado do processo (CPC artigo 342); já o depoimento deve ser colhido na audiência de instrução e julgamento (CPC, artigo 343);

O interrogatório tanto pode ser único como repetir mais vezes, desde que assim entenda necessário o Juiz; o depoimento, em regra, é um só.

⁸² A Prova no Processo do Trabalho, p. 231.

⁸³ Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery, P. 769.

Ressalta-se a diferença entre interrogatório e depoimento pessoal no que se refere à finalidade: enquanto o interrogatório visa esclarecer ponto obscuro ao julgador sobre os fatos alegados no processo, o depoimento pessoal busca obter esclarecimentos através da confissão.

Assim, conclui-se que tanto o interrogatório quanto o depoimento pessoal visam ao mesmo fim, qual seja, o esclarecimento dos fatos alegados nos autos; entretanto, somente o depoimento resulta na confissão da parte.

Sendo intimada para depor a requerimento da parte ou de ofício pelo Juízo, a parte terá o dever de comparecer.

Através do Enunciado 74 do TST, percebe-se que não se adota o sistema único do interrogatório, mas sim o depoimento pessoal.

“Aplica-se pena de confissão à parte que expressamente intimada com aquela cominação não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor”.

Caso a parte seja intimada a depor e não comparece, resultará a confissão relativa, que se opõe à confissão real.

Declina a Jurisprudência:

“Depoimento da parte. Por traduzir que a confissão real é a rainha das provas e não deve ser dispensada pela parte ou pelo Juízo, pena de desprestígio ao conjunto probatório. De resto, não é faculdade do Juízo, mas direito da parte”. (TRT – 2ª R – 4ª - Ac. N. 029604481237 – Rel. Francisco A de Oliveira – DJSP 7/10/96 – P. 44)

Vale dizer que o depoimento pessoal das partes visa alcançar a chamada rainha das provas, em outras palavras, a confissão das partes.

Confissão é a admissão da verdade de um fato que é contrário ao interesse da parte favorável ao adversário, (artigo 348 do CPC).

No entendimento de Vicente Greco Filho⁸⁴ confissão é:

“é a admissão de um fato contrário ao próprio interesse e favorável ao adversário. A rigor, a confissão não é meio de prova, mas é a própria prova, que se produz através do depoimento pessoal, por documento etc. Tradicionalmente, porém, é tratada como tal”.

Nas palavras de Arruda Alvim a confissão consiste:

“na declaração com efeito probatório, de ciência de fatos, tidos como verídicos pelo confitente, e contrários ao seu interesse, sendo favorável à outra parte”⁸⁵.

Sobre o assunto, dispõe Humberto Theodoro Júnior: “em regra a confissão deve conter:

- reconhecimento de um fato alegado pela outra parte;
- a voluntariedade desse reconhecimento;
- um prejuízo para o confitente, em decorrência do reconhecimento.

Há, pois, um elemento subjetivo na confissão, que é o ânimo de confessar, ou seja, a intenção de reconhecer, voluntariamente um fato alegado pela outra parte. E há, também, um elemento objetivo, que é o próprio fato litigioso reconhecido em detrimento do confitente”.⁸⁶

A confissão pode ser: Judicial ou Extrajudicial

⁸⁴ Direito Processual Civil Brasileiro, p. 219.

⁸⁵ Arruda Alvim, Manual de Direito Processual Civil, p. 556.

⁸⁶ Humberto Theodoro Junior, p.432.

A confissão Judicial ocorre perante o Juiz, e a confissão extrajudicial será realizada fora do processo.

A confissão judicial pode ser espontânea ou provocada. É espontânea se à parte, por livre e espontânea vontade, desejar se confessar, a qual será tomada a qualquer tempo no processo; a confissão provocada é que decorre do depoimento pessoal.

A confissão judicial pode ser Expressa (real) ou tácita (ficta ou presumida). Confissão real é a feita expressamente sobre os fatos alegados pela outra parte, e ficta é a que decorre da revelia (artigo 319, CPC), da falta de impugnação específica dos fatos (artigo 302), da falta de comparecimento ou recusa de depor (artigo 343, Parágrafo 2º) ou da recusa de exhibir documento por determinação judicial (artigo 359). Trata-se de uma presunção relativa, podendo ser elidida por outras provas.

A confissão é indivisível e irretratável. Uma vez realizada, produz efeito, ou seja, a parte que se beneficia não pode aceitá-la em uma parte e rejeitá-la em outra, que lhe for desfavorável, salvo se contiver fato distinto que possa constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção.

A confissão, seja ela ficta ou real, não tem efeitos no processo que trata de direitos indisponível ou nos casos em que havendo litisconsorte, apenas um ou alguns deles fizeram a confissão (artigos. 48, 320, II e 350, CPC).

Arruda Alvim, ao tratar de litisconsorte unitário, ensina que:

“os efeitos da confissão se limitam ao confitente, na forma do artigo 350, não atingindo, absolutamente, os litisconsortes do processo, visto que os litisconsortes são considerados autonomamente (artigos 48 e 350). Assim os atos de um litisconsorte não poderão prejudicar os demais. Por outro lado, tratando-se de litisconsórcio unitário, e, juntamente porque a decisão deverá ser igual para todos, a confissão de um litisconsorte será ineficaz em relação à

determinação do resultado da decisão da causa, conquanto possa ser considerada válida em si mesma, desde que esteja revestida das formalidades. O fato de se dizer que a confissão do litisconsorte unitário é válida significa que os casos do artigo 352, pode ser anulado. Não será todavia, eficaz. Dessa forma – porque válida, mas ineficaz, ela poderá gerar efeitos fora do processo, em relação ao confitente e à parte contrária, mas nenhum efeito poderá gerar em relação à decisão a ser proferida no feito em que foi feita. Para que se verifique a eficácia no processo, necessário será que todos os litisconsortes unitário igualmente confessem, de forma válida”.⁸⁷

A confissão pode ser anulada, somente por ação anulatória, se, pendente o processo em que foi feita, ou por ação rescisória, caso tenha transitado em julgado a sentença, da qual constituiu o único fundamento, quando produzida por erro, dolo ou coação.

4.3 Prova Testemunhal

4. 3.1 Noções Introdutórias

A prova testemunhal em conjunto com a confissão é o meio de prova mais antigo da humanidade. Códigos primitivos como de manu, como também em leis (egípcias, gregas, romanas), dispunham sobre a prova testemunhal e sobre a importância que representava para se chegar à verdade dos fatos. Mais tarde, surgiu a prova por meio escrito, mas mesmo assim o testemunho manteve a sua importância. Aqui vale lembrar do brocardo estabelecido na França, *“témoins passente lettres”*, que quer dizer que *‘as testemunhas valem mais que os escritos’*, (princípio primazia da realidade).

As testemunhas são importantes em qualquer situação de conflito. Alguns a criticam, outros não acreditam; entretanto são sempre usadas por aqueles que já

⁸⁷ Arruda Alvim, Manual de Direito Processual Civil, p. 558.

tiveram conflito judicial; alguns autores entendem que as provas testemunhais se sobrepõem sobre as outras.

Nesse sentido, o teor do brocardo latino: “o uso dos testemunhos é freqüente e necessário; precipuamente exigido daqueles cuja fé não vacila”.⁸⁸

O que se percebe, na realidade, é que a testemunha está sempre presente na maioria dos processos, vez que o processo faz parte da vida humana; portanto é natural que sejam ouvidos depoimentos de pessoas sobre os fatos vivenciados, no intuito sempre de se chegar à verdade.

Com o tempo, foram surgindo outros meios de provas, fazendo com que a prova testemunhal perdesse um pouco da sua importância. Tal fato se explica por ser realizada pela declaração de pessoa humana, havendo falha, vez que a memória muitas vezes trai o homem, nem sempre a verdade é a que sai da boca como diz as palavras de Antonio Vieira: “Cada ouvido é um caracol e de matéria que tem sua dureza; e como as palavras entram passadas pelo oco deste parafuso, não é muito que quando saem pela boca saiam torcidas”.⁸⁹

Moacyr Amaral Santos explica:

“Em causas de ordem psicológica se explicam, geralmente, as acentuadas divergências de depoimentos de testemunhas idôneas. Seu propósito é acertar, jamais mentir; no entanto, involuntariamente, narram em desconformidade com a verdade”.⁹⁰

Além de haver falhas no testemunho, há também a má-fé, ou seja, sabe-se da existência de testemunhas profissionais, causando assim a desconfiança, o descrédito ao que se refere a prova testemunhal.

⁸⁸ Dirceu A Victor Rodrigues, “Dicionário de Brocardos Jurídicos”, verbete 4.324.

⁸⁹ Sermão dos Vícios da Língua. Maranhão . 1654. In Antonio Vieira, apud Marcelo Rodrigues Prata, A Prova Testemunhal no Processo Civil e Trabalhista, p. 33.

⁹⁰ Prova Judiciária no Cível e Comercial, vol. III, p.64.

4.3.2 Conceito de Testemunha

O vocábulo testemunha tem origem latina: *testis*, ou seja, espectador, aquele que apresenta o fato.⁹¹

Moacyr Amaral Santos ensina que:

“Na linguagem jurídica, testemunhar é provar. É tanto testemunha a pessoa que assevera a existência de um fato, como a coisa, por si só, por sua posição ou sinais que traz em si, ou o documento, pelo que contém, testemunham provando que um fato existe, ou existiu, mas na acepção jurídica, num sentido mais restrito, testemunha é a pessoa chamada para assistir ao cumprimento de atos jurídicos com o fim de dar-lhes solenidade, assegurando-lhes eficácia probatória e garantido-lhes os efeitos, ou a pessoa que declara em juízo acerca de um fato, ou suas circunstâncias, para provar-lhe a existência ou inexistência. Aquela que subscreve o ato, é chamada instrumentária; esta, a que declara em juízo o que sabe sobre os fatos controvertidos, é chamada judicial”.⁹²

Testemunha, na expressão De Plácido e Silva é: “a pessoa que atesta a veracidade de um ato, ou que presta esclarecimentos acerca de fatos que lhe são perguntados, afirmando-os ou negando-os”.⁹³

Amauri Mascaro Nascimento conceitua testemunho com os seguintes dizeres:

“ é um meio de prova que consiste na declaração representativa que uma pessoa, que não é parte no processo, faz ao juiz, com fins processuais, sobre o que sabe a respeito de um fato de qualquer natureza (Echandia). E testemunha a pessoa capaz, estranha ao

⁹¹ Saraiva, F. R. dos Santos, Novíssimo Dicionário Latino-Português, p. 1195.

⁹² Prova Judiciária no Civil e no Comercial. Vol. III, p. 43.

⁹³ Vocabulário Jurídico, p. 1554.

processo, que é chamada a declarar sobre os fatos que caíram sob o domínio dos seus sentidos (Alsina).⁹⁴

Nas palavras de Moacyr Amaral Santos testemunha é:

“uma pessoa distinta dos sujeitos processuais que, convidada na forma da lei, por ter conhecimento do fato ou ato controvertido entre as partes, depõe sobre este juízo, para atestar a sua existência”.⁹⁵

Marcelo Rodrigues Prata define prova testemunhal afirmando que:

“É um elemento de convencimento, consistente na oitiva de um terceiro, pessoa física, trazido a juízo, para informar, oralmente, o que sabe, sobre os fatos havidos antes de seu depoimento”.⁹⁶

O autor identifica os seguintes elementos do conceito:

Terceiro – O Juiz e as partes compõem a relação jurídica processual, não podendo testemunhar a respeito de fatos, respectivamente, sobre os quais têm interesse, ou vão julgar. Ensina Frederico Marques que a testemunha é, considerada terceiro, pois, não se enquadra entre os sujeitos processuais nem entre os auxiliares do juízo (escrivão, oficial de justiça, perito, depositário, o administrador e o intérprete).

Pessoa física – Somente o ser humano tem capacidade de perceber os fatos, arquivá-los na memória e representá-los em juízo – os registros mecânicos são provas reais, materiais e não pessoais. A pessoa jurídica (ficção legal) não pode, por ela própria, *ex propriis*

⁹⁴ Curso de Direito Processual do Trabalho, p. 420.

⁹⁵ Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Vol. II, P, 453.

⁹⁶ A prova Testemunhal no Processo Civil e Trabalhista, p. 48.

sensibus, produzir depoimento, tão-somente através de seus representantes.

Destinatário – A prova testemunhal é somente aquela endereçada ao juiz. Para tanto, conforme o caso, o depoente deverá ser convidado pela parte ou intimado judicialmente. Os fatos alegados pelo autor merecem a mesma credibilidade dos levantados pelo réu. O juiz, em meio a essa dicotomia, necessita da prova para dizer quem, ao menos formalmente, está com a verdade.

Representação oral – a testemunha representa em juízo os fatos que presenciou ou participou, ou a respeito dos quais ouviu falar. Ela reproduz, através da fala, a memória daquilo que os sentidos perceberam.

Não se admite que seja o depoimento prestado de forma escrita. Mesmo a testemunha ouvida em outro juízo, por carta precatória, apresenta seu depoimento oralmente. E a razão é simples: ainda que original, o testemunho escrito priva do juiz a obtenção direta de esclarecimentos do testificador. Ao demais, subtrai do reitor do processo a oportunidade de colher uma série de indícios quanto à veracidade das declarações. A presença física do testígio possibilita averiguar seus titubeios ou sua segurança, as expressões fisionômicas, o gestual. Em suma, toda a forma de transmitir uma idéia. A afirmação escrita não confere a certeza da livre manifestação do pensamento, sem pejo de erro, dolo ou coação. Como se não bastasse, a colheita oral do depoimento em audiência, perante o público, confere maior credibilidade às decisões emanadas pelo Poder Judiciário⁹⁷.

Pelo que tem conhecimento – Os fatos são objeto da prova. Nunca as questões de Direito – (*quaestio jûris*). A testemunha, porém, não é obrigada a falar sobre o que desconhece. A valoração da prova testemunhal não se confunde com

⁹⁷ A prova Testemunhal no Processo Civil e Trabalhista, p. 48-49.

o seu conceito. Não deixa de ser testemunha aquela que nada declara de relevante, ou desconheça os atos ou fatos litigiosos. O artigo 415, do CPC é claro: “Ao início da inquirição, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade *do que souber e lhe for perguntado*”. Assim, também a inquirição defeituosa não desqualifica a testemunha.

Mesmo que seu depoimento seja contraditório, inseguro e impreciso – por deficiência própria dos inquiridores -, ela não deixará de ser testemunha, houve prova testemunhal. Nesses casos, o juiz dará ao depoimento pouco ou nenhum valor.

4.3.3 Importância da Prova Testemunhal

Mesmo sendo considerada como prova secundária, quer quanto a documental e a pericial, não se pode negar a importância da prova testemunhal, levando em conta que ela tem por finalidade esclarecer os fatos controvertidos na ação, bem como seu uso com habitualidade.

Antunes Varela considera que:

“a mais importante, sob vários aspectos, das provas admitidas na lei, é a prova por testemunhas”, e explica, “a testemunha, em princípio insubstituível no seu papel, é chamada a referir as suas percepções de fatos passados (o que viu, o que ouviu, o que sentiu, o que observou).”⁹⁸

Mesmo que atualmente a prova pericial seja considerada superior, ela pode ocasionalmente depender da testemunhal. Tanto é verdade que é facultado ao perito o uso da prova testemunhal no caso de precisar obter informações (artigo 429 do CPC), que pode ser por iniciativa do perito, do interesse das partes ou a necessidade do próprio Magistrado.

No que se refere à prova documental, como bem colocado Antunes Varela:

⁹⁸ Antunes Varela, Manual do Processo Civil, p. 609.

“nada, impede o recurso a testemunhas para prova dos vícios da vontade (erro, dolo, coação) ou da divergência entre a vontade e a declaração (falta de vontade, erro na declaração etc.), salvo no que respeita à prova de simulação entre os próprios simuladores, tal como não obsta à prova por testemunhas do sentido e alcance atribuídos ao texto do documento (*prova juxta scripturam*).⁹⁹

Amauri Mascaro Nascimento se posiciona quanto à importância da Prova testemunhal no Processo do Trabalho:

“a prova testemunhal continua sendo básica no processo trabalhista, mesmo porque, como ressalta Echandia, o documento também apresenta riscos. São inúmeros os processos nos quais discute-se a autoridade ideológica de documentos e não são raras as questões nas quais fica evidenciado o preenchimento de documentos pelo empregador, assinados ‘em branco’ pelo empregado por ocasião de sua admissão”.¹⁰⁰

Conclui-se, portanto que a importância da prova testemunhal não é somente pelo fato de ser sempre usada, mas também o fato de ser considerada prova subsidiária da prova documental e da pericial.

4.3.4 Classificação da prova testemunhal

De acordo com Gabriel Rezende¹⁰¹, as testemunhas classificam-se em:

Instrumentárias e Judiciais; oculares e articulares; originárias e referidas; idôneas e inidôneas.

Testemunhas Judiciais são as convidadas a comparecerem a juízo para informar o que sabem e o que lhe for perguntado sobre os fatos da causa.

⁹⁹ Antunes Varela, Manual do Processo Civil, p. 618-619..

¹⁰⁰ Elementos de Direito Processual do Trabalho, p. 162-163.

¹⁰¹ Curso de Direito Processual Civil, Vol. II, P. 266.

Já a Testemunha Instrumentária é a presente no momento da lavratura de um documento, e que apõe a sua firma para torná-lo valioso. Daí, o vocábulo, instrumentária de instrumento.

“..asseguram, com a sua presença a assinatura, a verdade dos atos jurídicos, colaborando na formação da prova literal pré-constituída”.¹⁰²

A Testemunha ocular de vista é a que estava presente quando se deu o fato, é a testemunha presencial. Sabe do fato por ciência própria. Embora seja considerado, de maior importância. o testemunho de quem viu e ouviu, não pode deixar de considerar o valor dos demais sentidos, ou seja, olfato, paladar e tato.

O olfato, por exemplo, pode determinar quando pressentiu o depoente estar se incendiando a fábrica, (através do cheiro de fumaça); cujo incêndio foi atribuído a um trabalhador, e, por isso, despedido por justa causa, a fim de averiguar a sua presença no momento do infortúnio.

O paladar seria fundamental para asseverar se o trabalho de dois cozinheiros de um restaurante era igual, numa reclamação envolvendo equiparação salarial.

O tato teria valor relativo quando, *ad exemplum*, o testigo depusesse a respeito de um objeto manuseado no escuro.

A Testemunha Auricular, também chamada de testemunha por ouvir dizer, de ouvida alheia ou de oitiva, é a pessoa que não estava presente quando ocorreu a situação litigiosa, mas foi informada por terceiro, sobre o ocorrido. Tem validade reduzida a simples indício, mas ganha valor quando confirmada por outras provas.

A Testemunha Originária, é a testificadora trazida pela parte para depor em audiência.

¹⁰² Idem. P.266

A Testemunha referida, é aquela não apresentada pelas partes, mas mencionada nos autos. O reitor do processo, *ex officio*, ou a pedido de um dos litigantes, pode convocá-la a depor, caso suponha sejam suas declarações válidas para o esclarecimento da verdade.

A Testemunha idônea é o testígio que apresenta testemunho fidedigno, sem vícios ou defeitos.

A Testemunha inidônea é a que apresenta depoimento suspeito, inseguro, contraditório, impreciso. Em resumo, indigno de fé.

As Testemunhas na Justiça do Trabalho, conforme o artigo 825 da Consolidação das Leis do Trabalho, comparecerão para depor em audiência independentemente de qualquer notificação ou intimação. Portanto, a parte que tiver testemunha tem o ônus de levá-la, diferente do processo civil, no qual devem as partes apresentar em cartório o rol das testemunhas, cinco dias antes da realização da audiência (artigo 407, caput. CPC).

Amauri Mascaro Nascimento faz a seguinte explicação:

“... Simples convite da parte é o quanto basta para que se vejam obrigadas a comparecer para depor. As testemunhas que não atendam o convite da parte, feito pessoalmente ou pelo seu advogado, verbal ou por escrito, são, a requerimento da parte, na audiência em que faltaram notificadas pelo órgão jurisdicional, por via postal. Se não atendem à notificação, são conduzidas coercitivamente, sujeitando-se a multa (artigo 825, parágrafo único), salvo motivo justificado. Quando a testemunha, por enfermidade ou por outro motivo relevante, está impossibilitada de comparecer à audiência, mas não de prestar depoimento, o juiz designa, conforme

as circunstâncias, dia, hora e lugar para inquiri-la (CPC, artigo 336).”¹⁰³

Manoel Antonio Teixeira se posiciona sobre o assunto:

“...o meio mais seguro de que a parte disporá para demonstrar ao magistrado, no momento oportuno, haver convidado a testemunha que não compareceu à audiência será, sem dúvida, o documental...”, Complementa o autor “...Ao convidar a testemunha para comparecer a juízo para depor, esta pode apresentar uma de duas reações: a) aceitar ao convite, ou b) recusá-lo. No primeiro caso será prudente que o advogado (ou à parte) solicite à testemunha que assine um documento específico, previamente elaborado, pelo qual possa comprovar ao juiz a formulação do convite; no segundo, deverá o advogado ou a parte remeter o convite à testemunha, pelo correio, mediante aviso de recebimento, ou pelo cartório de títulos e documentos, de tal maneira que também possa demonstrar ao juiz que o convite foi tempestivamente feito...”¹⁰⁴

Contrariamente à Justiça Comum, na Justiça do Trabalho, as testemunhas deverão comparecer independentemente de notificação (artigos. 825, caput, e 845, CLT), a pedido das partes. Somente em caso de negativa (artigo 825, parágrafo único, CLT) é que serão intimadas. A resistência da testemunha após a intimação determinará a condução coercitiva e a aplicação dos rigores do artigo 73 da CLT (multa), se não oferecer justificativa convincente.

4.3.5 Procedimento de Inquirição

É o Juiz quem conduz a tomada de depoimento. Após o depoimento, das partes serão ouvidas as testemunhas, primeiro as do autor e, em segundo momento, as do réu, salvo inversão do ônus da prova. O juiz formula as perguntas pertinentes, depois o advogado da parte, e por fim, o advogado da parte contrária.

¹⁰³ Curso de Direito Processual do Trabalho, pág. 425/426.

¹⁰⁴ A prova no Processo do Trabalho, pág. 357/358

4.3.6 Número de testemunha

Poderá cada parte apresentar três testemunhas (artigo 821 da CLT). Com advento da Lei n. 9957/2000, acrescentou o artigo 852 CLT, criando o Procedimento Sumaríssimo, o qual poderá cada parte levar duas testemunhas. Já na instauração de Inquérito para apuração de falta grave, poderá cada parte levar até seis testemunhas.

Comparecimento das testemunhas no procedimento sumaríssimo, dispõe o artigo 852-H, da CLT que:

“(…) Parágrafo 2º – As testemunhas, até no máximo de duas para cada parte, comparecerão à audiência de instrução e julgamento independentemente de intimação”.

Parágrafo 3º - Só será deferida intimação de testemunha que, comprovadamente convidada, deixar de comparecer. Não comparecendo a testemunha intimada, o juiz poderá determinar sua imediata condução coercitiva”.

Entende-se que no procedimento sumaríssimo a parte deverá, acautelar-se e fazer prova que convidara a testemunha. Podendo ser feita por qualquer meio em direito admitido como: remessa de correspondência com aviso de recebimento; convite escrito com a ciência da testemunha convidada, dentre outros. Sob pena, de não ser aceito o pedido de intimação da testemunha faltante.

Referente à testemunha, algumas decisões:

Prova

Período limitado ao trabalhado pela testemunha no mesmo local que o autor - Hipótese de aplicação

Ementa: Prova oral – Período limitado ao trabalhado pela testemunha no mesmo local que o autor – Caso de modificações na jornada, funções e localidades – O depoimento da testemunha é valido apenas para a comprovação dos horários cumpridos enquanto laborou junto com o reclamante na mesma localidade, não sendo hábil à demonstração do horário ao longo de todo o contrato de trabalho, haja vista terá inicial, e a defesa reconhecida que o autor prestou serviços em várias localidades, exercendo funções diferenciadas, inclusive tendo se afastado para cumprir mandato sindical, e em horários diversificados, tendo, inclusive, num deles participado de reuniões noturnas. Não há, portanto, em caso como este, considerar o depoimento de quem laborou na primeira localidade e para comprovar o horário cumprido em todas as demais.

TRT 2^A reG. Ro 20000116151 – (Ac. 10^a T. 20050186234 Rel. Juíza Sônia Aparecida Gindro. DJSP 19.4.05, pág. 205.

CERCEAMENTO DE DEFESA

Indeferimento da oitiva das demais testemunhas, ainda que considerasse que a primeira houvesse cometido crime de falso testemunho-Configuração

-Ementa: Cerceamento de defesa - Incorre em flagrante cerceamento de defesa o magistrado que indefere a oitiva das demais testemunhas da reclamada, ainda que considerasse que a primeira houvesse cometido falso testemunho. Utilizar-se da faculdade prevista nos artigos. 765/ CLT E 130/CPC, para prejudicar a parte não tem compatibilidade com os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, ainda mais se atentando para o fato de que o autor teve as suas duas testemunhas ouvidas e julgada a questão a seu favor, o que revela claro tratamento diferenciado às partes (artigo 125, I, do CPC).

TRT 3^a Reg. RO 00904-2004-024-03-00-0 – (Ac. 3^a T). – Rel. Juiz Paulo Roberto Sifuentes Costa. DJMG 22.1.05, pág. 9

HORAS EXTRAORDINÁRIAS

Prova testemunhal contraditória e/ou inconsistente – ônus da prova.

Havendo contradição e/ou inconsistência nos depoimentos prestados pelas testemunhas, verifica-se a quem cabia o ônus da prova. No caso, em se tratando de horas extraordinárias, o ônus da prova era do reclamante, a teor do artigo 818 da CLT. Portanto, não tendo se desincumbido de tal ônus, não há como acolher a tese apresentada na petição inicial. Recurso Ordinário conhecido e desprovido.

TRT – 9^a Região; RO n. 05081-2000-016.09 00-9 – Curitiba-PR; ac. N. 16557-2003; Rel. Juiz Altino Pedrozo dos Santos; J. 25/6/2003; v.u.).

Abandono de emprego – prova testemunhal - suficiência

Não há necessidade de a empresa enviar correspondência ao empregado ou colocar anúncio um jornal pedindo o seu retorno ao emprego, para comprovar abandono de emprego, se sua testemunha prova o abandono de emprego. O empregado pode inclusive nem ler o jornal em que foi publicado o abandono (TRT – 2^a R – Ac. Unân. 20000672119 da 3^a T. Julg. Em DJ de 12.12.2000 – RO 19990584969-SP – Rel. Juiz Sérgio Pinto Martins; in ADCOAS 8196876)

TESTEMUNHA

Suspeição – Inquirição como informante – Efeitos

Ementa: Testemunha – Suspeição – Inquirição como informante – 1. Não viola o artigo 896 da CLT ac. Turma do TST que afasta a apontada contrariedade à Sumula n. 357 do TST se o Tribunal de origem, a despeito de considerar suspeita testemunha que também move ação em face do empregador comum, toma-lhe o depoimento na qualidade de informante, mas considera-o insuficiente para a formação de convencimento no tocante à redução da condenação em horas extras e a exclusão da condenação em diferenças de comissões. Em tal caso, colhida a prova, nenhum prejuízo resulta para o litigante, sob a ótica processual. 2. Embargos não conhecidos.

TST-E-RR-548/2000-004-03-00.7 – (Ac. SBDI1) – 3ª Reg. – Rel. Min. João Oreste Dalazen. DJU 17.12.04, pág. 1183.

HORAS EXTRAS

Prova oral – Interpretação

Ementa: Recurso ordinário – Horas extras – prova oral. A prova é indivisível; não se pode desconsiderá-la em parte, ou utilizá-la apenas nos pontos em que são favoráveis ao litigante; não se pode negá-la no todo em que desfavorece a parte e aceitá-la no tópico em que a beneficie, esta é a regra de direito. Considerando-se, pois, a indivisibilidade da prova, tem-se que a autora não se desincumbiu do ônus de demonstrar as suas alegações, não restando comprovados os fatos ensejadores da pretensão quanto à inidoneidade dos controles de frequência e aí elastecimento da jornada. Improcede, pois a pretensão.

TRT 1ª Reg. RO ,00428-2004-223-01-00-9 – (Ac. 7ª T)- Rel. Des. Maria José Aguiar Teixeira. DJRJ. 1.4.05, pág. 133.

De acordo com Plá Rodriguez:

“Os fatos primam sobre as formas. Não é necessário analisar e pesar o grau de intencionalidade ou responsabilidade de cada uma das partes. O que interessa é determinar o que ocorra no terreno dos fatos, o que poderia ser provado na forma e pelos meios que disponham cada caso. Porém demonstrados os fatos, eles não podem ser contrapesados ou neutralizados por documentos ou formalidade”.¹⁰⁵

Com esse entendimento, pode-se dizer que a realidade dos fatos tem mais relevância que a forma dos atos jurídicos. Sendo o Direito do Trabalho direcionado pelo princípio da primazia da realidade.

4.4 Prova documental

4.4.1 Introdução e Conceito de Documento

No entendimento de Vicente Greco Filho,

“Na vida brasileira da atualidade, nos documentos se retrata toda a vida do cidadão. Essa preocupação, que talvez devamos à formação lusitana (e latina, em geral) chega a ser excessiva, a ponto de vigorar a errada concepção de que sem documento nada se prova ou de que o documento é a única prova válida. Os excessos dessa mentalidade têm sido combatidos por programas governamentais que visam a eliminar o documento supérfluo, substituindo-o pela palavra da pessoa, que deve merecer fé até prova em contrário.

Todavia, no processo civil, ainda, o documento é prova de capital importância, à qual é dada certa preeminência, tanto que, provado o fato por documento, não se produz prova testemunhal, e há certos fatos que só por documento podem ser provados.

¹⁰⁵ Princípios do Direito do Trabalho, p.228.

O documento liga-se à idéia de papel escrito. Contudo, não apenas os papéis escritos são documentos.

Documento é todo objeto do qual se extraem fatos em virtude da existência de símbolos, ou sinais gráficos, mecânicos, eletromagnéticos etc. É documento, portanto, uma pedra sobre a qual estejam impressos caracteres, símbolos ou letras; é documento a fita magnética para reprodução por meio de aparelho próprio, o filme fotográfico etc.¹⁰⁶

Documento, para Humberto Theodoro Junior, é como:

“o resultado de uma obra humana que tenha por objetivo a fixação ou retratação material de algum acontecimento.

Contrapõe-se ao testemunho, que é o registro de fatos gravados apenas na memória do homem.

Em sentido lato, documento compreende não apenas os escritos, mas toda e qualquer coisa que transmita diretamente um registro físico a respeito de algum fato, como os desenhos, as fotografias, as gravações sonoras, filmes cinematográficos etc.

Mas, em sentido estrito, quando se fala da prova documental, cuida-se especificamente dos documentos escritos, que são aqueles em que o fato vem registrado através da palavra escrita, em papel ou outro material adequado”.¹⁰⁷

Nelson Nery Junior considera que:

“o termo prova documental abrange os instrumentos e os documentos, públicos e privados. Qualquer representação material que sirva para reconstituir e preservar através do tempo a

¹⁰⁶ Direito Processual Civil Brasileiro, p. 224.

¹⁰⁷ Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, p. 444.

representação de um pensamento, ordem, imagem, situação, idéia, declaração de vontade etc. pode ser denominado documento”.¹⁰⁸

Importante diferenciar documento de instrumento. Documento não se confunde com instrumento.

Amauri Mascaro Nascimento leciona que “documento é todo objeto, produto de um ato humano, que representa a outro fato ou um objeto, uma pessoa ou uma cena natural ou humana. Instrumento é uma das espécies de documento consistente em: escritos públicos ou privados, autênticos ou sem autenticação.”¹⁰⁹

Arruda Alvim diz que:

“O documento vale pelo seu conteúdo, pois é deste que se pretendem extrair elementos produtores de consequências jurídicas. O conteúdo do documento é, de um modo amplo, um fato de diversas espécies: manifestação de pensamento, declaração de ciência ou de vontade. Ou, ainda, poderão num só documento estar conglobadas essas três espécies.”¹¹⁰

O documento deve ser exibido como prova no processo do trabalho, no original ou em xerox autenticadas, salvo quando conferida a sua autenticidade perante o Juiz, (artigo 830 da CLT). Porém, conforme Orientação Jurisprudencial n. 36, SDI-I, TST, documentos comuns a parte, como as sentenças normativas, convenções e acordo coletivos do trabalho, poderão ser juntados em xerox simples, em função do conhecimento que devem ter ambas as partes quanto àqueles documentos.

As pessoas jurídicas de direito público podem apresentar cópias sem serem autenticadas de quaisquer documentos, conforme dispõe o artigo 24 da Lei. n. 10.522 de 19-07-2002.

¹⁰⁸ Código de Processo Civil Comentado: Revista dos Tribunais, p. 632.

¹⁰⁹ Curso de Direito Processual do Trabalho, p. 428.

¹¹⁰ Arruda Alvim, Manual de Direito Processual Civil, p.493.

4.4.2 Classificação dos documentos

4.4.2.1 Particulares ou Privados

Documento particular: O Código estabelece uma presunção que: sendo escrito e assinado ou somente assinado pelas partes, as declarações deles constantes são verdadeiras. Não se aplica tal presunção às declarações de ciência, ou seja, quando a parte tem conhecimento de determinado fato, que não foi provado e sim a parte declarou que o conhece. Neste caso será necessário provar, por outros meios, a existência do fato.

Não há dúvida quanto à autenticidade do documento particular, quando este tiver a firma reconhecida pelo tabelião, na presença da pessoa, aplicando-se as regras sobre os documentos públicos.

Humberto Theodoro Junior diz que:

“fora dos casos de assinatura perante tabelião (artigo 369, a presunção de autenticidade de documento particular é muito menor que a do documento público, pois decorre de aceitação dele, expressa ou tácita, pela parte contrária (artigo 372).

Basta, pois a simples impugnação da parte, para que se imponha o dever de provar em juízo a autenticidade, sob pena de tornar-se inócuo o documento (artigo 388, I, e 389, II)”.¹¹¹

Surgindo dúvida, compete à parte contra quem foi produzido documento particular, alegar, no prazo de dez dias, (artigo 390), se lhe admite a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto; presumindo-se, com o silêncio, que o tem por verdadeiro (artigo 372, caput)). Tem-se a cessação da admissão expressa ou tácita, se o documento foi obtido por erro, dolo ou coação (artigo 372, parágrafo único).

¹¹¹ Humberto Theodoro Junior., Curso de Direito Processual Civil, Vol, 1, p. 448.

O documento particular admitido, expressa ou tacitamente, quanto à assinatura e o contexto, é indivisível, não sendo permitido a parte, que dele pretende utilizar-se, aceitar somente os fatos que lhes são favoráveis e recusar os que são contrários ao seu interesse, salvo se provar que estes não verificaram (artigo 373, parágrafo único). Observa-se que o documento particular admite prova em contrário no que se refere aos fatos nele contidos.

O conteúdo do documento particular é incindível, ou seja, é defeso. Diz Luiz Rodrigues Wambier, que:

“ à parte pretender aproveitar apenas a parcela que a favorece, refutando as demais. O documento é visto e valorado como um todo, e como um todo provará os fatos dele constantes. Porém, admite contraprova. Se um documento expressar vários fatos, é lícito à parte provar um ou alguns por este meio e demonstrar que os outros não ocorreram, lançando mão de outro meio de prova. Aqui, haverá divisão no documento, prestando-se como prova para alguns e não para outros fatos. Assim, é possível o instrumento de um contrato, onde conste que o preço foi pago e a coisa entregue, servir de prova do pagamento, mas restar provado que não houve a tradição. A parte do documento que expressava fato inverídico sucumbe ante a prova em contrário.”¹¹²

O documento particular só terá efeito em relação à terceiro, se for levado ao conhecimento de todos, (registro público); portanto, a força probante dos documentos particulares é somente em relação aos seus signatários e não a terceiros.

4.4.2.2 Público

No que se refere ao documento público, devido à presunção absoluta atribuída aos órgãos estatais, o artigo 364 do Código de Processo Civil, “estabelece que o documento público, não só de sua formação, mas também dos

¹¹² Luiz Rodrigues Wambier - Curso Avançado de Processo Civil, Vol. 1, p. 514.

fatos que o escrivão, o tabelião ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença”.

Ao contrário do documento particular, o documento público é de conhecimento de todos, os quais têm validade *erga omnes*, tem os seus efeitos resguardados contra terceiros.

Nas palavras de Vicente Greco Filho:

“...o juiz não pode formar sua convicção contra o teor de documento público louvando-se em outra prova. Seu convencimento está limitado por força de lei. Para que desapareça a força que emana do documento público, o único meio é a declaração de sua falsidade, que pode ser, material ou ideológica. Mas enquanto o documento público permanecer íntegro como tal, não pode o juiz decidir contra o que nele consta. É certo que em algumas oportunidades, diante de um documento público, o juiz deixa de aplicar a consequência jurídica que dele emana porque um vício externo o impede, como, por exemplo, os vícios de vontade, o erro, o dolo ou a coação. Nesses casos, porém, não se chega a fé e o valor do documento, mas somente se deixa de reconhecer as consequências do negócio jurídico que ele representa em virtude de circunstância externa que não interfere em sua constituição. Trata-se, neste último caso, de um fato novo, diferente, que quebra a consequência jurídica que decorre do documento sem que se negue a sua autenticidade e veracidade nem se negue o fato que dele consta.”¹¹³

Fazem a mesma prova que os originais, também os documentos enumerados pelo artigo 365 do Código de Processo Civil:

¹¹³ Direito Processual Civil Brasileiro, p. 225-226.

- a) as certidões textuais de qualquer peça dos autos, de protocolo das Audiências, ou de outro livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele ou sob sua vigilância e por ele subscritas;
- b) os traslados e as certidões extraídas por oficial público, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas;
- c) as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório com os respectivos originais.

O documento público é incontestável; além disso, salvo falsidade, quando a lei o determinar como prova do negócio jurídico, nenhuma outra prova poderá substituí-lo, por mais especial que seja. Assim, para os atos que a lei exigir como essencial o instrumento público, a forma e a prova são *ad solemnitatem* não pode o juiz dá-los como praticado sem o respectivo instrumento solene.

Pode acontecer em alguns casos, o vício de incompetência da autoridade que lavrou o documento público, ou omitir formalidades legais que devem revestir o ato; entretanto, se estiver subscrito pelas partes, valerá como documento particular. (artigo 367).

CAPITULO V

5 PROVA PERICIAL

A prova é usada para analisar, evidenciar os fatos alegados pelas partes, naquilo que não está totalmente claro para a convicção do Juiz. Para se chegar à verdade dos fatos, poderão ser usados qualquer dos meios de provas mencionados no capítulo anterior, e também pela prova pericial, que será estudada no presente capítulo, sendo necessária quando o juiz precisar de conhecimentos técnicos, ou seja, subsídio fornecido pelo perito, para conhecimento e entendimento dos fatos.

Não se deve confundir prova pericial com prova testemunhal, pois não há dúvidas de que uma se diferencia da outra em vários momentos, bem como na qualidade. A testemunhal presencia, participa da prova, enquanto que a prova pericial é realizada pelo perito indicado pelo juiz, para produzir a prova.

A verificação dos fatos - a perícia - é um meio de prova. Todas as provas são trazidas no processo pelas partes interessadas, tendo que enunciá-las nos momentos cabíveis e quais as que pretendem utilizar para a instrução do feito,

favorecendo em favor de suas alegações; em outras palavras, para provar os fatos alegados.

Sendo a perícia um meio disponível pela parte, esta poderá requerê-la ou não. Entretanto, se solicitá-la, o juiz poderá deferi-la ou não. No caso do juiz rejeitá-la e a parte sentir-se prejudicada, poderá pedir que conste em ata, pois caberá cerceamento de defesa.

Jurisprudência

“ Constitui cerceamento de defesa a suspensão de oportunidade as partes de se pronunciarem em complementação à perícia, através de outras provas em direito admitidas.” (TRT da 12ª Reg., RO 524/82, DJ 15.10.82. Rel. Juiz Charles Edgar Mortiz.”

“ A perícia é sempre a melhor prova, mas seu valor não é absoluto. Dentro dos princípios de livre convencimento e da livre apreciação da prova, o julgador tem o direito de pesquisar todos os demais elementos dos autos e chegar a uma conclusão que não seja necessariamente a do laudo” (TRT da 3ª Reg. 1ª T., RO 3.948/80, MG 10.12.81. Rel. Juiz José Nestor Vieira.)”.

“ A prova pericial só tem lugar quando necessária à comprovação de fatos que, por sua natureza e complexidade, só podem ser percebidos de forma útil através de técnicos especializados. Inteligência do disposto no inciso I, do parágrafo único, do art. 420

do CPC. Recurso de Revista o qual se dá provimento.” (TST, 2ª T., RR 5.143/79, em 1.8.79. Rel. Min. Roberto Mário.

A perícia é considerada um dos meios de se compreender a prova, naquilo que possa ser de difícil conhecimento do julgador.

Nas palavras de Francisco Antonio de Oliveira¹¹⁴:

“Perícia é um dos meios de prova. É o gênero de que são espécies, a perícia contábil, a perícia grafotécnica, a perícia médica etc. Periciar é proceder à verificação de determinada coisa em seus recantos mais íntimos. É exteriorizar o conhecimento do seu conteúdo. É definir técnica ou cientificamente as causas que levaram a determinado acontecimento. Verificar tecnicamente é buscar a verdade de determinada afirmação”.

A Perícia deve ser encarada sob dois aspectos: como atuação de um técnico na revelação de determinados fatos, e como o depoimento especializado de um profissional sobre esses mesmos fatos e, neste caso, contendo uma apreciação, um parecer.

O Juiz conhece o direito, mas não tem todos os conhecimentos técnicos, para uma completa avaliação dos fatos. Deve o juiz, quando for necessário, recorrer-se ao perito, ao especialista, ou seja, pessoa “expert” no assunto.

O juiz determina a perícia; entretanto, não fica o magistrado nas mãos do perito. Em outras palavras, o juiz poderá ou não acolher o laudo pericial, analisando, comentando, através de seu conhecimento, pois se assim não fosse, estaria dando poderes ao perito, e a finalidade da perícia não é esta, e sim auxiliar o juiz, que deverá julgar segundo o sistema de persuasão racional.

¹¹⁴ A prova no Processo do Trabalho, p. 126.

“Prova – Apreciação - Limites

A conclusão do perito não vincula a decisão do juiz. Pensar o contrário seria o mesmo que atribuir àquela o valor de sentença e imaginar o juiz como um funcionário público homologador de conclusões periciais, portanto, destituído do poder de apreciar livremente a prova. Por conseguinte, o julgador não somente pode como, ao revés, deve apreciar a prova livremente, desde que explique os motivos que lhe formaram o convencimento – CPC, artigo 131- mormente a pericial, pois não está adstrito ao laudo, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos Autos (2º TA Civ. SP- Ac. Da 12.a Câm. Julg. Em 24-8-2000- Embs. 550.958-01/0- São Bernardo do Campo – Rel. Juiz Palma Bisson; in ADCOAS 8191399).

Humberto Theodoro Junior, sobre o tema, relata:

“Os fatos litigiosos nem sempre são simples de forma a permitir sua integral revelação ao juiz, ou sua inteira compreensão por ele através apenas dos meios usuais de prova que são as testemunhas e documentos.

Nem é admissível exigir que o juiz disponha de conhecimentos universais a ponto de examinar cientificamente tudo sobre a veracidade e as conseqüências de todos os fenômenos possíveis de figurar nos pleitos judiciais.

Não rara, são às vezes, terá o juiz de se socorrer de auxílio de pessoas especializadas como engenheiros, agrimensores, médicos, contadores, químicos, etc. para examinar as pessoas, coisas ou documentos envolvidos no litígio e formar sua convicção para julgar a causa, com a indispensável segurança.

Aparece então, a prova pericial como o meio de suprir a carência de conhecimentos técnicos de que se ressente o juiz para apuração dos feitos litigiosos.”¹¹⁵

Portanto, é cabível a perícia para definições de questões técnicas e nas questões de fato. No processo do trabalho, as perícias mais usadas são nos casos de: insalubridade, periculosidade, comissões, diferenças salariais, composição do salário básico acrescido de acessórios, verbas rescisórias e horas extraordinárias.

A finalidade da perícia é auxiliar o juiz nos pontos técnicos sobre os quais este não tem total conhecimento.

Pedro Thaumaturgo Soriano de Mello afirma que a finalidade da perícia é:

“A prova pericial é a que é determinada pelo juiz a um experto em determinado assunto, para exame e apresentação do laudo ou da conclusão do exame da coisa, do fato objeto do litígio. O perito, também chamado louvado ou árbitro, auxilia a justiça com sua apreciação técnica e, pelo laudo que apresenta, depois de compromisso prestado, o juiz poderá mais facilmente chegar à verdade dos fatos”.¹¹⁶

O laudo tem a finalidade de aproximar o juiz da verdade dos fatos, esclarecendo os pontos sobre os quais o juiz busca se convencer.

5.1 CONCEITO

5.1.1 Perícia

No entendimento de Amauri Mascaro Nascimento, perícia é:

¹¹⁵ Curso de Direito Processual Civil, Vol. I, p. 477.

¹¹⁶ Noções de Direito Processual do Trabalho, p. 49.

“uma atividade processual desenvolvida em virtude de encargo judicial, por pessoas distintas das partes do processo, especialmente qualificados por seus conhecimentos técnicos, artísticos ou científicos, mediante a qual são ministrados ao juiz argumentos ou razões para a formação de seu convencimento sobre certos fatos cuja percepção ou cujo entendimento escapa das aptidões comuns das pessoas” (Echandia). A função da perícia é “levar ao processo conhecimentos científicos ou práticos que o juiz podia conhecer, mas que não está obrigado a tanto, e que são necessários para fundamentar a decisão.”(Melero).¹¹⁷

Para Moacyr Amaral Santos:

“ A perícia consiste no meio pelo qual, no processo, pessoas entendidas e sob compromisso verificam fatos interessantes à causa, transmitindo ao Juiz o respectivo parecer”.¹¹⁸

O autor conceitua prova em seu aspecto objetivo e subjetivo:

“Sob o aspecto objetivo – prova é o meio – pessoa, documento ou coisa – por que a verdade chega ao espírito de quem o aprecia; são os meios de demonstração da verdade dos fatos sobre os quais versam a ação.

Sob o aspecto subjetivo – prova é a própria convicção da verdade dos fatos alegados. Esta prova resulta do exame sereno daquela, isto é, das pessoas que falam, do documento que atesta, das coisas que na própria mudez retêm os fatos. Tanto melhor e mais forte se forma a convicção quanto mais diretamente sejam as provas no sentido objetivo examinadas pelo juiz”¹¹⁹.

¹¹⁷ Iniciação ao Processo do Trabalho, p. 234.

¹¹⁸ Santos Amaral Moacyr, Comentários ao CPC, p 335.

¹¹⁹ Moacyr Amaral Santos, prova Judiciária no Civil e no Comercial, Vol V, p. 21.

No entendimento de Primo A. Brandimiller perícia é:

“é o exame de situações ou fatos relacionados a coisas e pessoas, praticado por especialista na matéria que lhe é submetida, com o objetivo de elucidar determinados aspectos técnicos (em geral especificados através de quesitos)”¹²⁰.

Exemplificando o conceito de perícia explica o autor:

“Por situações entendem-se relações entre coisa e/ou pessoas. Exemplo, uma determinada situação de trabalho e os riscos à saúde, ou de acidentes, nela implicados. Fatos são ocorrências envolvendo coisas e/ou pessoas; por exemplo, um acidente de trabalho ou a ocorrência de uma doença profissional.”¹²¹

Sérgio Pinto Martins, sobre o tema, diz:

“Faltando conhecimento especializado ao juiz, este indica um técnico que possa fazer o exame dos fatos objeto da causa, transmitindo este conhecimento ao magistrado, por meio de um parecer. Eis a perícia. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação”¹²².

“Perícia é o meio de prova, onde técnicos capacitados, por determinação judicial, manifestam o seu parecer sobre determinado fato ou coisa, apresentando-se ao Juízo da causa”.¹²³

A Perícia visa não somente a verificação dos fatos, mas também a sua apreciação pelo experto; em verdade, o laudo pericial contém um parecer do perito acerca dos fatos verificados e interpretados tecnicamente. Baseando-se no

¹²⁰ Perícia Judicial em Acidentes e Doenças do Trabalho, p.26.

¹²¹ idem, p.26.

¹²² Martins, Sérgio Pinto, Direito Processual do Trabalho, p. 311.

¹²³ Jorge Neto, Francisco Ferreira e Cavalcante Jouberto de Quadros Pessoa, Manual de Direito Processual do Trabalho, p. 595.

laudo o Juiz apreciará os fatos formando o seu convencimento. Observa-se que a perícia não é um meio de prova, mas sim um meio probante.

O Juiz não pode atuar como perito; esta possibilidade é vedada dentre os dispositivos legais pelo artigo 145 do CPC, cuja expressão é imperativa: *“Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo disposto no artigo 421”*.

O artigo 3º da Lei 5.584/70 determinou que “os exames periciais serão realizados por perito único designado pelo Juiz, que fixará prazo para a entrega do laudo”, esse dispositivo revogou o artigo 826 da CLT. Antes cada parte indicava seu perito; com a edição da Lei 5584/70 o perito é único e do Juízo. As partes podem indicar assistentes técnicos, mas quem presta compromisso é o perito.

Sendo assim, há casos em que somente mediante prova pericial, o juízo poderá determinar o final da lide. É o caso de verificação de insalubridade ou periculosidade. Nestas duas modalidades, somente poderão ser averiguadas pelo juízo, mediante auxílio de um perito, é que diz o artigo 195, caput e § 2º da CLT *in verbis*:

“Artigo 195 – A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho”.

§ 2º - Argüida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por sindicato, em favor de grupo de associados, o juiz, designará perito habilitado na forma deste artigo, e, onde não houver, requisitará ao órgão competente do Ministério do Trabalho.”

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE- PROVA PERICIAL – INDISPENSABILIDADE

A teor do artigo 195 da CLT, é indispensável à produção de prova pericial, a fim de determinar o cabimento do adicional de insalubridade (TRT-1ª R. Ac. Unân. Da 8ª T. publ. No DJ de 12.12001- RO 2.584/1999-RJ – Rel. Juiz Nelson Tomaz Braga; in ADCOAS 8197980).

5.2 Objeto da Prova Pericial

O objeto da perícia são os fatos e não o direito, fatos pertencentes à causa; a perícia, qualquer que seja, será sobre fatos. Trata-se de examinar o objeto da causa, em qualquer das espécies, ou seja, no exame de pessoa, animal ou coisa, na vistoria de um imóvel, arbitrar quanto ao valor que será gasto em determinado serviço ou quanto ao tempo a ser utilizado, ou de avaliação de coisas, direitos ou obrigações, sendo, portanto, a perícia uma pesquisa técnica e científica, solicitando ao perito que verifique se existe ou não um fato que o constitui.

Na perícia, os peritos atuam como técnicos para esclarecerem ao Juiz determinados fatos da causa. A atuação do perito é em virtude da falta de conhecimento do Juiz, para apreciar ou interpretar fatos específicos, vez que o Juiz é técnico em Direito. Sendo assim, o “expert” auxilia o magistrado, demonstrando laudo quanto aos fatos examinados.

5.3 Espécies de prova pericial,

5.3.1 Exame

5.3.2 Vistoria

5.3.3 Avaliação

5.3.4 Arbitramento

Há divergência dos autores quanto às espécies de perícia, vez que conforme dispõe o artigo 420 do CPC, são três modalidades:

Exame, vistoria ou avaliação

Francisco Antonio de Oliveira admite o arbitramento como espécie de prova pericial.

No entendimento do autor, arbitramento é:

“ o ato pelo qual se busca o valor de determinada coisa quando não existem parâmetros objetivos que possam ser utilizados e a avaliação se torna difícil ou mesmo impossível.”¹²⁴

Moacyr Amaral Santos também inclui o arbitramento como espécie de prova pericial.¹²⁵

“Tratando de apurar o valor, em dinheiro, do objeto do litígio, de direitos ou da obrigação demandada, a perícia toma o nome de arbitramento”

Vicente Greco Filho esclarece sobre as referidas modalidades:¹²⁶

“Exame é o tipo de perícia que consiste na verificação de fatos dos quais o perito extrai uma conclusão também no plano fático, ainda que no campo das probabilidades; vistoria é a simples constatação não conclusiva, restrita, portanto; avaliação é atribuição de valor mensurável por comparação objetiva com outros bens, direitos ou obrigações constatados concretamente; arbitramento é a atribuição

¹²⁴ A prova no Processo do Trabalho, p. 127.

¹²⁵ Prova Judiciária no Civil e no Comercial – Vol. V, p. 127.

¹²⁶ Direito Processual Civil Brasileiro, p. 218.

de valor quando a coisa ou direito tem elementos imponderáveis que necessitam da integração da experiência pessoal do árbitro”.

No exame, a atividade do perito consiste em inspecionar, analisar, investigar pessoas, coisas móveis e semoventes, procurando desvendar peculiaridades técnicas.

“Exame é a inspeção realizada por intermédio de peritos com o objetivo de verificar a existência de algum fato ou circunstância que seja de interesse para o deslinde do litígio”.¹²⁷

O exame, em sentido estrito, tem geralmente lugar nos seguintes casos:

quando a prova do fato depende de perícia médico legal;

quando a prova do fato depende da inspeção sobre coisas móveis, ou sobre semoventes;

quando a prova do fato depende do exame de livros, documentos, papéis e principalmente para a verificação da escrituração ou assentamentos de livros e papéis comerciais; para a verificação de falsificação, vício ou defeito de atos ou documentos, públicos ou particulares.

O exame é a espécie de perícia mais usada no processo do trabalho; examina assinaturas, escritas contábeis, documentos em geral...

“Vistoria é o ato pelo qual os peritos, na presença do juiz, procedem à inspeção ocular da coisa ou do fato controvertido que é o objeto da diligência”.¹²⁸

¹²⁷ Francisco Antonio de Oliveira, A Prova no Processo do Trabalho, p. 96.

¹²⁸ Pedro Nunes Dicionário de Tecnologia Jurídica, p. 543.

A vistoria se realiza nas causas relativas: a imóveis ou direitos e obrigações, que tenham por objeto imóveis, quando a prova dos fatos depende mais da inspeção pericial do que do simples testemunho, e especialmente: nas ações possessórias; nas ações reivindicatórias; na nunciação de obra nova; nas ações de demarcação e divisão, em sua fase contenciosa; nas ações cominatórias, especialmente nos casos dos Incisos VII e XI, letras “a” e “b”, do artigo 302, do Código; nas ações de servidão; nas ações referente a água; nas ações relativas à avaria de navios e embarcações (Código Comercial, art. 772).

“ Avaliação é a estimativa que se procede sobre coisas móveis ou imóveis, com o objetivo de se conseguir o seu valor em moeda corrente. Para proceder à avaliação, é necessário que o perito utilize-se de fatores objetivos, v.g., metragem, material, empregado, tempo de construção, localização, estado de conservação, em se tratando de bem imóvel; estado de conservação aceitação no mercado comprador, tempo de uso etc., em se cuidando bem do imóvel. É bem de ver que existem bens móveis e imóveis cujo valor está diretamente ligado à sua antiguidade”.¹²⁹

Ocorre a avaliação, entre outros, nos seguintes casos: nos inventários, para estimação dos bens descritos; nas arrecadações de herança jacente, bens de ausentes e vagos; nos casos de venda, arrendamento, hipoteca ou oneração de bens dotais; nos casos de venda e oneração de bens dotais; nos casos de vendas judiciais; nas divisões de terras, para o fim da distribuição de quinhões de dimensões diferente; nos casos de sub-rogação de bens, onerados com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade, incomunicabilidade; nos casos de penhora, para a estimação dos bens penhorados na ação executiva ou na execução de sentença.

¹²⁹ Francisco Antonio de Oliveira, A prova no Processo do Trabalho, p.96.

“ Arbitramento é o ato pelo qual se busca o valor de determinada coisa quando não existem parâmetros objetivos que possam ser utilizados e a avaliação se torna difícil ou mesmo impossível”.¹³⁰

Pode-se entender como arbitramento o exame de alguma coisa realizada por peritos, determinando-lhe o valor e estimando em dinheiro a obrigação

Procede-se ao arbitramento: quando a decisão da causa dependa da estimação do valor, em moeda, de coisas, direitos ou obrigações; na liquidação de sentenças, que dependerem de arbitramento; quando assim as partes tenham convencionado ou o determine a sentença; quando, para fixar o valor da sentença, não houver necessidade de provar fato novo; nos casos expressos em Lei.

5.3.5 Da Perícia em matéria acidentária

“Trata-se de exame procedido na pessoa do autor, direta ou indiretamente, que constitui a essência do processo acidentário. Necessária na maioria dos casos. As informações fornecidas pelos médicos que examinaram o autor são elementos valiosos no julgamento da ação, auxiliando o julgador em sua decisão”.¹³¹

“O exame médico pericial destina-se primordialmente a estabelecer diagnósticos relativos às lesões ou alterações funcionais alegadas, e avaliar a incapacidade delas resultantes. Na maior parte, dos casos são solicitados exames subsidiários para complementação do exame físico”.¹³²

O perito da confiança do juízo informará a ele e aos outros membros componentes do processo sobre as condições físicas em que se encontra o trabalhador. Se faltar tal prova, será impossível se falar em procedência ou improcedência do conteúdo da queixa indenizável.

¹³⁰ idem, p.96.

¹³¹ José de Oliveira, Acidente do Trabalho, p.82

¹³² Primo ^a Brandimiller, perícia Judicial em Acidentes e Doenças do Trabalho, p.175

A perícia médica em matéria acidentária é imprescindível é fundamental, para estabelecer o nexo etiológico e avaliação do grau de incapacidade.

Pode ocorrer que no curso do processo, o autor vem a falecer, sem que se tenha realizado a perícia médica. Quando tal fato acontecer, deve ser realizada a perícia indireta. Examinando os documentos já existentes no processo, como fichas de tratamento do acidentado, laudos periciais já elaborados, informações hospitalares, boletins de encaminhamento ao médico ou ambulatório médico do empregador, radiografias e outros exames anteriores, como prováveis diagnósticos clínicos.¹³³

Na ação acidentária, exige-se somente o impulso inicial, devendo o juiz determinar de ofício a realização das provas necessárias, a prova qualitativa (perícia médica), ou a quantitativa (vistoria no local de trabalho).

A perícia médica, em caso de acidente de trabalho, é indispensável; sendo assim, não pode ser realizada sem a presença do autor; para tanto, este será intimado pessoalmente para o ato.

Se intimado pessoalmente, do dia, horário e local da perícia, e esse não cumprir tal diligência, o processo se extinguirá sem julgamento do mérito, vez que não existem elementos para decisão do referido pedido.

5.3.6 Inspeção Judicial

O mais comum é as partes trazerem para o Juiz a prova, procurando provar os fatos alegados; entretanto, poderá o juiz, através da Inspeção, constatar *in locu*, o que tinha percepção por meio de documentos ou de afirmações nos autos.

¹³³ José de Oliveira, Acidentes do Trabalho, p. 59

O artigo 440 do CPC dispõe ao juiz o poder de *ex officio* ou a pedido da parte, “em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa”.

O objeto da inspeção pode ser:

 pessoas: podem ser as partes ou não do processo, desde que haja necessidade de verificar seu estado de saúde, suas condições de vida;

 coisas: móveis ou imóveis e mesmo documentos de arquivos, de onde não possam ser retirados;

 lugares: quando, por exemplo, houver conveniência de se conhecer detalhes de uma via pública onde se deu um acidente ou outro acontecimento relevante para a solução da causa.

Ao realizar a inspeção, poderá o juiz fazer-se assessorar de quantos peritos julgar necessários. Concluída a inspeção, o juiz determinará que se lavre laudo circunstanciado; nele descreverá tudo o que for importante e útil ao julgamento da causa.

Cumprido ao Juiz determinar intimação das partes quanto à data, hora e local em que será realizada a inspeção, pois é certo que estas têm o direito de assistir ao ato, prestando inclusive esclarecimentos e formulando observações que interessam à causa (CPC, artigo 442, parágrafo único).

Caso não sejam intimados os litigantes, referente o dia e hora e local da inspeção, tal ausência tornará o ato nulo, por tratar-se de um meio de prova, devendo sua produção respeitar a alguns princípios regentes como, em particular o do contraditório.

Dispõe o artigo 422 do CPC que:

 “o juiz irá ao local onde se encontra a pessoa ou coisa, quando:

I julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar;

II a coisa não puder ser apresentada em juízo, sem consideráveis despesas ou graves dificuldades;

III determinar a reconstituição dos fatos;

5.3.6.1 Conceito

No entender de Manoel Antonio Teixeira Filho, inspeção judicial :

“ é o ato pelo qual o juiz no curso do processo por sua iniciativa ou a requerimento da parte e com o objetivo de buscar esclarecimentos acerca de fatos relevantes para a decisão da causa examina, diretamente em Juízo ou no local em que se encontrem, pessoas ou coisas, utilizando-se, para isso, de suas percepções sensoriais comuns.”¹³⁴

Para Humberto Theodoro Junior, inspeção judicial:

“é o meio de prova que consiste na percepção sensorial direta do juiz sobre qualidades ou circunstâncias corpóreas de pessoas ou coisas relacionadas com litígio”.¹³⁵

5.3.6.2 Lugar da inspeção

Se o objeto for pessoa ou coisa móvel, a inspeção deverá ser realizada na sede da Vara; porém, poderá o juiz ir ao local onde está a pessoa ou a coisa móvel quando:

-entender que seja necessário para melhor verificar ou interpretar os fatos que deva observar;

¹³⁴ Manoel Antonio Teixeira Filho, A Prova no Processo do Trabalho, p. 420.

¹³⁵ Curso de Direito Processual Civil, Vol. I, p. 485.

-a coisa não puder ser trazida a Juízo sem consideráveis despesas ou graves dificuldades;

-determinar que sejam reconstituídos os fatos (CPC, artigo 442, I A III).

No que se refere à inspeção de imóveis, esta será feita, no local onde estiver situado o mesmo.

5.3.6.3 Inspeção cumulada com perícia

Quando há identidade ou semelhança de objetos, nada impede que a inspeção judicial seja efetuada juntamente com a diligência do perito, em casos em que ambos os meios de prova, ou seja, inspeção e perícia, tenham sido determinados ou deferidos, atendendo assim o princípio da concentração.

5.4 Admissibilidade da Prova pericial

Para se chegar à verdade e aplicar o direito, não podem ser admitidos no processo atos que não são necessários. Entretanto, deve buscar os que não estando presentes, venham se tornar desejáveis, para esclarecimento de conhecimentos técnicos.

Nesse sentido, o artigo 145 de Código de Processo Civil, *in verbis*:

“ Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no artigo 421”.

São objetos da prova pericial: os fatos alegados pelo autor na inicial e pelo réu em sua resposta, sendo necessário um parecer técnico para confirmá-los.

O juiz ao liberar a realização da prova pericial, verificará da sua necessidade, indagando quanto ao seu objeto. Dependendo do objeto, decidirá se há necessidade ou não da prova pericial.

O pedido de perícia só será deferido para uma das partes se estiverem presentes os pressupostos específicos para sua realização, quais sejam:

a) a prova do fato dependa de conhecimento especial de técnicos; imprescindibilidade de conhecimentos técnicos ou científicos;

b) a prova pericial seja necessária ou útil à instrução do processo; necessidade de que os fatos a serem provados por seu intermédio necessitam de tais esclarecimentos e interpretação;

A perícia será indeferida, quando lhe faltarem os pressupostos específicos, ou seja, não será deferida quando (artigo 420, parágrafo único, I, II e III, CPC):

a prova do fato não depender de conhecimento técnico específico;

for desnecessária em vista de outras provas constantes nos autos;

a sua realização for impraticável.

Poderá ocorrer a dispensa da prova pericial, se as partes, na inicial e na contestação, apresentarem pareceres técnicos ou documentos elucidativos que forem considerados suficientes. (art. 427, CPC).

No Processo Trabalhista, a prova pericial é obrigatória nos conflitos judiciais onde se discutem os adicionais de insalubridade e periculosidade (art. 195, parágrafo 2º da CLT). O referido artigo não faz qualquer distinção entre médico e engenheiro para que se caracterize a classificação da insalubridade e periculosidade, bastando para a elaboração do laudo seja o profissional devidamente qualificado (O.J . n. 165, SDI-I, TST).

É inevitável também, além das mencionadas nas demandas em que se discute:

a) a reintegração, por cláusula normativa (convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa), decorrente de acidente de trabalho ou doença profissional;

b) a constatação da responsabilidade civil por acidente de trabalho ou doença profissional;

Nas situações apontadas, a avaliação se faz necessária por médico das lesões causadas no trabalhador e o respectivo nexo causal, verificando também se houve negligência do empregador no que se refere ao cumprimento das normas de medicina e segurança do trabalho.

Nestes casos, recomenda-se que seja realizada a perícia por dois peritos:

O médico, para avaliar a lesão causada no trabalho, se houve incapacidade e qual tipo, se o acidente causou seqüelas, dentre outros;

O engenheiro, para analisar se houve nexo causal, e o descumprimento das normas de medicina e segurança do trabalho.

Decorre a dupla nomeação em virtude da aplicação subsidiária do CPC (art. 431-B), essencialmente, porque se trata de uma perícia complexa, exigindo conhecimentos especializados, técnicos de mais de uma área de conhecimento humano.

c) nas lides em que discutem valores pecuniários controvertidos (horas extras – apuração de controle de frequência; diferenças de comissões; reclassificação salarial por quadro de carreira, nestes casos há necessidade de designação de um perito contábil;

d) nas liquidações trabalhistas, quando a sentença trabalhista é ilíquida (no todo ou em parte), diante da controvérsia dos cálculos apresentados pelas partes ou por outros motivos;

Nesse sentido, decisão do TRT:

“ Nomeação do perito ad doc – possibilidade. Nos termos do artigo 765 da CLT, o juiz terá ampla liberdade na direção do processo e velará pelo atendimento rápido da causa, podendo determinar as diligências que entender necessárias para o seu deslinde. É correto o procedimento adotado pelo MM. Juízo da execução em designar perito ad doc para a elaboração dos cálculos liquidatórios, uma vez que a Contadoria da Junta de origem se encontrava assoberbada de serviços (TRT – 12ª R – 3ª T – Ac, b. 148/99 – Rel. Nilton Rogério Neves – DJSC 19/1/99 – p. 43).

Sérgio Pinto Martins entende que a perícia de cálculos

“pode ser feita por qualquer pessoa, não necessitando aquela ser por contador; pode, portanto, ser feita por economista, administrador de empresas, engenheiro etc . No entanto, quando a perícia envolver o exame de escrita, balanço, escrituração contábil somente poderá ser feita por contador ou auditor (art. 25 do Decreto-Lei nº 9.295/46). O técnico em contabilidade não pode fazer perícia, que fica adstrita apenas às pessoas anteriormente mencionadas.”¹³⁶

Grafotécnica – quando o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade do documento, 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 (art. 434, caput). Quando o exame tiver por objeto a autenticidade da letra e firma, o perito poderá requisitar, para efeito de comparação, documentos existentes em repartições públicas; na falta destes, poderá requerer ao juiz que a pessoa a

¹³⁶ Direito processual do Trabalho, p. 312

quem se atribuir a autoria do documento, lance folha de papel, por cópia, ou sob ditado, dizeres diferentes, para fins de comparação (art. 434, parágrafo único).

No que se refere à prova pericial, a lei processual dá ao Juiz a faculdade, com total liberdade de admiti-la, ou não. Entretanto, esta liberdade deve ser utilizada com certas restrições. Em outras palavras, não pode o Juiz usar da liberdade que lhe é concedida, e indeferir as perícias necessárias determinadas por lei para a prova de certos fatos.

Quando se trata de perícia necessária, deverá ser requerida pela parte interessada. Porém há casos de arbitramento e avaliação, e até mesmo em caso de exame, mesmo que a parte não requeira, deverá o juiz ordená-la de ofício.

Tratando-se de pedidos de perícias preventivas, (perícias *ad perpetuam rei memoriam*), o juiz deliberará de plano (Código, art. 684, Parágrafo Único), Neste caso, a lei lhe dá a mais ampla liberdade, pela necessidade da utilidade, da medida de prova proposta.

5.5 Necessidade da Prova

O artigo 145 do CPC dispõe que a perícia terá lugar “ quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico (...)”.

O juiz louvar-se-á nos conhecimentos técnicos ou científicos do perito sempre que precisar de prova que lhe saia ao conhecimento rotineiro, cuja percepção não se restrinja ao simples ato de ver, ouvir e sentir.

José Luiz Ferreira Prunes, relata sobre a necessidade de perícia:

“Embora tenha o juiz um cabedal de conhecimentos que o situa acima da média dos cidadãos, nem sempre tem conhecimentos

técnicos científicos ou artísticos para uma perfeita avaliação dos fatos.¹³⁷

Ainda nas palavras do autor:

“O Juiz, seja de conhecimento e cultura média, ou de inteligência superlativa, deve recorrer sempre ao perito, ao especialista, quando seu discernimento não for suficiente para conhecer ou analisar os fatos. A finalidade do perito é de completá-lo: censura-se aquelas perícias que nada mais fazem, muitas vezes, que parafrasear o que o juiz já sabe ou pode conhecer, se melhor analisar os fatos”¹³⁸.

“Conclui o autor que o juiz deve ser culto (e deve), nem por isso dele se pode exigir conhecimentos técnicos, por vezes, de especialidades exóticas”¹³⁹

A prova pericial, embora de grande valia, nem sempre será necessária.

No entendimento de Frederico Marques:

“ o seu uso deve limitar-se aos casos em que haja utilidades na produção de exame técnico, ou na prática de verificações que o perito *percipiendi* realiza em substituição ao juiz. E, em sendo a perícia uma prova de caráter especial, somente terá lugar quando o fato não depender do testemunho comum, e sim do juízo de técnicos, e, assim mesmo, quando o exame não seja desnecessário à vista de provas existentes nos autos”.¹⁴⁰.

No processo trabalhista, como mencionado, a prova pericial é obrigatória nas demandas judiciais onde se discutem os adicionais de insalubridade e periculosidade, (art. 195, § 2º da CLT).

¹³⁷ José Luiz Ferreira Prunes, A Prova Pericial no Processo Trabalhista, p.26.

¹³⁸ idem, p.27.

¹³⁹ idem, p.27.

¹⁴⁰ apud, Francisco Antonio de Oliveira, A Prova no Processo do Trabalho, p.97.

O artigo 195 parágrafo 2º da CLT, e a jurisprudência quase unânime, determinam como absolutamente indispensável a realização de prova pericial, quando argüida judicialmente a existência de trabalho em condições de insalubridade ou periculosidade, mesmo na hipótese de revelia ou confissão do empregador.

Sobre o assunto, algumas decisões:

“A perícia só é necessária quando a prova testemunhal é insuficiente para o deslinde da questão”. TRT, 1ª Reg. 1ª T., Proc. 719/73, em 23.5.73. Rel. Juiz Rubem Moreira Leite.

“Não se admite a confissão, quando o pedido é de adicional de periculosidade, em face do disposto no parágrafo 2º do artigo 195 da CLT. Prova técnica indispensável, inaplicabilidade do caput do art. 302 do CPC, pela incidência de seu inciso I.” (TST, 3ª T., RR 43.473/92.9. Rel. Min. Francisco Fausto),(in Valentin Carrion, “Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho “, pág. 261.

“A ficta confessio aplicada ao autor ou ao réu não substitui a perícia técnica legalmente exigida (art. 195 CLT). (TRT 2ª Reg. 3ª T. RO 25956/90.2. Rel. Juiz Francisco Antonio de Oliveira) (in Valentin Carrion. “Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho”, 1994, p. 282.).

Há situações em que não há necessidade da prova pericial.

Vejamos entendimento jurisprudencial:

“PROVA. TRABALHO EM ATIVIDADE INSALUBRE. A previsão contida no artigo 195, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, a encerrar a perícia obrigatória, tem alcance limitado pelo disposto no art. 334, incisos 2º e 3º, do Código de Processo Civil, segundo o qual não depende de provas os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária e os admitidos no processo como incontroversos. Este último dispositivo legal não excepciona a prova obrigatória.”(TST, 1ª T, RR 2.406/83. JULGD. 5.2.85. Rel. Min. Marco Aurélio) (in João de Lima Teixeira Filho, “Repertório de Jurisprudência Trabalhista” Freitas Bastos. Vol. 4º, 1986, p.96).

“Adicional de periculosidade. Em face da função de encarregado de manutenção elétrica corretiva da empresa, está o réu-reclamante amparado pela Lei n. 7.369/85, regulamentada pelo Decreto n. 93.412/86, sendo pois, desnecessária a prova pericial. Recurso ordinário desprovido neste aspecto.(TST, SEDI-2, ROAR 316.995/96, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 30.10.98, p.42)”.

“Insalubridade. Prescindibilidade da prova pericial. Embora a lei estabeleça que o juiz determinará a perícia a fim de verificar a ocorrência ou não da insalubridade, hipóteses podem ocorrer, em que dita prova seja prescindível, como por exemplo, nos casos de operadores de Raio X, quando a existência de agente insalubre é fato notório. (TRT-SP, 7ª T. RO 19.801/85, Rel.Vinícius Ferraz Torres) (in Valentin Carrion, “Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho”, Revista dos Tribunais, 1988, p.256).

A prova pericial só é imprescindível se destinada à comprovação de fatos, que por sua natureza e complexidade só podem se constatados através de perícia. Assim, não há cerceamento de defesa, quando o juiz a indefere, quando a prova dos fatos não depender de conhecimentos técnicos, em outras palavras, quando a mesma não for necessária face de outras provas produzidas.

César P. S. Machado Junior entende que a aplicação do artigo 195, Parágrafo 2º da CLT, não torna a perícia obrigatória em todos os casos, explicando:

“Temos que, no pedido de insalubridade pelo trabalho em fornos, é indispensável a realização da perícia em vista da necessidade de quantificar a temperatura suportada no local do trabalho.

Porém, se o empregado menciona a expressão diária em ruído de 90 decibéis, por oito horas diárias, e o empregador não contesta a afirmativa, não vemos necessidade da realização da perícia, eis que o fato já restou suficientemente demonstrado nos autos.

O mesmo acontece quando há alegação de trabalho com explosivos e na contestação não se nega esta tarefa. Como não existe qualquer limite de tolerância quando se trabalha nestas condições, não vemos porque realizar a prova pericial, se não há nenhuma controvérsia fática a ser resolvida, mas, tão-somente, o enquadramento deste fato nas disposições legais mencionadas na NR 16, da Portaria n. 3.214/78.

É a situação, igualmente, dos frentistas dos postos de combustíveis que, pela notoriedade da sua exposição aos inflamáveis, o Tribunal Superior do Trabalho editou o Enunciado n. 39, no sentido de que:

“Os empregados que operam em bomba de gasolina têm direito ao adicional de periculosidade”.

Conclui o autor dizendo que os fatos relativos à insalubridade e periculosidade também se subordinam à regra genérica prevista no artigo 334 do CPC.¹⁴¹

5.6 Função da perícia

¹⁴¹ O Ônus da Prova no Processo do Trabalho, p. 416-417.

Existem fatos que só poderão ser observados através de elementos técnicos, fugindo à percepção normal das pessoas. Surge então a necessidade do auxílio técnico.

A função pericial não está somente à verificação dos fatos, como do desmoronamento do prédio ou da queda da ponte. A perícia deverá ir ao âmago do ocorrido e especificar quais as causas que contribuíram para o evento danoso: imperícia do engenheiro, utilização de material de péssima qualidade, etc.

5.7 Pedido da perícia

No processo do trabalho, não exige que a parte mencione na petição inicial na totalidade as provas que pretende produzir, quando necessário. Daí, se houver necessidade, poderá a parte requerer a perícia durante a instrução probatória. Se for o caso, o juiz a deferirá com certeza. Se não deferir, poderá a parte requerer para ficar consignado o seu protesto em ata.

5.8 Classificação da prova pericial

5.8.1 Judicial

A judicial é a mais comum. Resulta de ação proposta, sendo determinada de ofício ou a requerimento de uma ou de ambas as partes. É essa espécie a que se referem os artigos 420 a 439 do CPC, 195, § 2º da CLT e art. 3º da Lei n. 5584/70, dentre outros.

5.8.2 Extrajudicial

Extrajudicial – menos usada, mas pode ser verificada na hipótese do artigo 195, § 1º da CLT - quando pretende caracterizar, classificar as atividades insalúbres ou perigosas, poderão as empresas e os sindicatos representados das categorias profissionais interessados requerer ao Ministério do Trabalho a realização de perícia em estabelecimento ou setor deste.

A perícia realizada extrajudicial poderá ser considerada como prova pré-constituída; poderá a parte contrária requerer em Juízo, que uma ou outra seja efetuada por perito a ser indicada pelo magistrado.

5.9 Tipos de Perícia: Obrigatória e Facultativa

Perícia obrigatória – é a que concerne à apuração e classificação das atividades insalúbres ou perigosas (quanto a esta, em rigor, só haverá apuração, pois o percentual é um só); o art. 195 § 2º da CLT estabelece que:

“argüida em Juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por sindicato, em favor de grupo de associados, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo...”.

Se não houver perito habilitado, caberá ao juiz requisitar a perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho.

O artigo 607 do CPC é aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, vez que o artigo 879 caput é insuficiente para disciplinar à matéria, diz outro caso de perícia obrigatória: o arbitramento, nos casos em que não for possível a liquidação mediante cálculos ou artigos. “requerida a liquidação por arbitramento, o juiz nomeará perito”¹⁴²..

Fora as poucas exceções, no Processo do Trabalho, a perícia é facultativa: vez que a sua realização dependerá de requerimento do interessado, ou da iniciativa do próprio juiz.

5.10 Produção Antecipada da Prova Pericial

Desde que haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou extremamente difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, permite a Lei (CPC art. 849) que a parte interessada requeira a realização de perícia. Trata-

¹⁴² Manoel Antonio Teixeira Filho, A prova no processo do trabalho, p. 389.

se de medida cautelar de produção antecipada de provas, que se conferem os artigos 846 e 851 do CPC¹⁴³,

Os autos do procedimento cautelar serão apensados aos do processo principal.

No caso de indeferimento da medida, mesmo assim, não impede que a parte interessada promova a ação, também não influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor, (CPC , artigo 810).

5.11 Prova emprestada

A dispensa do exame pericial não está subordinada à existência de prova emprestada, e sim, à particularidade de constarem da inicial e da contestação pareceres técnicos idôneos ou documentos capazes de elucidar os fatos.

De qualquer forma, a dispensa da perícia constitui mera faculdade do Juiz, que em razão fará uso ou não, segundo seu prudente arbítrio.

Em alguns casos em que se mostrar impossível ou inviável a sua produção, a prova já produzida em um processo poderá ser transferida a outro, a fim de que

¹⁴³ *Seção VI – Da Produção Antecipada de prova* - Art. 846. A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial. Art. 847. Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução; se tiver de ausentar-se; se por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não existia, ou esteja impossibilitado de depor. Art. 848. O requerente justificará sumariamente a necessidade da antecipação e mencionará com precisão os fatos sobre que há de recair a prova. Parágrafo único. Tratando-se de inquirição de testemunhas serão intimados os interessados a comparecer à audiência em que prestará o depoimento. Art. 849. Havendo fundado receio de que venha tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, é admissível o exame pericial. Art. 850. A prova pericial realizar-se-á conforme o disposto nos artigos 420 a 439. Art. 851. Tomado o depoimento ou feito exame pericial, os autos permanecerão em cartório, sendo lícito aos interessados solicitar as certidões que quiserem”.

demonstre o alegado por uma das partes. É o que se denomina de prova emprestada.

Importante dizer que a prova emprestada só pode ser utilizada negociadamente, ou seja, quando for aceita por ambas as partes.

Portanto, a prova emprestada não poderá ser imposta, por uma das partes à outra.

A eficácia da prova emprestada deve observar alguns critérios, os quais devem ser analisados em conjunto:

- a) a prova emprestada de natureza oral guarda a eficácia do processo em que foi colhida, na conformidade do poder de convencimento que trouxe consigo;
- b) a eficácia e a aproveitabilidade da prova emprestada de sua reprodução;
- c) a eficácia da prova emprestada, de natureza oral, equivale à da produzida mediante precatória.

Sergio Pinto Martins entende que:

“a prova emprestada será, porém, uma exceção à regra de que as provas devem ser produzidas no mesmo juízo, como ocorre em relação à prova por carta precatória. Assim, a prova emprestada deverá ser analisada com certas restrições. É verdade que o princípio da economia processual recomendaria a sua aplicação, contudo há necessidade do juiz observá-la com certa cautela, principalmente quando não há a possibilidade de tal prova ser repetida num segundo processo”.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Direito Processual do Trabalho, p. 364.

Sobre o assunto, ensina Arruda Alvim:¹⁴⁵ “excepcionalmente, admite-se a chamada prova emprestada. Desde de que tenha alguns requisitos como:

a) identidade da relação fática; e b) as mesmas partes, deve-se admitir, em princípio, a prova produzida em outro feito, ou seja, a prova emprestada, tanto mais admissível quanto mais difícil a sua realização. A respectiva valoração, todavia, poderá, dependentemente do poder de convicção que carreguem, sofrer esta ou aquela restrição”.

No processo trabalhista, a prova emprestada é de grau de aplicabilidade por influência do princípio da economia processual.

Manoel Antonio Teixeira Filho, sobre o assunto, exemplifica:

“ Um empregado ingressa em juízo postulando horas extraordinárias; o réu contesta. O Órgão judicante, contudo, já teve oportunidade de, em diversas ações anteriores, propostas contra o mesmo réu, conceder as horas extras pedidas, pois sempre restou provado que a jornada de trabalho, então indicada, era igual para todos os empregados e, além disso, coincidente com a que este autor está alegando. Diante disto, indaga-se: qual a necessidade de, nesta última ação, proceder-se à inquirição de testemunhas (que, não raro, são as mesmas) se a ‘causa petendi’ (trabalho em jornada extraordinária) já foi objeto de provimentos jurisdicionais pretéritos, com trânsito em julgado? É evidente que razões de ordem lógica, articuladas a inafastável necessidade de economia processual, autorizam a que se faça, neste caso, o empréstimo da prova anteriormente produzida, desde que, à evidência, a sua produção tenha sido regular, com obediência aos princípios legais regentes, como, notadamente, o da contrariedade”.¹⁴⁶

Se admitir que a prova emprestada possa ser imposta, será não apenas malferir o direito constitucional de ampla defesa, da parte que não concordar com

¹⁴⁵ Alvim Arruda, Manual de Direito Processual Civil, p. 222.

¹⁴⁶ A prova no processo do trabalho, p. 98.

a juntada dessa prova, como, se for o réu, impor-lhe uma condenação perpétua, uma vez que em todas as ações em que se discutir a matéria contida no Laudo, já se saberá o resultado do julgamento.

Algumas decisões referentes à prova emprestada:

“Prova Emprestada – Busca da verdade real – Testemunho em causa própria – Efeito

Ementa: Prova emprestada – Busca da Verdade real – Testemunho em causa própria – A colação de elementos probantes, mais do que interessar à parte, incumbe ao Juízo instrutor na busca da verdade real a fundar o provimento jurisdicional. Nessa quadra, a juntada de prova emprestada se autoriza em vista da celeridade processual, como medida excepcional, quando os fatos a serem demonstrados se identificam. E inadmissível sua utilização quando a testemunha compromissada em determinado feito, do qual se acosta a prova, trata-se do postulante que vindica o reconhecimento de seu direito nos autos em que a prova é juntada, pois se equipararia a testemunho em causa própria, situação repudiada pelo direito.

TRT 12^a Reg. RO-V 02475-2001-016-12-00-0 – (Ac. 3^a T. 00451 /05, 23.11.04) – Rel. Juíza Lígia Maria Teixeira Gouvêa. DJSC 18.1.05, pág. 115.

Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho 1^o Semestre 2000 – Saraiva – Valentin Carrion.

1748-Adicional de Insalubridade, Prova emprestada. Admissível, no Processo do Trabalho, quando não existe mais a possibilidade de medi-la através do exame “in loco”, por encontrar-se desativado o estabelecimento, já que existe identidade dos fatos que culminaram no reconhecimento da existência de agentes insalúbres ao tempo da elaboração do

laudo tomado por empréstimo. (TRT/SP 02980260350 RO – Ac. 6a T 02990175800) Maria Aparecida Duenhas – TRT-SP.

1749-Periculosidade. Desativação do local de trabalho, prova emprestada. Se no local de trabalho do reclamante foi desativado, impõe-se então, para fins de caracterização da periculosidade, o aproveitamento da prova emprestada consistente em laudo pericial elaborado quando o estabelecimento ainda se encontrava em atividade. De outra forma, estar-se-ia privado o obreiro da possibilidade de produzir prova de seu direito, em decorrência de fato absolutamente alheio à sua vontade e para cujo desfecho não concorreu. (TRT/SP 02980259114 RO – Ac 08ª T. 02990231590) Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva – TRT – SP.

Prova emprestada. Adicional de insalubridade. Tem pleno valor a prova emprestada, desde que retrate as mesmas condições discutidas nos autos. Trata-se de prova obtida por meio legal, moralmente legítimo (art. 332 do CPC), de modo que nada justifica seja ignorada. (TRT/SP 02980020081 RO – Ac. 3a T. 02980623355) Maria de Ferreira dos Santos – TRT – SP.

Tanto a Doutrina como a Jurisprudência tem admitido a prova emprestada, mas somente com a aceitação de ambas as partes.

5.12 Indeferimento da Prova Pericial

A lei concedeu ao Juiz poderes para coibir diligências inúteis ou meramente procrastinatórias, requeridas pelos litigantes (CPC artigo 130). O exercício desse poder específico, porém, constitui faculdade ao juiz, que dela se valerá com sensatez e oportunidade.

Em determinados casos, entretanto, o indeferimento de pedido dessa natureza não decorre do arbítrio do julgador, mas do comando da lei, como na matéria de prova pericial.

O artigo 420 do CPC dispõe que o Juiz indeferirá a produção de prova técnica (prova pericial) quando:

O fato probando independe de conhecimento especial, técnico ou científico;

For desnecessária, em face de já haver sido produzida outra prova;

A verificação for impraticável.

As razões de indeferir a prova são de ordem lógica e pragmática. Vejamos:

Quando a prova do fato controvertido puder ser feita mediante documentos, ou testemunho de pessoas, não se justifica requerer a prova pericial, vez que em regra é mais demorada e onerosa.

Se a demonstração da verdade do fato alegado já foi feita, seria inútil a prova pericial, porém é preciso verificar se a prova que foi feita é válida.

Exemplo: No caso de insalubridade, se foi afirmado por testemunhas que a atividade exercida no estabelecimento do réu era insalubre. Neste caso não serviria, para provar a insalubridade do local, caberá ao juiz determinar a realização da perícia, vez que é o meio idôneo para provar a insalubridade do local, artigo 195 § 2º da CLT.

Outros casos que, em princípio, a prova pericial seria exigível, não haverá de exigí-la, por não ter condições de ser realizada como (em documentos queimados, prédios demolidos) art. 420 III do CPC.

Porém, havendo sinais ou vestígios da coisa destruída, ficará ao prudente arbítrio do Juiz deliberar quanto à realização da perícia.

5.13 Dispensa da Prova Pericial

O artigo 427 do CPC, com redação Lei 8455 de 24.08.1992, permite ao Juiz dispensar a prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fatos, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que reputar suficiente. Entendem os doutrinadores que essa regra deva incidir também no Processo do Trabalho, mesmo no caso de insalubridade e periculosidade, onde, em princípio, o exame pericial será obrigatório (CLT art. 195 § 2º).

É que a dispensa do exame pericial, na espécie, tem o inegável mérito de evitar, a um só tempo, o retardamento da solução do conflito de interesses e a condenação do vencido ao pagamento dos correspondentes honorários (art. 790-b DA CLT).

5.14 Requerimento

Como no Processo do Trabalho não há uma fase saneadora específica (CPC art. 331), o momento processual em que o Juiz do Trabalho deve apreciar os requerimentos é o da primeira audiência. Verificando os autos, ele analisará se não ocorre qualquer das hipóteses previstas pelos Incisos I a III do parágrafo único do art. 420 do CPC. Em caso positivo, indeferirá fundamentalmente o requerimento.

Se o Juiz verificar que o pedido do autor realmente depende de prova exclusivamente pericial, ele determinará desde logo a sua realização.

Ao deferir a prova pericial, o juiz nomeará perito habilitado, intimando-o a vir prestar o compromisso legal. A nomeação do perito é ato de livre escolha do juiz; é assim porque a Lei instituiu perito único (Lei 5584/70 art. 3º caput). Não há perito desempatador; o que as partes indicam são assistentes técnicos.

Fixará prazo para entrega do laudo;

Facultará as partes o prazo de 5 dias para indicar os assistentes técnicos e a formulação de quesitos;

Determinará, que antecipe parcialmente os honorários do perito, poderá ser para uma delas ou para ambas, cujo valor arbitraré provisoriamente. (não aplicado no processo do Trabalho).

CAPITULO VI

6 DO PERITO

O perito tem que ser pessoa habilitada ao exercício da função. No caso de caracterizar e classificar a insalubridade e periculosidade, terá que ser feita por médico ou engenheiro do trabalho (CLT artigo 195 – caput).

No mesmo sentido, a orientação jurisprudencial n. 165 da SDI-II do TST, estabelece: “ perícia. Engenheiro ou Médico. Adicional de Insalubridade e periculosidade, art. 195 da CLT, não faz qualquer distinção entre médico e o engenheiro para efeito de caracterização e classificação de insalubridade e periculosidade, bastando para a elaboração do laudo seja o profissional devidamente qualificado”.

As perícias contábeis, só podem ser realizadas por intermédio de contador e não técnico de contabilidade. Dec. Lei n. 9295 27-05-46, regulamentado pelo Conselho Federal de Contabilidade pela Resolução n. 96 de 13.12.58.

O perito não poderá prestar informações inverídicas, sob pena de responder pelos prejuízos causados à parte, ficando inabilitado por dois anos para funcionar

em outras perícias, sem prejuízo das sanções penais aplicáveis (CPC 147), que, no caso, consistirão em pena de reclusão de um a três anos, (Cód. Penal. 342).

Poderá o perito deixar, sem motivo legítimo de prestar compromisso legal (CPC ART. 424 § ÚNICO). Neste caso em que será destituído, sem prejuízo de comunicação à correspondente corporação profissional e de pagar multa estabelecida pelo juiz, segundo o valor da causa e o possível prejuízo decorrente do atraso do processo (CPC, ART. 424, parágrafo único).

A LEI 5584/70, ART. 3º CAPUT, exige que o Juiz fixe prazo para entrega do Laudo Pericial, que variará conforme seja a complexidade da perícia. O art. 421 do CPC, Lei 8455/92, costuma fixar um prazo de 30(trinta) dias, para a entrega do Laudo, mas poderá o perito pedir dilação do prazo.

Se o perito não entregar o laudo na data marcada, e nem solicitar dilação do prazo, deverá o juiz destituí-lo, nomeando outro em seu lugar, (art. 424, Inciso II, do CPC).

6.1 Conceito

“O vocábulo perito vem do latim – *peritus*, formado do verbo *perior*, que quer dizer experimentar, saber por experiência. Sua tradução francesa – *expert* - tem a mesma origem.

Na sua significação ampla e usual, corresponde a douto, instruído, versado, sabedor, experimentado, prático. Nesse sentido se integra na palavra *jurisperito*, pessoa versada em direito, jurisconsulto.

Num sentido estrito, significa a pessoa douta, versada ou entendida, na ciência arte ou ofício respeitantes a certos fatos da causa, a quem se atribui a função de examinando-os, quer para percebê-los e constatar-los, quer para apreciá-los, fornecer ao juiz elementos de prova relativamente aos mesmos”.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Moacyr Amaral Santos – Prova Judiciária no Civil e no Comercial – Vol. V, p. 37.

O perito é um auxiliar do Juízo, contribuindo mediante compromisso com a sua cognição técnica para o descobrimento da verdade (art. 139 do CPC).

Conforme Chiovenda apud Isis de Almeida:

“Os peritos são pessoas chamadas para expor ao juiz não só as observações de seus sentidos e suas impressões pessoais sobre os fatos observados, senão também as induções que se devem tirar, objetivamente, dos fatos observados ou que se lhes dêem por existentes. Isto faz supor que eles são dotados de certos conhecimentos teóricos ou aptidões em domínios especiais, tais que não devam estar ao alcance, ou no mesmo grau, de qualquer pessoa culta (perito médico-legal, perito avaliador, perito agrimensor, perito arquiteto...). Aliás, pode-se escolher para perito ainda uma pessoa inculta, desde que versada na questão técnica discutida em juízo”.¹⁴⁸

No processo trabalhista, às vezes, é necessário, nomear, por exemplo; um perito marceneiro, para que seja analisado um imóvel, informando quanto tempo seria necessário para confeccioná-lo.

O perito é, então, uma pessoa que conhece os detalhes do objeto da perícia, ou seja, que já tenha vivência dos objetos a serem analisados, não necessitando muitas vezes de ser diplomado. Entretanto, nos casos específicos em lei, como: médico, engenheiro, há necessidade de se ter o diploma.

O técnico que deve servir no processo como perito é escolhido pelo juiz (art. 421 CPC). Uma vez nomeado, passa a exercer a função pública de órgão auxiliar da Justiça (art. 139 CPC), com encargo de assistir o juiz na prova do fato que depender de seu conhecimento técnico ou científico (art. 145 CPC).

Coqueijo Costa – afirma que:

¹⁴⁸ Manual das Provas no Processo Trabalhista, p. 174.

“o perito fica alheio aos resultados do processo, ele apenas contribui para formar o material de conhecimento que o juiz precisa, sem participar da decisão que cabe exclusivamente ao magistrado, dada a jurisdição a este ínsita, da qual resulta a coisa julgada, garantida constitucionalmente por ser a maior das certezas humanas.¹⁴⁹ O perito indica ao juiz as regras de experiências, o perito presta assistência ao magistrado, a quem caberá perceber, pessoalmente os fatos como ocorre na inspeção judicial (CPC. Art. 441).

O “*Expert*” tem de estar habilitado para exercer a função que lhe foi destinada pelo juiz, sob pena de ser recusado, salvo se não houver na localidade pessoa habilitada.

6.2 Nomeação do perito

Ao juiz cabe a escolha do perito. A lei n. 5.584/70, (art. 3º caput), determinou perito único, ou seja, não há perito desempatador, sendo que as partes podem indicar assistentes técnicos.

Como mencionado, o perito tem que ser pessoa habilitada, ter conhecimento técnico, capacidade ao exercício de sua função.

Para se caracterizar a classificação da insalubridade e da periculosidade, deverá a perícia ser realizada por médico ou por engenheiro do trabalho.

Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial n. 165, da SDI-II, do TST, estabelece:

“Perícia. Engenheiro ou médico. Adicional de periculosidade e insalubridade. Válido art. 195 da CLT. O art. 195 da CLT não faz qualquer distinção entre o médico e o engenheiro para efeito de caracterização e classificação da insalubridade e periculosidade, bastando para a elaboração do laudo seja o profissional devidamente qualificado”.

¹⁴⁹ Doutrina e Jurisprudência do Processo Trabalhista, p. 16.

Já as perícias contábeis só podem ser realizadas por intermédio de contador, e não de técnico em contabilidade, por força do disposto do artigo 25 do Dec. Lei n. 9.295, de 27 de maio de 1946, que foi regulamentado pelo Conselho Federal de Contabilidade pela Resolução n. 96, de 13 de dezembro de 1958.

6.3 Indicação de Assistentes e Formulação de Quesitos

Terão as partes o prazo de 05 dias após a audiência que foi nomeado o perito, para indicar assistentes técnicos e formular quesitos (Lei 5584/70, art. 3º único e CPC, art. 421, § 1º, I e II).

Os assistentes técnicos não prestam compromisso legal, pois conforme o artigo 827 da CLT, a referida exigência só concerne ao perito.

Poderão as partes preparar quesitos para que sejam respondidos pelo perito e pelos assistentes. Os quesitos são formas de orientação da perícia para limitação da mesma. Sendo assim, os peritos e assistentes se limitam a informar somente sobre os fatos que forem objeto dos quesitos.

Poderá o juiz indeferir os quesitos, se achar que não são pertinentes (CPC art. 426, I).

Sempre na busca da verdade, poderá também o juiz formular quesitos, conforme determina o artigo 426 do CPC, Inciso II.

Os quesitos são apresentados antes da diligência do perito, porém, permite a Lei que as partes apresentem quesitos suplementares, conforme art. 425 CPC.

Os quesitos suplementares, só poderão ser apresentados se houver oferecido, antes os quesitos iniciais, dentro do prazo.

Vejamos o entendimento do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido:

“Os quesitos principais devem ser apresentados dentro de cinco dias, contados da intimação do despacho de nomeação

do perito (CPC, art. 421, § 1º). Perdida esta oportunidade, não pode a parte apresentar quesitos suplementares” (RE-158-3-PR, Rel Min. Décio Miranda, 2ª T., in DJU de 11.4.80, pág. 2240).

6.3.1 A Escusa e a Recusa do Perito e dos Assistentes Técnicos

A **escusa** é ato do perito ou dos assistentes, consistente no direito de não aceitar o dever que lhe foi atribuído.

A **recusa**, opostamente, é a manifestação de discordância da parte quanto ao perito ou ao assistente da parte adversa.

Poderá, o perito e os assistentes se escusarem ou recusarem do dever que lhes foram atribuídos (art. 146 § único).

Aceitando a escusa ou acolhendo a impugnação (recusa), o juiz nomeará novo perito (CPC art. 423).

Substituição do Perito ou dos Assistentes Técnicos

O artigo 424 do CPC descreve duas situações em que a substituição ocorrerá:

a) quando carecer de conhecimento técnico ou científico;

b) quando, sem motivo legítimo (relevante), deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado ou de prestar o compromisso legal (este compromisso, no processo do trabalho, é exigido apenas, do perito, pois os assistentes não o prestam).

O perito tem que ter conhecimento técnico ou científico para que o habilite a desempenhar a função, caso não tenha, não será aceito, podendo ser alegado tal fato como sendo motivo de escusa.

6.4 Depósito Parcial e Prévio dos Honorários Periciais

6.4.1 Processo Civil

Na prática, costumam os Juizes, logo após a nomeação do perito, determinar que uma ou ambas as partes deposite a título de antecipação parcial dos honorários, quantia para esse fim fixada.

O fundamento legal para os juizes adotarem esse procedimento, é os artigos 19 e 33 do CPC,¹⁵⁰.

Na Justiça Comum, o Perito não inicia a perícia, sem que o depósito prévio do honorário seja efetuado, vez que o referido valor é necessário para cobrir as despesas iniciais.

6.4.2 Na Justiça do Trabalho

Sabe-se que tanto no Processo Civil, como no Processo do Trabalho, o resultado da perícia é a realização do Laudo, especificando os fatos que tenham complexidade técnica; entretanto, esse meio de prova funciona diferente na Justiça do Trabalho.

Como mencionado na Justiça Comum, o artigo 33 do Código do Código Processo Civil determina que o Juiz ordene a quem requerer a perícia depositar uma quantia a título de adiantamento.

¹⁵⁰ “ Salvo as disposições concernentes à Justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento ...”Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas às partes ou determinado de ofício pelo juiz”.

Embora o conteúdo e a forma da prova pericial sejam os mesmos, na Justiça do Trabalho, o depósito do honorário pericial, é tratado de forma diferente, mas por quê se faz diferença?

Muitos são os entendimentos, havendo divergência entre os doutrinadores, Vejamos:

Alguns entendem que vincula na Justiça do Trabalho o princípio da gratuidade do procedimento, dizendo que os referidos artigos são incompatíveis com o Processo do Trabalho; portanto, não exige o pagamento antecipado das despesas relativas aos atos do procedimento, sendo pagas somente no final pelo vencido.

Outros acreditam que a parte que requereu a perícia poderá depositar uma pequena quantia, garantindo ao menos parte da despesa.

Referente o assunto, Wagner D. Giglio e Manoel Antonio Teixeira Filho se posicionam de forma diferente:

Wagner D. Giglio:

“ Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; e a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de Ofício pelo Juiz (CPC, artigo 33). A aplicação desse preceito encontra insuficiência econômica da grande maioria dos reclamantes, regra generalíssima dos trabalhadores. A exigência de que suportem a despesa com a perícia, se a requererem ou quando for determinada pelo juízo, impediria a realização dessa prova... Quanto ao perito único, costumam os juízes determinar o depósito de uma quantia simbólica, pelas partes, para garantia de seus honorários, e satisfazer-se com o cumprimento dessa determinação por parte apenas da empregadora. Como se vê,

uma solução artificial e insatisfatória, diante da lacuna de disposição legal compatível com as necessidades do processo trabalhista”.¹⁵¹

Por sua vez, Manoel Antonio Teixeira Filho:

“ O autor não nega que a utilidade da medida constitui um estímulo ao perito lhe garantindo, mesmo que em parte, os honorários cujo valor final será arbitrada pela sentença. - nada obstante essa antecipação dos honorários vise a motivar o perito, entendemos que qualquer imposição aos litigantes, neste sentido, será arbitrária para não dizer ilegal. Assim afirmamos porque, a nosso ver, os artigos 19 e 33 do CPC são manifestamente incompatíveis com o Processo do Trabalho, onde vigora o princípio da gratuidade do procedimento”..¹⁵²

Ainda nas palavras do autor:

“Exigir-se essa antecipação somente do empregador-réu seria consagrar-se um tratamento de desigualdade que repulsa ao senso comum”.¹⁵³

Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial n. 98 do SDI-I – TST, e Enunciado n. 236 do TST:

“ É ilegal a exigência de depósito prévio para custeio dos honorários periciais, dada a incompatibilidade com o Processo do Trabalho”.

“ Sendo cabível mandado de Segurança visando a realização da perícia independentemente de depósito”.

Direito garantido pelo artigo 5º , Inciso II, da Constituição Federal:

“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei”.,

¹⁵¹ Direito Processual do Trabalho, p. 212.

¹⁵² A prova no Processo do Trabalho, p. 396-397.

¹⁵³ Idem.

Coqueijo Costa, sobre o assunto, postula que:

“ Toda violação de forma prestabelecida, por parte do juiz, que importa em cercear qualquer das faculdades conferidas ao demandante ou ao demandado, é constrangimento ilegal, reparável por Mandado de Segurança. Também todo aquele comportamento do Juiz que, não autorizado por lei processual se traduza em ônus ou obrigação para o demandante ou para o demandado”.¹⁵⁴

Analisando os entendimentos descritos, percebe-se que diverge da realidade, vez que em muitas ocasiões é necessário o trabalho de uma pessoa que tenha conhecimento técnico específico para se chegar a verdade dos fatos, ou seja, a realização do laudo pericial, e sabe-se que para a sua confecção há gastos para o Perito, portanto terá que receber pelo seu trabalho.

Surge então a polêmica, perceptível pelos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários mencionados, que ainda não existe uma solução para o caso. Em outras palavras, o perito que pretender atuar na Justiça do Trabalho, será obrigado a confeccionar um laudo, sem receber qualquer valor a título de adiantamento, tendo que suportar as despesas comuns e mais, obedecer aos deveres impostos pela Lei.

Entretanto, na Justiça do Trabalho vincula o princípio da gratuidade do procedente. Assim, os referidos artigos são incompatíveis com o Processo do Trabalho, onde não se exige o pagamento antecipado das despesas relativas aos atos do procedimento; sendo pagas somente no final pelo vencido.

Destarte, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários do perito está relacionada ao resultado do Laudo; se a conclusão técnica foi no sentido da existência de insalubridade, periculosidade, falsidade material do documento produzido pelo empregador..., terá, então que ser condenado o réu, ao pagamento dos honorários. Se der negativo, ou seja, ficar comprovada a

¹⁵⁴ Mandado de Segurança e Controle Constitucional, P. 42.

inexistência dos elementos que constituíram o objeto da perícia, deverá então condenar o autor ao pagamento dos honorários.

Artigo 790-B Clt-Tst Sumula 236 – “ A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais e da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, Salvo se beneficiaria de Justiça Gratuita.” (Artigo Acrescentado Pela Lei N.10537, De 27.08.02, Dou 28.8.02).

Concluindo, o bom senso jurídico e as normas processuais incidentes na espécie estabelecem que responderá pelos honorários do perito a parte vencida naquilo que foi objeto desta prova técnica, ainda que tenha sido vencedora em relação a outros aspectos da demanda.

Na verdade, será condenado, tanto empregador, como o empregado. Quem vai determinar são as conclusões no Laudo, ou seja, o resultado do exame, da vistoria, ou da avaliação, conforme seja a hipótese.

O empregado poderá ser dispensado do pagamento dos honorários se estiver recebendo o benefício da Justiça gratuita, quando as conclusões do Laudo forem adversas, conclui-se então que não importa quem requereu a perícia, e sim para quem perdeu, se a perícia foi requerida pelo empregador, e o laudo lhe foi favorável, não cabe a ele pagar o perito, e sim quem perdeu, ou seja, só foi realizada a perícia, porque houve um pedido, e tal pedido só poderia ser esclarecido através de perícia técnica.

Neste ponto surge a dúvida: Quem pagará os honorários periciais?

Tanto a Lei n. 1060/50 e o artigo 14 da Lei 5.584/70 preceituam que os honorários periciais não serão pagos pelo beneficiário da Justiça Gratuita.

Entende serem inaplicáveis, honorários periciais quando o reclamante estiver amparado pela Justiça Gratuita. Por outro lado, o empregador (reclamada), não pode arcar com tais despesas, e o Estado que deveria arcar com tais despesas, também não o faz.

Na verdade, tem-se presenciado que a questão da prova pericial é prejudicial para as três partes, quais sejam:

RECLAMADA

RECLAMANTE

PERITO

1 -- Reclamada, percebe-se que quando o perito é requerido pelo reclamante, e este requereu Justiça Gratuita, e com o entendimento de que, quem paga os honorários periciais e a parte vencida, tem se observado que o laudo pericial tem tendência de caracterizar a culpa da reclamada em algum ponto, ou seja, dando a entender que o reclamante faz jus aos pedidos pleiteados.

Se a reclamada, no momento da manifestação referente ao laudo, não tiver provas convincentes, terá que pagar muitas vezes sem ter culpa, ficando, prejudicada, tendo que pagar duas vezes, ou seja, para o reclamante e para o Perito.

2 – Reclamante, por sua vez o reclamante, tendo que provar, por exemplo que os recibos que a reclamada juntou na contestação não são verdadeiros, em outras palavras não foram assinados por ele, e requer perícia grafotécnica, e o Juiz exige que se faça o depósito de honorários para o Sr. Perito no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), mesmo estando o reclamante agasalhado pela Justiça Gratuita, sob pena de não fazê-lo, não será determinada a perícia.

Neste caso, fica prejudicado o reclamante, pois não tendo como pagar o depósito dos honorários periciais exigidos pelo Sr. Dr. Juiz, não ficará provado que o mesmo possui o direito.

3– Perito, por outro lado, a situação do Sr. Perito, é delicada, pois não havendo depósito prévio, eles nada recebem para iniciar o seu trabalho, daí a razão de muitas vezes ser dificultoso para encontrar um perito que queira trabalhar nestas condições.

Os Peritos na Justiça do Trabalho recebem os honorários somente quando começa a execução da sentença, ou seja, é uma espera longa, para um trabalho essencial, nos casos que dependem de conhecimentos técnicos e específicos.

Assim fica prejudicado o Sr. Perito que muitas vezes, trabalha sem ter esperança que será remunerado.

Ressalta-se que em melhor condição está o assistente técnico, como mencionado pelo autor Wagner G.Giglio ...” cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado...” , Na verdade eles recebem a verba assim que entregam o laudo. Entende-se ser assim, pois normalmente quem contrata o assistente técnico é o empregador.

Como se observa pelas colocações, muitas são as dificuldades para encontrar uma solução. Entretanto é necessário que se encontre um caminho, para que todos sejam beneficiados, e não prejudicados, quando precisarem provar os fatos através do meio de prova pericial, podendo assim se fazer a verdadeira Justiça.

6.5 Designação de dia, hora e lugar do início da diligência.

Nomeado e compromissado o perito, fixado o prazo para a entrega do Laudo, indicados os assistentes técnicos (ou não), formulados os quesitos (pelo Juiz ou pelas partes conforme o caso), depositados ou não, parcialmente os honorários periciais, os autos virão conclusos ao juiz que determinará o dia, a hora e o lugar em que terá início a diligência intimando o perito, os assistentes e as partes.

6.5.1 Perícia mediante Carta

Quando a produção de prova pericial tiver que ser efetuada mediante carta precatória ou rogatória, a nomeação do perito e a indicação dos assistentes técnicos poderão ser feitas no Juízo deprecado, ou rogado, no qual se tenha requisitado a perícia (CPC art. 428).

A formação da carta obedecerá aos requisitos exigidos pelo art. 202 do CPC, §§ 1º e 2º, observando que, no caso específico da prova pericial relativa a documento, este será remetido no original, ficando nos autos a reprodução fotográfica (§ 2º).

6.5.2 O Desempenho das funções do perito e do assistente

Dentro dos limites fixados para a Perícia, poderá o perito e os assistentes técnicos, atuar com ampla liberdade, por ocasião da diligência e para efeito de confecção do Laudo, como: ouvir testemunhas, solicitação de documentos que estiver em poder de repartição pública, instruir o Laudo com plantas, desenhos, fotografias e quaisquer outras peças necessárias à fundamentação de seu parecer (CPC artigo 429).

6.6 Perícia e Atentado

Em casos como insalubridade e de periculosidade, se o empregador modificar o local em que será realizada a perícia, somente para levar o perito a concluir pela inexistência de agentes insalubres ou perigosos.

O empregado autor, sabendo de tal hipótese, valerá dos artigos de atentado, (art. 879 III do CPC), constituindo um procedimento cautelar específico e compatível com o processo do trabalho.

A ação do atentado será “proposta” perante o Juízo por onde se processa o processo principal.

A sentença relativa ao atentado, desde que acolha o pedido, ordenará o restabelecimento do estado anterior (retorno da coisa ao Status quo ante), suspendendo a causa principal e proibindo, como penalidade, o réu de falar nos autos até a purgação do atentado (CPC art. 881 caput).

Aqui, na verdade, seria manifestação do dever de lealdade e boa-fé, que a lei impõe aos litigantes. (CPC art. 14 – II).

Cabe lembrar que o Código Penal considera crime contra a administração da Justiça “inovar artificiosamente na pendência do processo civil e também do trabalho ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito (347 CP).”,

6.7 Do Laudo

6.7.1 Princípio da Persuasão Racional

Esse princípio dá a faculdade ao Juiz de não ficar adstrito ao Laudo Pericial, podendo construir o seu convencimento com outros elementos ou fatos provados nos autos (CPC art.436), indicando na sentença os motivos da decisão (art. 131 do CPC). Se não fosse assim, estaria atribuindo ao perito função, jurisdicional, em virtude da soberania do laudo elaborado.

6.7.2. Prazo para a entrega do laudo

A Lei n. 5.584/70, art. 3º, caput, determinou que o juiz fixe prazo para a entrega do laudo pericial, que será determinado de acordo com a complexidade da perícia.

Também o artigo 421, caput, do CPC, com a redação dada pela Lei n. 8.455/92, exigiu que o juiz, ao nomear o perito, determine prazo para a entrega do laudo.

Como visto, não há um prazo fixo, vai depender de cada caso. O que importa, mesmo que se fixe um prazo, não só porque a lei exige, mas também em obediência ao princípio da celeridade do procedimento trabalhista.

Se vencer o prazo, e o perito não entregar o laudo, o juiz determinará sua intimação, para que apresente o laudo, ou justifique por que ainda não o fez. Diante de tal situação, poderá o perito pedir dilação do prazo, para explicar as razões do seu pedido.

No caso de não entregar o laudo, nem pedir prorrogação do prazo, deverá o juiz destituí-lo e nomear outro em seu lugar.(Art. 424, inciso II, do CPC).

6.7.3 Da Lavratura do Laudo

Realizado o exame, a vistoria, a avaliação ou arbitramento, o perito e os assistentes técnicos conferenciarão em caráter reservado a respeito dos fatos que motivaram a perícia. Normalmente não há acordo entre eles; portanto cada qual deverá escrever um laudo, em separado, indicando as razões em que se funda a sua conclusão.

6.7.4. Da apresentação do Laudo

Fixado o prazo, o laudo deverá ser entregue na Secretaria do Juízo até o último dia do prazo.

Juntados aos autos, o Juiz determinará a intimação das partes para que sobre os Laudos se pronunciem.

6.7.5 A Falsidade do Laudo

Se o perito fizer afirmação falsa, calar ou negar a verdade, estará cometendo crime (contra a administração da Justiça), art. 342 do CP, cuja pena será a de reclusão de um a três anos e multa.

Caso a sentença tenha se fundamentado no Laudo Pericial, que veio mais tarde a ser declarado falso, poderá ser rescindida com fulcro no art. 485, VI do CPC. Para que a rescisória seja admitida, contudo, há necessidade de demonstrar que a sentença não subsistiria sem o Laudo declarado falso.

6.7.5.1 Quanto à Falsidade ou Autenticidade de Documentos, Letra ou Assinatura.

Quando o exame destinar-se à apuração de autenticidade ou de falsidade de documento (CPC, art. 392), o perito será escolhido dentre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados. O Juiz autorizará a remessa dos autos, que contenha o documento objeto da perícia, ao estabelecimento referido, perante cujo diretor o perito prestará o compromisso legal (CPC art. 146).

Quando se tratar de autenticidade da letra ou assinatura, poderá o perito requisitar, para efeito de comparação documentos existentes em repartições públicas ou ainda poderá o perito requerer ao juiz que a pessoa, a quem se atribuir à autoria do documento, escreva palavras diferentes em folha de papel, mediante cópia ou ditado, para serem cotejadas como o objeto da perícia (CPC art. 434 § único): são os denominados padrões homógrafos.

Argüida a falsidade, o incidente será processado na forma do art. 390 e segs. do CPC, a sentença que o resolver (CPC art. 395):

-declarará a falsidade ou a autenticação do documento, da letra ou da assinatura, segundo seja a hipótese;

-declarando a falsidade, o Juiz determinará de ofício, por força do disposto no art. 40 do CPP, remessa ao Ministério Público Estadual da segunda via do Laudo, bem como uma cópia de outros documentos que entender necessários ao oferecimento da denúncia;

-atribuirá a parte vencida o pagamento dos emolumentos devidos em função da perícia e da remessa de peças ao Ministério Público.

Declarada, por sentença, a falsidade, o Juiz do Trabalho deverá proceder da forma indicada pelo art. 40 do C.P.P. mesmo que as partes se conciliem ou transacionem, pois este fato não subtrai, absolutamente, o caráter criminoso da falsificação.

6.8 Nova Perícia

O Juiz poderá não concordar com o resultado expresso no Laudo; poderá decidir em sentido contrário a ele, porém esta faculdade deve ser exercitada com cautela.

Se o Juiz entender que a matéria não foi examinada de maneira satisfatória pelo perito, poderá solicitar-lhe que preste, em audiência os esclarecimentos necessários à complementação do Laudo.

O Juiz poderá determinar de ofício ou a requerimento da parte a realização de nova perícia (CPC art. 437), que será realizada pelas disposições concernentes à primeira (CPC art. 439 caput).

A segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaiu a primeira; destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu (art. 438), portanto, não poderá inovar ou alterar o objeto da realização da primeira perícia; visa somente suprir ou sanar falhas que houve na primeira perícia.

Pode o Juiz acatar o resultado da primeira ou da segunda ou de ambas as perícias, seja porque se completam, seja porque parte da matéria foi mais bem

examinada pela primeira e parte pela segunda, ou por outra razão que possa ser invocada legalmente.

CONCLUSÃO

Para se apurar a verdade, ou seja, solucionar os conflitos, foi introduzido em nosso ordenamento jurídico o processo judicial, através do qual as partes demonstrarão ao Juiz a existência dos fatos concretos, objetivos, assegurando-lhes o direito pleiteado.

Para apuração da verdade, são utilizados os meios de provas permitidos em direito. A prova é o meio fundamental para que as partes possam na presença do Juiz, reconstituir o fato, demonstrar à verdade, convencer o magistrado sobre a veracidade de suas alegações.

. Alguns doutrinadores, dizem ser a prova o coração do processo, outros a alma; por esses entendimentos, percebe-se a sua importância, razão pela qual apresentou na dissertação a relevância dos meios de provas.

A finalidade da prova não é outra, senão convencer o juiz da veracidade dos fatos; portanto, o destinatário das provas é o juiz, que tem total liberdade na direção do processo; não tem este uma posição de mero espectador, podendo determinar quaisquer provas para a busca da verdade e a formação de seu convencimento.

O juiz, em virtude de lei, não pode dar maior ou menor importância a este ou aquele argumento. Por isso, a importância da prova, dando ao juiz subsídios para decisão da lide.

A questão de fato se decide pelas provas. Por elas se chega à verdade, à certeza, à convicção. Sendo assim, a prova visa convencer o julgador da verdade dos fatos alegados.

A verdade não pode ser resultante de impressões pessoais do julgador, é necessário dar atenção aos meios de provas apresentadas no processo. Para tanto, no intuito de investigar a verdade, o juiz se acha munido de poderes extensos concedidos pela sociedade, encontrando auxiliares nos próprios litigantes que têm o dever de fornecer-lhe os meios de investigação.

O juiz apreciará as provas livremente, pelo sistema da persuasão racional, devendo demonstrar no relatório de sua sentença, fundamentos, e os motivos que levaram à tomada de decisão e, no dispositivo, concluir o seu raciocínio.

A prova seria o meio lícito de convencer o juiz da verdade alegada pelas partes no processo, levando ao conhecimento do magistrado todos os elementos capazes de esclarecer os fatos, para se chegar a verdade.

O objeto das provas são os fatos, narrados pelo autor, pelo réu, ou por terceiros, que na técnica processual se referem aos acontecimentos jurídicos, fatos jurídicos naturais ou atos jurídicos ou ilícitos, fatos jurídicos voluntários, originados do conflito de interesse.

O juiz, ao julgar, terá que atender a princípios básicos na formação de seu convencimento, como da certeza, vez que não existe meio-termo. Por isso mesmo, a convicção não tem graduações, devendo a mesma ser formada no exame direto da provas, as quais, quando possível, devem apresentar-se diretamente aos sentidos do Juiz.

Os princípios norteadores da prova, dentre vários posicionamentos estudados, destacaram-se oito como: princípio da necessidade da prova, princípio

da unidade da prova, princípio da lealdade ou probidade da prova, princípio da contradição, princípio da igualdade de oportunidade de prova, princípio da legalidade, princípio da mediação e princípio da obrigatoriedade de prova.

No processo do trabalho, prevalece à distribuição do ônus da prova, o princípio o qual aquele que alega deve provar os fatos alegados, não importa se trata de fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito.

A expressão ônus quer dizer encargo de alguém ou de uma das partes de produzir prova de suas alegações. Assim, pode-se dizer que o autor deverá provar a existência dos fatos para assegurar o seu pedido em juízo; quanto ao réu, deverá provar a inexistência do direito pleiteado pelo autor.

O ônus da prova é um encargo que gera o direito pleiteado, trazido aos autos através dos meios de prova como: depoimento pessoal, testemunhal, documental, e pericial.

É importante destacar que não basta ter ocorrido o fato. Em outras palavras, não adiantam somente as argumentações declarando que tem direito; se não conseguir provar, nada terá, pois quem não alcança o ônus probatório, é como se nada tivesse.

Meios de prova são as diversas espécies que serão produzidas em juízo, para demonstrar a verdade do fato alegado pelas partes, formando o convencimento do juiz.

Poderão ser usados todos os meios de provas permitidos em direito, ou seja, os moralmente legítimos são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa. Cabe à parte que alegar o fato, prová-lo; quanto à parte contrária, cabe a contraprova nos momentos processuais cabíveis.

Um dos meios de prova é o depoimento pessoal das partes do processo, ou seja, a declaração dita pelo autor ou pelo réu, com a finalidade de esclarecer fatos relacionados à ação, ocorrendo em qualquer estado do processo, visando alcançar a chamada rainha das provas, ou melhor, a confissão.

A confissão é indivisível e irretratável. Uma vez realizada, produz efeito, beneficiando a parte no todo, não podendo a parte aceitá-la em uma parte e rejeitá-la em outra que lhe for desfavorável, salvo se contiver fato distinto que possa constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção.

A prova testemunhal em conjunto com a confissão, é o meio de prova mais antigo da humanidade. Mesmo com o surgimento da prova escrita, a prova testemunhal manteve a sua importância, podendo dizer que as testemunhas valem mais que os escritos, princípio da primazia da realidade, o quer dizer que a testemunha vale mais do que o documento escrito.

As testemunhas são importantes em qualquer situação de conflito, sendo criticadas por alguns autores; já outros entendem que as provas testemunhais se sobrepõem sobre as outras.

No que se refere à prova documental, é ainda considerada no processo civil a prova de capital importância, à qual é dada certa preeminência, tanto que, provado o fato por documento, não se produz prova testemunhal, e há certos fatos que só por documentos podem ser provados.

Não raras são as vezes, em que terá o juiz de se socorrer de auxílio de pessoas especializadas como engenheiros, agrimensores, médicos, contadores, químicos, etc. para examinar as pessoas, coisas ou documentos envolvidos no litígio e formar sua convicção para julgar a causa com a indispensável segurança.

Aparece então, a prova pericial como o meio de suprir a carência de conhecimentos técnicos de que se ressente o juiz para a apuração dos fatos alegados.

Portanto, é cabível a perícia para definições de questões técnicas e nas questões de fato. No processo do trabalho, as perícias mais usadas são nos casos de insalubridade, periculosidade, comissões, diferenças salariais, composição do salário básico acrescido de acessórios, verbas rescisórias e horas extraordinárias.

A finalidade da perícia é auxiliar o juiz nos pontos técnicos sobre os quais este não tem total conhecimento, esclarecendo através do laudo a verdade dos fatos, demonstrando os pontos dos quais o juiz busca se convencer,

A perícia consiste no meio pelo qual, no processo, pessoas entendidas, “expert”, como médico, engenheiro, marceneiro, sob compromisso verificam fatos relevantes à causa, demonstrando ao juiz o respectivo parecer.

Perícia é o meio de prova, através do qual pessoas especializadas, por manifestação judicial, manifestam-se seu parecer, através de laudo, sobre determinado fato ou coisa, apresentando-se ao Juízo da causa.

A perícia não tem somente a finalidade de verificar os fatos, mas também a sua apreciação pelo “expert”, contendo, no laudo pericial um parecer do perito sobre os fatos verificados, interpretando-os tecnicamente. O juiz, baseando-se no laudo, apreciará os fatos formando o seu convencimento.

Há casos em que somente mediante prova pericial, o juízo poderá determinar o final da lide, como é o caso de insalubridade e periculosidade. Nestas duas modalidades, somente poderão ser apuradas pelo juízo, através de auxílio de um perito. (art. 195, caput e parágrafo 2º da CLT),

Poderá ser realizada a perícia através de exame, vistoria, avaliação e arbitramento.

O exame é a espécie de perícia mais usada no processo do trabalho, pois examina assinaturas, escritas contábeis, documentos em geral, pessoas na ação acidentária.

A lei processual dá ao juiz a faculdade com total liberdade em admitir ou não à prova pericial. Entretanto, esta liberdade deve ser usada com certas restrições, devendo o juiz atentar-se à utilidade da perícia. Destarte, o Juiz não poderá usar da liberdade que lhe é concedida e indeferir as perícias necessárias determinadas por lei.

Se o juiz verificar que o pedido do autor realmente depende de prova exclusivamente pericial, ele determinará desde logo a sua realização.

Ao deferir a prova pericial, o juiz nomeará perito habilitado intimando-o a vir prestar o compromisso legal. A nomeação do perito é ato de livre escolha do juiz, vez que a lei instituiu perito único. Não há perito desempatador, podendo as partes indicar assistentes técnicos.

O perito tem que ser pessoa habilitada no exercício de sua função, ou seja, alguém que conhece os detalhes do objeto da perícia, que tenha vivência com os objetos a serem analisados, não necessitando muitas vezes de ser diplomado; poderá ser escolhido para perito uma pessoa inculta, o importante é que tenha conhecimento técnico da questão discutida em juízo.

No Processo Civil, costumam os juízes logo após a nomeação do perito, determinar que uma ou ambas as partes deposite, a título de antecipação parcial, honorários periciais para suprir as despesas, (artigos 19 e 33 do CPC). .

Entretanto, a Justiça do Trabalho vincula o princípio da gratuidade do procedimento, assim os referidos artigos são incompatíveis com o Processo do Trabalho, no qual não se exige o pagamento antecipado das despesas relativas aos atos do procedimento, sendo pagas somente no final pelo vencido.

Conclui-se, portanto, que poderá ser condenado tanto o empregador como o empregado, dependendo da conclusão do laudo.

O empregado poderá ser dispensado dos honorários, se estiver amparado pela Justiça gratuita quando as conclusões do laudo, lhes forem desfavoráveis.

Surge então, um ponto polêmico: Quem pagará os honorários periciais?

Tanto a Lei. n. 1060/50 e o artigo 14 da Lei 5.584/70 preceituam que os honorários periciais não serão pagos pelo beneficiário da justiça gratuita.

Pois bem, entende serem inaplicáveis, honorários periciais quando o reclamante estiver amparado pela justiça gratuita; por outro lado, o empregador (reclamada), não pode arcar com as despesas que não deu causa, e o Estado que deveria colocar perito à disposição daqueles que não tem como pagar os honorários periciais não coloca.

O que se tem presenciado é que a questão da prova pericial é prejudicial para todos interessados, ou seja, para reclamada, reclamante e o perito.

Com o entendimento de que quem paga os honorários periciais é a parte vencida, tem se observado que o laudo pericial tende a caracterizar a culpa da reclamada, ficando a reclamada prejudicada, vez que terá que pagar, mesmo sem ter culpa.

O reclamante muitas vezes, tendo que provar o seu direito através de prova técnica, como exemplo perícia grafotécnica, e por não ter perito do estado, fica o reclamante prejudicado pois poderá ter o direito, mas não tem como prová-lo.

Por outro lado, a situação do Sr. Perito é delicada, vez que do jeito que está, ele muitas vezes trabalha, sem ter esperanças de que será remunerado, dificultando cada vez mais encontrar um perito que queira trabalhar nestas condições.

O assunto é polêmico, muitas são as dificuldades para se encontrar uma solução; entretanto não podemos aceitar que a situação permaneça como está. É preciso que se encontre uma solução plausível, para que todos quando precisarem da prova pericial sejam beneficiados e não prejudicados, podendo assim se fazer a verdadeira Justiça.

Nosso entendimento é que deveria o Estado resolver tal situação, ou seja, colocar perito à disposição do Juízo, quando o reclamante estiver amparado pela Justiça gratuita, e este, por sua vez, precisar provar o seu direito através de perícia, terá como fazê-lo. Acredita-se que só assim seria sanado um assunto tão polemico.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Isis de. Manual das Provas no Processo Trabalhista. São Paulo:LTr, 1999.

AMERICANO, Jorge. Código de Processo Civil do Brasil. Vol. I, São Paulo: Saraiva,1958.

AVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da Definição a Aplicação dos Princípios Jurídicos, 4^a ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004.

ALVIM, Arruda. Manual de Direito do Processo Civil. Vol. II., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

BARROS. Alice Monteiro de. Compêndio de Direito Processual do Trabalho – Obra em memória de Celso Agrícola Barbi. 3^a ed., São Paulo: LTr, 2002.

BRANDIMILLER, Primo A. . Perícia Judicial em Acidentes e Doenças do Trabalho. São Paulo: Senac, 1996.

CALDAS, Aulete. Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Delta, 1964.

CARNELUTTI, Francesco. (Tradução e Notas Amilcare Carletti). A prova Civil. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003.

_____. (Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira). Como se Faz um Processo. Belo Horizonte: Líder, 2005.

CARRION, VALENTIN. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 30^a ed atualizada., São Paulo: Saraiva, 2005.

_____.Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Coqueijo. O Direito Processual do Trabalho e o Código de Processo Civil de 1973. São Paulo: Ltr, 1973.

_____.Doutrina e Jurisprudência do Processo Trabalhista. São Paulo: Ltr,1978.

_____.Mandado de Segurança e Controle Constitucional. São Paulo: Ltr, 1980.

_____.Direito Processual do Trabalho – 2^a ed., Rio de Janeiro: Forense,1984.

GIGLIO Wagner D. Direito Processual do Trabalho. 10^a ed revista e ampliada., São Paulo: Saraiva, 1997.

GRECO FILHO Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 2^o Vol., São Paulo: Saraiva, 1995.

JORGE NETO, Francisco Ferreira, CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Manual de Direito Processual do Trabalho. Tomo II., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 2^a ed., São Paulo: LTr, 2004.

MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. O ônus da Prova no Processo do Trabalho. 2^a ed revista e atualizada., São Paulo: LTr, 2001.

MALATESTA, Nicola Flamarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal Taduzido por Paolo Capitanio. 6^a Ed., São Paulo: BookSeller, 2005.

MALLET, Estevão, VIANA, Marcio Túlio, RENAUT, Luiz Otávio Linhares. Discriminação e Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2000.

MALTA, Christovão Piragibe Tostes. Prática do Processo Trabalhista – 32^a ed., São Paulo: LTr, 2004.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira, ROMAR, Carla Teresa Martins. Consolidação das Leis do Trabalho e Legislação Complementar – 4^a ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 24^a ed., São Paulo: Atlas S/A, 2005.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 16^a ed., São Paulo: Atlas. 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Elementos de Direito Processual do Trabalho. 2^a ed., São Paulo: LTr, 1975.

_____. Curso de Direito Processual do Trabalho. 18^a ed revista., São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Iniciação ao Processo do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Pedro Thaumaturgo Soriano de. Noções de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 1974.

NEGRÃO, Theotonio, GOUVEA, José Roberto Ferreira. Código de Processo Civil. - 35^a Ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. 2^a ed., São Paulo: RT, 1996.

_____, Código de Processo Civil Comentado. 3^a ed., São Paulo:RT, 1997.

NOVAES FILHO, Wladimir. Constituição da Republica Federativa do Brasil. 8^a ed., São Paulo: LTr, 2005.

NUNES, Pedro. Dicionário de Tecnologia Jurídica. 7^a ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos AS, 1967.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. A Prova no Processo do Trabalho.– 3^a ed revista e atualizada e ampliada., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, José de. Acidentes do Trabalho Teoria Prática Jurisprudência. 3^a ed atualizada e ampliada., São Paulo: saraiva, 1997.

PARIZATTO, João Roberto. Da Prova no Processo Civil. São Paulo: Edippa Editora Parizatto, 2003.

PRATA, Marcelo Rodrigues. A Prova Testemunhal no Processo Civil e Trabalhista. São Paulo: LTr, 2004.

PRUNES, José Luiz Ferreira. A prova Pericial no Processo Trabalhista. 2^a ed., São Paulo: Ltr, 1995.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, 27^a ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

REZENDE, Gabriel José Rodrigues. Curso de Direito Processual Civil, Vol.II., São Paulo:Saraiva, 1963.

RODRIGUES, Dirceu A Victor. Dicionário de Brocardos Jurídicos. 8^a ed., Sugestões Literárias – São Paulo: Sugestões, 1976.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho, São Paulo:Ltr, 1978.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Vol II 11^a ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

_____.Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. Vol.3^o 16^a ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

_____.Prova Judiciária no Cível e Comercial. Vol I – Parte Geral, 2^a ed., São Paulo:Max Limonad, 1952.

_____.Vol II, Da Confissão e do Depoimento pessoal. 1953.

_____. Vol III, Das Testemunhas. 1953.

_____. Vol IV , Dos Documentos. 1954

_____. Vol V, Prova Pericial. 1955

SANTOS, Saraiva, F.R. dos. Novíssimo Dicionário Latino Português. 10^a ed., Rio de Janeiro: Garnier, 1993.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico, Vol. II e III, São Paulo: Forense, 1961.

SILVA, Ovídio A Baptista da. Curso de Processo Civil. vol. I, 4^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol I, Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 29^a ed Revista Atualizada.,São Paulo: Forense,1999.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. A Prova no Processo do Trabalho. 8^a ed Revista e ampliada., São Paulo: LTr, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 3^o Vol, São Paulo: Javoli, 1979.

VARELA, Antunes. Manual do Processo Civil. 2^a ed., Coimbra – Editora Limitada – Coimbra: Limitada, 1985.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado Processo Civil. Vol.1 6^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

AASP- Associação dos Advogados de São Paulo – Ementário – n. 2430 – item 14 – 1^o a 07 de agosto de 2005.

LTr. Suplemento de Jurisprudência – Ano 4 — n. 06/2005 – p. 48 – São Paulo

_____.n. 07/2005 – p. 55 – São Paulo

_____.n. 14/2005 – p.108 – São Paulo

_____.n. 27/2005 – p. 213 – São Paulo

REVISTA Ciência Jurídica – n. 14.

REVISTA LTr n. 38 – São Paulo

REVISTA LTr – Vol 68, n. 12 Dezembro/2004.

