



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VANESSA ALVES HOLANDA

**A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE DISPOSIÇÕES PROBATÓRIAS DO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE DESONERAÇÃO DA PROVA
PERICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO**

FORTALEZA

2018

VANESSA ALVES HOLANDA

A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE DISPOSIÇÕES PROBATÓRIAS DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE DESONERAÇÃO DA PROVA
PERICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para a obtenção de grau de Bacharel
em Direito.

Orientadora: Prof.^a M.^a Brena Kessia do
Simplicio Bomfim.

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

H669a Holanda, Vanessa Alves.

A aplicação subsidiária de disposições probatórias do Código de Processo Civil como instrumento de desoneração da prova pericial na Justiça do Trabalho / Vanessa Alves Holanda. – 2018.
52 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2018.

Orientação: Profª. Ma. Brena Kessia do Simplicio Bomfim.

1. Teoria da prova. 2. Prova pericial. 3. Reforma trabalhista. 4. Sucumbência probatória. I. Título.
CDD 340

VANESSA ALVES HOLANDA

A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE DISPOSIÇÕES PROBATÓRIAS DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE DESONERAÇÃO DA PROVA
PERICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para a obtenção de grau de Bacharel
em Direito.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a M.^a Brena Kessia do Simplicio Bomfim (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof.^a M.^a Vanessa de Lima Marques Santiago
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Angélica Mota Cabral
Universidade Federal do Ceará (UFC)

AGRADECIMENTOS

À Deus por ser o norte que guia a minha existência, bem como por moldar os caminhos aos quais venho perseguindo para realização do propósito Dele em minha vida.

À minha família por me conceder todo amor, incentivo, suporte financeiro e emocional em todas as etapas percorridas, em especial, meu pai Iramar Holanda de Sousa e minha mãe Maria Marinete Alves Holanda, não há palavras que possam expressar toda a gratidão que eu tenho por vocês.

Aos meus irmãos, Valeska Alves Holanda e Felipe Alves Holanda, por sempre confiarem e me darem forças nesta caminhada.

Ao meu namorado Andrey da Silva Roberto, companheiro de todos os momentos, por todo amor, carinho, dedicação e apoio dado a mim.

À professora Brena Késsia Simplicio Bomfim pela orientação deste trabalho e pelos ensinamentos que foram fundamentais na minha formação acadêmica.

Aos professores e mestrandos participantes da banca examinadora pela disponibilidade, pelas valiosas colaborações e sugestões.

Aos meus amigos que formam a família que Deus colocou na minha vida e que sem eles o caminho se tornaria mais difícil e monótono.

Por fim, A Universidade Federal do Ceará (UFC) por todos estes anos incríveis vivenciados e que me propiciaram crescimento como profissional, mas, principalmente, como ser humano.

RESUMO

O presente estudo tem como intuito traçar um comparativo entre os regramentos normativos e aplicação jurisprudenciais da Prova Pericial no âmbito do Direito Processual Civil e no Direito Processual do Trabalho. Para tanto, se fez necessário, inicialmente, o estudo da Teoria da Prova, buscando o fundamento constitucional do direito à prova, traçando seu objeto e a sua dinâmica distributiva entre as partes. Posteriormente foi trabalhado, em sede de pesquisa bibliográfica o conceito da Prova Pericial, suas disposições no direito processual comum e no direito processual trabalhista com advento da Reforma Trabalhista. Concluiu-se que para que as partes do processo do trabalho, principalmente as mais desfavorecidas, tenham efetivado seu direito constitucional à prova, é necessário que sejam utilizados os meios propícios a fim de evitar, sempre que possível, a utilização da onerosa prova pericial juslaboral. Dessa forma, urge-se utilizar o Código de Processo Civil de forma subsidiária, aplicando as disposições do artigo 374 do CPC, bem como a prova emprestada e o esgotamento da via da prova documental, dentre outras hipóteses.

Palavras-chave: Teoria da Prova. Prova Pericial. Reforma Trabalhista. Sucumbencia probatoria.

ABSTRACT

The purpose of this study is to draw a comparison between the normative rules and the jurisprudential application of the Expert Proof in the scope of the Civil Procedural Law and in the Labor Procedural Law. Therefore, it was necessary, initially, the study of the Theory of Proof, seeking the constitutional basis of the right to the test, tracing its object and its distributive dynamics between the parties. Subsequently, in the context of bibliographic research, the concept of Expert Evidence was worked out, its provisions in common procedural law and labor procedural law with the advent of the Labor Reform. It was concluded that in order to ensure that the parties to the labor process, especially the most disadvantaged, have made their constitutional right to the test, it is necessary to use the appropriate means in order to avoid, whenever possible, the use of costly labor-proofing. Accordingly, it is urged to use the Civil Procedure Code in a subsidiary manner, applying the provisions of article 374 of the CPC, as well as the loaned evidence and exhaustion of the documentary evidence, among other hypotheses

Keywords: Theory of Proof. Expert proof. Labor Reform. Probationary evidence.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CPC	Código de Processo Civil
d.C.	depois de Cristo
FNPT	Fórum Nacional de Processo do Trabalho
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
NCPC	novo Código de Processo Civil
OJ	Orientação Jurisprudencial
SDI-2	Seção de Dissídios Individuais da Subseção II
sesi	Serviço Social da Indústria
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UFC	Universidade Federal do Ceará

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	DA TEORIA DA PROVA E O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO	10
2.1	O fundamento jurídico-normativo: o direito fundamental à prova na Constituição Federal de 1988	10
2.2	Objeto e finalidade da prova	12
2.3	Ônus de produção probatória e a dinâmica distributiva	15
2.4	Natureza jurídica das normas sobre a prova: normas processuais ou materiais? ..	17
3	DA PROVA PERICIAL NO ÂMBITO DO DIREITO PROBATÓRIO CIVIL BRASILEIRO.....	20
3.1	Conceito e fontes da prova pericial.....	20
3.2	Espécies de perícias	22
3.3	O perito e o assistente técnico	24
3.3.1	<i>Requisitos para escolha do perito</i>	26
3.3.2	<i>Funções do perito</i>	28
3.3.3	<i>Assistente técnico.....</i>	29
3.4	Despesas processuais	31
3.5	Prova pericial e o princípio da persuasão racional do juiz	33
4	A PROVA PERICIAL ENTRE OS SISTEMAS PROCESSUAIS CIVIL COMUM E O SISTEMA PROCESSUAL TRABALHISTA: UMA COMPARAÇÃO NORMATIVO – JURISPRUDENCIAL	35
4.1	Princípio da subsidiariedade do processo civil ao processo do trabalho e a prova pericial.....	35
4.1.1	<i>Disposições específicas da CLT em sede de prova pericial.....</i>	35
4.1.2	<i>Omissão legislativa consolidada e compatibilidade do sistema do processo comum ..</i>	37
4.2	Alterações promovidas pela Lei 13.467 (Reforma Trabalhista) e diferenças com o Código de Processo Civil de 2015	40
4.3	Repercussões do ônus da sucumbência probatória após reforma trabalhista	42
4.3.1	<i>Sucumbência probatória (perito e assistente técnico)</i>	42
4.3.2	<i>Dados do TST sobre a oneração pericial probatória</i>	43
4.3.3	<i>Aplicação subsidiária do CPC para ilidir a prova pericial.....</i>	44
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
	REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

A prova é um instrumento jurídico utilizado no âmbito processual com a finalidade de alcançar a verdade dos fatos alegados ou, pelo menos, de aproximar-se dela. Com a entrada em vigor da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, mais conhecida como “Reforma Trabalhista”, que trouxe diversas modificações no Direito Material e Processual do Trabalho, houve um incremento econômico significativo na produção de prova pericial, eminentemente quando se tratar de sujeito beneficiário da justiça gratuita, o qual será responsável pelo pagamento dos honorários do perito quando for sucumbente. Diferentemente do que ocorria antes da reforma, pois, neste período, ainda que fosse sucumbente, a parte beneficiária da justiça gratuita não teria responsabilidade de arcar com os honorários periciais decorrentes da realização deste ato processual.

Como fruto dessa e de outras mudanças na legislação trabalhista, houve uma significativa diminuição do número de ajuizamento de novas reclamações no âmbito da Justiça do Trabalho, observando-se um decréscimo ainda mais acentuado em relação aos pedidos que envolvam a designação, quase que obrigatória, de prova pericial. Isto porque pedidos que necessitam da realização de prova técnica, tal como a prova pericial, ensejam o pagamento dos honorários periciais caso venha o obreiro ser sucumbente na reclamação, ainda que este seja beneficiário da justiça gratuita.

Tendo em vista que as relações trabalhistas, de uma maneira geral, configuram-se como importantes fatores sociais e econômicos, e que mudanças estruturais nesse aspecto acabam por caracterizar também alterações diretas nestes outros, é que se desenvolverá pesquisa científica acerca da inovação trazida no bojo Lei n. 13.426/2017, em relação a oneração da prova pericial. Destaque-se ainda que, este novo diploma normativo, carece de análise aprofundada e comparativa com os parâmetros já existentes nas relações, uma vez que, ante a sua recente aprovação e vigência, ainda não possui acervo jurisprudencial consolidado que venha a dirimir as dúvidas que certamente irão surgir acerca da sua interpretação e aplicação aos casos que emergem da concretude.

No primeiro capítulo, apresentam-se os aspectos gerais teóricos da prova, do direito processual civil, como qual o seu objeto, finalidade e natureza jurídica. Demonstra-se ainda o direito fundamental à prova na Constituição Federal (CF).

No segundo capítulo, discute-se a prova pericial em si na processualística civil. Trata-se de um estudo aprofundado onde aborda-se a natureza jurídica, conceito, princípios da prova e aspectos da legislação vigente sobre o tema.

No terceiro capítulo, faz-se uma comparação entre os dois sistemas processuais, trabalhista e civil, trazendo as disposições específicas da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) sobre prova pericial com as alterações promovidas pela Reforma trabalhista. Além disso, defende-se a aplicação subsidiária de algumas disposições do Código de Processo Civil (CPC) como forma de desoneração do alto custo na produção probatória pericial após o advento da reforma trabalhista.

Destarte, a pesquisa que se propõe a realizar, visa contribuir para uma melhor compreensão do tema, de modo a fomentar uma discussão social e até legislativa, teoricamente embasada, de modo a dirimir as dúvidas acerca das consequências práticas que poderão surgir com a implantação das mudanças aprovadas no dia a dia.

A metodologia utilizada se pautou em um estudo bibliográfico com base em obras doutrinárias e artigos científicos, bem como, em pesquisas de base de dados de jurisprudência de Tribunais Superiores.

Diante de todo o já exposto, faz-se importante o estudo e a pesquisa, de maneira aprofundada, com o escopo de elucidar os principais aspectos em torno do assunto, especialmente, para demonstrar as influências, diretas e indiretas, desta para a sociedade como um todo, bem como, seus impactos no Ordenamento Jurídico.

2 DA TEORIA DA PROVA E O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

O capítulo inicial desta pesquisa monográfica se aterá ao objetivo precípua, de modo não exauriente, de analisar a Teoria da Prova que embasa o atual Sistema Processual Brasileiro, sob uma perspectiva à luz da Ordem Constitucional inaugurada em Outubro de 1988.

O Direito à Prova é instrumento importante para garantir a participação e dialeticidade no *fórum* processual, portanto, trata-se de um meio importante para a devida concretização normativa da Cláusula do Devido Processo Legal.

Tratará este capítulo sobre os conceitos doutrinários contemporâneos sobre a Prova no Direito Processual brasileiro, analisando desde institutos como a acepção semântica do termo “prova”, passando pelo objeto do instrumento probatório e suas finalidades (o que se deve provar), dinâmica distributiva entre as partes processuais (quem deve provar) e a natureza jurídica das normas que dispõe sobre as Provas previstas no programa normativo brasileiro, seja de ordem infraconstitucional e constitucional.

2.1 O fundamento jurídico-normativo: o direito fundamental à prova na Constituição Federal de 1988

Sob a influência do constitucionalismo social europeu que exsurge com o fim da Segunda Guerra Mundial, a Constituição Federal Brasileira de 1988 trouxe em seu bojo um rol, quase que inesgotável, de direitos e garantias individuais, a fim de resguardar os indivíduos do arbítrio do Poder Estatal (*Jus Imperii*), como foi vislumbrado período autoritário anterior à promulgação do Texto Magno.

Uma das missões do constitucionalismo social contemporâneo no Brasil é a realização de garantias processuais e a democratização do acesso à justiça, a fim resguardar o *topos* do Devido Processo Legal (*due process of law*), o epicentro material e vetor interpretativo de todos os direitos e garantias fundamentais que regem o direito processual brasileiro, com influxos tanto no plano substancial, quanto no plano procedimental, visando a concretização do conceito de “processo justo”.

Nesse sentido aponta Didier Jr. (2015, p. 67):

O devido processo legal é direito fundamental que pode ser compreendido em duas dimensões. Há o devido processo legal formal ou procedimental, cujo conteúdo é composto pelas garantias processuais que vimos no item precedente: direito ao

contraditório, ao juiz natural, a um processo com duração razoável etc. [...] Nos EUA, desenvolveu-se a dimensão substancial do devido processo legal. Um processo devido não é apenas aqueles em que se observam exigências formais: devido é o processo que gera decisões jurídicas substancialmente devidas. A experiência jurídica brasileira assimilou a dimensão substancial do devido processo legal de um modo bem peculiar, considerando-lhe o fundamento constitucional das máximas da proporcionalidade [...] e da razoabilidade.

Dentro do devido processo legal temos o direito a prova, que é um conjunto de chances concedidas às partes pela Constituição Federal e pela Lei, para que possam comprovar a veracidade dos fatos alegados, mediante o emprego de fontes de provas e a regular aplicação representada pelos meios de prova (DINAMARCO, 2009, p. 46). Esse direito é indispensável para que se tenha a garantia constitucional do direito ao devido processo legal, artigo 5º, LIV da Carta Magna.

Não há no ordenamento jurídico pátrio expressamente o direito a prova, porém está indiretamente afirmado pelo Código de Processo Civil no artigo 369, *in verbis*: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

A Constituição Federal traz as garantias ao contraditório e a ampla defesa como sendo indispensáveis ao justo processo no artigo 5º inciso LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Dessa forma, o direito a prova que é inerente ao princípios do contraditório e da ampla defesa é também um direito fundamental, constitucionalmente assegurado e que contribui para dialeticidade do processo.

Do mesmo modo, o direito a prova está previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos no artigo 8º, e está por se tratar de convenção internacional sobre Direitos Humanos que foi aprovada em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros equivale a emenda constitucional por força do artigo 5º, §3º da Carta Magna.

Além disso, o direito fundamental à prova tem conteúdo complexo, por se dividir em cinco frentes: requerimento de provas; produção de provas; participação da produção de provas; manifestação sobre a produção de provas e exame da produção de provas pelo órgão julgador.

Nesse sentido preceitua Didier Jr., Braga e Oliveira (2015) que a produção de provas têm caráter instrumental e sua finalidade é o alcance de uma tutela jurisdicional justa.

Por esse motivo que tal direito deve ser efetivo, no sentido de as partes terem oportunidade para demonstrar os fatos alegados e influenciar no convencimento do órgão julgador.

Porém, mesmo sendo de suma importância ao devido processo legal, como todo direito fundamental, não se trata de direito com âmbito de proteção absoluto, podendo vir a ser limitado, desde que entre em colisão com o exercício de outras garantias constitucionalmente previstas.

Conforme a lição de Bonavides (2017), embasado no posicionamento de Robert Alexy, a colisão de princípios ocorre, por exemplo, quando algo é permitido por um princípio, mas vedado por outro, hipótese essa que um dos princípios deve ceder. Importante ressaltar que o princípio atingido não está fora do ordenamento jurídico, pois a colisão se dá na “dimensão do peso” e não da validade.

No mesmo sentido expõe Silva (2014), nas colisões entre princípios não se pode falar nem em declaração de invalidade de um deles, nem em uma cláusula de exceção, pois na colisão ocorre a fixação de relações condicionadas de precedência. Diante disso, tem-se que princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que requisitam que algo seja realizado na maior medida possível diante dos fatos existentes.

Por esse motivo, pode-se afirmar que os princípios possuem pesos diferentes diante das situações concretas e que o de maior peso é o que prevalece.

Entretanto, em conformidade com Marmelstein (2009), para saber se a lei quando limita determinado direito fundamental é válida ou não, é necessário utilizar o princípio da proporcionalidade como instrumento para aferir a legitimidade de leis e atos que restringem direitos fundamentais. Por esse motivo, esse princípio é chamado de “limite dos limites” para que nenhuma restrição tome dimensões desproporcionais.

Dessa forma, o direito a prova é constitucionalmente previsto e de extrema importância ao devido processo legal. Ele também é responsável para que as partes tenham direito há um justo processo, podendo comprovar as alegações feitas. Porém, como já foi dito acima, não é um direito fundamental absoluto, devendo se submeter em cada caso concreto quando houver contradição entre princípios ao sopesamento, para que obedecendo o princípio da proporcionalidade, o princípio mais adequado ao caso seja utilizado.

2.2 Objeto e finalidade da prova

O vocábulo prova é aquilo que demonstra que algo é verdadeiro. Segundo Didier Jr., Braga e Oliveira (2015) existe o sentido comum e o sentido jurídico da palavra prova. No

sentido comum é a demonstração da verdade de uma proposição. Já no sentido jurídico, são três acepções do vocábulo: ato de provar, meio de prova e resultado dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos.

Do mesmo modo sintetiza sobre o tema Cambi (2001, p. 41):

Juridicamente, o vocábulo “prova” é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtém o meio de ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, à representação que dele deriva (mais especificamente, à convicção do juiz).

Por outro lado, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015) leciona que prova não é assunto exclusivo do direito processual e sim de diversas ciências. Para ele a definição de prova dependeria da relação que se teria com a verdade ou a realidade. Quem acreditasse na possibilidade de encontrar a verdade absoluta no processo, a ideia de prova estaria então ligada a reconstrução dos fatos. Por esse motivo, Liebman (1985, p. 318) definia prova como: “[...] os meios que servem para dar o conhecimento de um fato e por isso para fornecer a demonstração e para formar a convicção da verdade de um fato específico”.

O objeto da prova, ou seja, aquilo sobre o qual prova deve tratar, segundo a doutrina moderna, são as alegações de fato. Conforme Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 52) o objeto da prova é a alegação de fato ou também conhecido por fato probando. No mesmo sentido leciona Dinamarco (2009, p. 57):

Objeto da prova é o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para todos os julgamentos a serem feitos no processo, não sendo esses fatos notórios nem presumidos. Fazem parte dele as alegações relativas a esses fatos e não os fatos em si mesmo. Sabido que o vocábulo prova vem do adjetivo propus, que significa bom, correto, verdadeiro, segue-se que provar é demonstrar que uma alegação, é boa, corretas portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. Não ha fatos bons, corretos e verdadeiros nem maus, incorretos, mentiras. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas- e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes.

Por esse motivo, são as alegações de fato e não o fato em si que podem ser objeto de prova, pois os fatos são verdadeiros, já que existiram. Diferentemente das alegações de fatos que podem precisar fazer prova para saber se realmente existiram, ou seja, são verídicas.

Com isso, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 251) expõe: “É a alegação do fato que, em determinado momento, pode assumir importância jurídico-processual e, assim, assumir relevância a demonstração de veracidade de alegação de fato”.

A doutrina tradicional dizia que o objeto da prova era composto pelos fatos da causa, e não pelas alegações dos fatos conforme a doutrina moderna. Nessa perspectiva Bueno

(2013, p. 248) aduz: “Em geral, o objeto da prova recai sobre fatos cuja existência devidamente reconhecida pelo juiz darão ensejo ao acolhimento ou à rejeição do(s) pedido(s) de tutela jurisdicional”.

No que concerne a finalidade da prova, segundo Didier Jr., Braga e Oliveira (2015) existem três teorias que explicam a finalidade da prova no processo. A primeira seria a de determinar a verdade dos fatos alegados, porém essa teoria não pode prevalecer, haja vista, a verdade é uma noção objetiva e o conhecimento que cremos ter dela é subjetivo, ou seja não se pode atingi-la; a segunda é adotar formalmente os fatos postos no processo, assim o legislador que está ciente da falta de possibilidade de alcançar a verdade acerca dos fatos, fixa critérios para reputar, ainda que formalmente os fatos alegados pelas partes no processo e por último a de produzir o convencimento do julgador, é dar ao juiz suporte suficiente para que possa convencer-se dos fatos discutidos no processo.

Essa última teoria é tida com a verdadeira finalidade da prova, ou mais efetiva, como diz Grego Filho (2003, p. 182): “No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral e filosófico; sua finalidade é prática, qual seja: convencer o juiz”.

Todavia, a finalidade da prova no processo não deve ser apenas a de convencer o juiz, ela deve servir também para que as partes se convençam, por exemplo a prova revele que um determinado fato aconteceu e assim possa o processo atingir a sua finalidade de pacificação social.

Sobre o assunto, a lição de Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 51):

Daí se vê que à clássica noção de que a prova tem por finalidade permitir ao juízo formar seu convencimento acerca dos fatos da causa deve-se apresentar esse outro aspecto: tem ela, além e antes mesmo disso, a finalidade de permitir às próprias partes a formação do seu convencimento acerca dos fatos da causa.

Isso posto, o termo “prova” dispõe de diversos significados, com importância não só na ciência do direito processual, mas também em outras ciências, como já mencionando anteriormente. O objeto da prova, ou seja, o que se deve provar, para a doutrina moderna são as alegações de fato. No que concerne a finalidade do fato probando a teoria mais aceita seria a de que este serve para convencer o juiz e as partes para que o processo atinja uma de suas finalidades, qual seja a da pacificação social, pois partes e juiz teriam a certeza que pela prova produzida no processo determinado fato realmente aconteceu, encerrando então a lide.

2.3 Ônus de produção probatória e a dinâmica distributiva

Ônus da prova segundo Didier Jr., Braga e Oliveira (2015) é o encargo que se não cumprido pode gerar um prejuízo há uma das partes. Não é um dever, por esse motivo não se pode exigir o seu cumprimento. Porém, em regra a parte que tem o ônus probatório tem o interesse em se desencobrir, ou seja, produzir a prova, para justamente não ficar em desvantagem.

Pode-se dizer então que é o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato, podendo ser atribuído pelo legislador, sendo prévia, estática e invariável; pelo juiz ou por convenção das partes, sendo considera dinâmica, com base em cada caso concreto.

Nesse sentido, Bueno (2015, p. 314) leciona que:

As disposições gerais tratam também do ônus da prova, que merece ser compreendido de forma dupla: primeiro, como regra dirigida às partes no sentido de estabelecer a elas como devem se comportar no processo acerca da produção a respeito de suas alegações (que, em rigor, é o objeto do art. 373 aqui estudado). Segundo, como regra dirigida ao magistrado, no sentido de permitir a ele, no julgamento a ser proferido, verificar em que medida as partes desincumbiram-se adequadamente de seu ônus quando ainda não tenha se convencido acerca das alegações de fato relevantes para a prática daquele ato, em caráter verdadeiramente subsidiário, portanto, para vedar o *non liquet*. Nessa segunda acepção, o ônus da prova deve ser tratado com regra de julgamento; na primeira, como regra de procedimento.

Esse caráter duplo do ônus da prova apresentado por Bueno (2015) é tido como dupla finalidade para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015), haja vista, ter a finalidade de ser regra de fechamento do sistema, informando ao juiz como deve julgar, se ao chegar na fase decisória estiver duvida sobre fatos relevantes. A outra finalidade é a de orientar as partes sobre o possível prejuízo caso não produzam provas quando possuem o ônus probatório.

A distribuição do ônus da prova pode se dar de duas formas, a distribuição estática ou distribuição dinâmica. A primeira é também chamada de distribuição legal do ônus da prova, pois é atribuída pelo legislador. É a regra geral no processo brasileiro e está positivada no Código Processo Civil no artigo 373: “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Com isso, compete cada uma das partes, autor e réu, fornecer elementos de prova das alegações de fato que fizer. O legislador considerou três aspectos com a distribuição do

ônus da prova: a posição da parte, ou seja se é autor ou réu; a natureza dos fatos alegados, se constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo; e o interesse em provar o fato.

Por esse motivo, sobre a posição do réu no processo e o seu ônus da prova aduz Chiovenda (1969, p. 379):

A posição do réu, é nesse sentido, até cômoda, dentro do processo vez que sobre ele só recairá o ônus de provar, quando demonstrado o fato constitutivo do direito pelo autor. Sem prova do fato gerador de seu direito, o autor inevitavelmente sucumbe - independentemente de qualquer esforço probatório do réu.

Na verdade, só se exige esforço probatório do réu em duas situações: a) provado o fato constitutivo do direito do autor, cabe ao réu provar fato extintivo, modificativo ou impeditivo deste direito, eventualmente alegado; ou b) provado o fato constitutivo do direito do autor, se o réu limitou-se a negá-lo, sem aduzir nada de novo, cabe-lhe fazer a *contraprova*, de forma a demonstrar o contrário. A contraprova pode servir tanto para revelar a ilegitimidade formal ou material da prova trazida pelo autor sobre o fato, como para afastar a ocorrência do próprio fato.

Entretanto, a distribuição do ônus da prova pode ser feita também de forma dinâmica. É excepcional, dependendo do caso concreto, sendo feita pelo juiz ou pelas partes.

O parágrafo terceiro do artigo 373 do Código de Processo Civil estabelece que a distribuição do ônus da prova pode ser feita por convenção das partes, exceto em duas hipóteses: a) recair sobre direito indisponível da parte ou b) tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Por esse motivo, tem um típico negócio jurídico, que é segundo Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 376-377), “[...] negócio processual é o ato voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”. O autor ainda ressalta que nos negócios jurídicos, em determinadas situações, há escolha da categoria e do regramento jurídico.

Sobre o assunto, Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 120) aduz:

A convenção pode recair sobre o ônus da prova de qualquer fato. Pode tratar-se de fato simples ou de fato jurídico; fato relativo a negócio jurídico ou a vínculo extracontratual; fato lícito ou ilícito etc. Não há razão para restringir essa convenção a fatos do próprio negócio em que a convenção porventura esteja inserida.

A convenção sobre o ônus da prova pode ser, aliás, um negócio jurídico autônomo, sem qualquer relação com um negócio anterior - e a possibilidade de essa convenção realizar-se na pendência de um processo reforça essa conclusão.

A outra forma de distribuição dinâmica do ônus da prova é a que é feita pelo juiz. Portanto, o legislador autorizou o magistrado a distribuir o ônus da prova dependendo de cada caso concreto, porém para que seja feita corretamente essa distribuição faz-se necessário observar alguns requisitos.

Dessa forma, entre os requisitos necessários temos os pressupostos formais e os pressupostos materiais. São três os pressupostos formais que precisam ser cumpridos concomitantemente para que se tenha uma distribuição judicial do ônus da prova de maneira acertada.

O primeiro é que a decisão do togado precisa motivada, em acordo com o Código de Processo Civil no seu artigo 373, §1º e com a Constituição Federal, artigo 93, IX. O segundo pressuposto é o momento da distribuição, porque deve ser feita a distribuição antes de se proferir a decisão, para que as partes possam se desincumbir do novo ônus e que o princípio do contraditório seja respeitado. O terceiro e último pressuposto formal é a proibição de a redistribuição implicar prova diabólica reversa, conforme artigo 373, § 2º do Código de Processo Civil. Esse é um pressuposto negativo e o significado de prova diabólica para Câmara (2005, p. 12): “[...] expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração”.

Importante ressaltar que o juiz pode *ex officio* aplicar a distribuição dinâmica e que deve verificar a ocorrência de pelo menos um pressuposto material, como a prova diabólica ou maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

À vista disso, as partes têm que ter cautela com o ônus da prova, pois apesar de não ser um dever, é um encargo que se não for cumprido pode acarretar em um enorme prejuízo. Como já foi dito, o ônus da prova pode ter duas formas de distribuição, a estática e a dinâmica, sendo que a distribuição estática a regra geral e a distribuição dinâmica a exceção.

2.4 Natureza jurídica das normas sobre a prova: normas processuais ou materiais?

Há uma divergência doutrinária acerca das normas que versam sobre prova, se estas são normas do ramo do direito material ou do ramo do direito processual, ou seja, a natureza jurídica dessas normas. Há quem acredite que não haveria interesse em determinar sua natureza jurídica, haja vista, não existir hierarquia entre direito material e processual, porém, esse entendimento não é correto, pois a identificação da natureza jurídica pode acarretar importantes implicações tanto teóricas como práticas.

Existem três teorias mais difundidas acerca da natureza jurídica da normas que tratam sobre prova. A teoria processualista, a teoria materialista e a teoria mista. Conforme Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 79):

[...] a visão processualista é aquela com maior número de adeptos. Enxerga as normas sobre prova como normas processuais basicamente por se destinarem à formação da convicção do juiz. Embora aceitem que possa ser usada fora do processo para fins particulares e para documentar e dar certeza aos direitos e seu gozo, a prova só assumiria real relevância no processo. Chega-se a dizer que “a utilidade das provas fora do processo é dada apenas por um cálculo antecipado (uma dedução) do emprego delas num futuro possível e assim da presumida eficácia que se possa esperar delas; é portanto uma utilidade de fato, não jurídica. Aqueles que adotam essa visão processualista só consideram material, na melhor das hipóteses, norma que trate da forma de dado ato jurídico, da formalidade necessária para que exista ou seja válido – único dado que seria importante fora do processo. São casos em que a prova do ato deve ocorrer de determinada forma (ex.: escritura pública), sob pena de não ser considerado provado.

Essa teoria foi adotada no antigo Código de Processo Civil de 1973 e também no atual Código de Processo Civil de 2015, pois é a teoria com mais adeptos da doutrina. Entre os argumentos a favor dessa teoria, Rego (1985, p. 39) destaca dois:

A disciplina das provas é ligada à formação da convicção do juiz, não ao interesse das partes, pois se busca através dela a melhor forma de se obter Justiça e não pode haver direito adquirido ao erro ou à ignorância de fatos por parte do julgador.

Dessa forma, o Código de Processo Civil considera como formas de convencimento do juiz, a respeito de fatos controvertidos, por esse motivo deve prevalecer a teoria processualista acerca da natureza jurídica das norma sobre provas.

A teoria materialista segundo Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 80) diz:

[...] as normas sobre prova são substanciais, tendo em vista disciplinarem a relação jurídica substancial subjacente. Exatamente por se dirigirem à formação do convencimento do juiz (ou do próprio jurisdicionado) em torno dessa certeza, são por ele aplicadas, como critério de julgamento, assim como as normas que regem a relação substancial deduzida em juízo. Funcionam como critério de decisão para o órgão julgador, que se debruçará sobre elas, aplicando-as como primeiro passo ou etapa do seu julgamento.

Desse modo, para uma minoria da doutrina incluindo os autores citados acima, as normas que versem sobre prova teriam natureza jurídica de direito material. Porque a prova nem sempre vai estar atrelada a um processo. Ela pode ser extraprocessual, pré-constituída ou processual. Com isso existem três tipos de prova, o que seria errado para parte da doutrina reconhecer apenas a provas processuais.

Outro argumento utilizado por Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 81) a favor da teoria materialista:

A prova é tema de Direito Material. De um lado, por oferecer informações sobre a base fática que justifica a certeza de um direito que compõe o objeto de decisão; de outro, por ser o próprio direito material que integra o mérito da demanda de antecipação da prova (como um direito autônomo à prova). Sempre atua como critério de julgar. O juiz julga o valor e admissibilidade da prova para certificar um

direito, assim como o juiz pode julgar, certificar e realizar o próprio *direito material* à prova (mérito). Assim, direta ou indiretamente, a prova é tema que se coloca como objeto de decisão em juízo.

Rego (1985) ensina que os principais argumentos a favor da teoria materialista são: a indissociabilidade entre o direito e a prova; o respeito devido à vontade das partes; a possibilidade de que uma norma, excluindo determinado tipo de prova e sendo considerada processual (portanto, “retroativa”), extinga, na prática, o direito material que porventura só possa ser provado por aquele meio que restou inadmissível e as provas não condicionam o processo ou procedimento, mas a decisão acerca do direito material.

Destarte, a importância de se determinar a natureza jurídica das normas que tratam sobre prova recai no conflito de leis no tempo. No sistema processual brasileiro, as normas processuais têm aplicação imediata e não retroagem. Diferente das normas materiais que podem retroagir. Com isso, por ser o entendimento da maior parte da doutrina e por o atual Código de Processo Civil adotar a teoria processualista, é prudente considerar as normas sobre prova com natureza jurídica processual.

Ademais, conforme análise dos pontos desenvolvidos neste capítulo, poderá se compreender de forma objetiva a importância do instituto prova para o deslinde de diversas problemáticas no processo civil, sendo essa responsável por estabelece a verdade, fixar formalmente os fatos postos no processo e produzir o convencimento do juiz,. Assim, abrindo-se espaço no próximo capítulo para comentar uma das espécie típica de prova objeto de estudo deste trabalho, a prova pericial.

3 DA PROVA PERICIAL NO ÂMBITO DO DIREITO PROBATÓRIO CIVIL BRASILEIRO

Intrinsecamente ligado ao tema da teoria da prova e o sistema processual brasileiro analisado no capítulo anterior, encontra-se também o tema da prova pericial no âmbito do direito probatório civil brasileiro. Nesse sentido, o presente capítulo desta pesquisa monográfica ater-se-á ao objetivo de analisar o conceito e fontes da prova pericial; suas espécies, ou seja, tipos de perícia; o perito e o assistente técnico, quem vai realizar a produção dessa prova; as despesas que a perícia acarreta para as partes; e o princípio da persuasão racional do juiz como meio valoração da referida prova.

A prova pericial é um dos modelo de prova admitidos no sistema processual brasileiro. É o meio probatório com uma finalidade a mais nesse trabalho. Diante disso, será tratada com uma atenção especial. A prova pericial é de suma importância para desvendar a verdade dos fatos e serve como instrumento de realização da justiça.

3.1 Conceito e fontes da prova pericial

A prova pericial, é um meio de prova que será requisitada quando houver algum fato no processo que merece elucidação técnico-científica de um profissional especializado.

No mesmo sentido conceitua Neves (2018, p. 800):

A prova pericial é meio de prova que tem como objetivo esclarecer fatos que exijam um conhecimento técnico específico para a sua exata compreensão. Como não se pode exigir conhecimento pleno do juiz a respeito de todas as ciências humanas e exatas, sempre que o esclarecimento dos fatos exigir tal espécie de conhecimento, o juízo se valerá de um auxiliar especialista, chamado de perito.

Em algumas situações, como na supracitada, não se pode esperar que o juiz tenha conhecimento que ultrapassem os conhecimentos de um homem médio, de cultura comum. Porém, mesmo que o magistrado possua a instrução, ainda assim é necessário a produção da prova pericial.

Nessa perspectiva ensina Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 397):

A prova pericial é admissível quando se necessite demonstrar no processo algum fato que dependa de conhecimento especial que não seja próprio ao “juiz médio”, ou melhor, que esteja além dos conhecimentos que podem ser exigidos do homem e do juiz de cultura média. Não importa que o magistrado que está tratando da causa, em virtude de capacidade técnica individual e específica (porque é, por exemplo, formado em engenharia civil), tenha conhecimento para analisar a situação controvertida. Se a capacitação requerida por essa situação não estiver dentro dos

parâmetros daquilo que se pode esperar de um juiz, não há como se dispensar a prova pericial, ou seja, a elucidação do fato por prova em que participe um perito-nomeado pelo juiz-, e em que possam atuar assistentes técnicos indicados pelas partes, a qual deve resultar em laudo técnico- pericial, que por estas poderá ser discutido.

Dessa forma, quando o juiz com seu conhecimento comum for capaz de entender o que a fonte de prova traz, não é preciso realizar inspeção pericial, bastando uma inspeção judicial. Porém, vale ressaltar que independente do laudo pericial, o magistrado irá julgar com base no seu convencimento, fazendo valoração das provas produzidas no processo. Com isso, compreende-se que o juiz não está vinculado ao laudo pericial.

Por fonte entende-se como a origem de algo, o qual recorreremos para obter uma informação. No tema abordado, fonte vem a ser aquilo que seja passível da perícia técnica, com o fim de alcançar uma informação útil ao processo.

As fontes da prova pericial, podemos elencar as pessoas, as coisas e os fenômenos. Os serviços não são fontes de perícia, haja vista, não existirem fisicamente. Desse modo, as perícias que se avalia um determinado serviço, na verdade, têm como fonte a pessoa ou o objeto sobre o qual o serviço foi realizado.

Com isso, as pessoas como fonte de prova pericial não teriam restrição, no sentido de se admitir tanto pessoas vivas quanto pessoas mortas. Mas se restringem quanto a vontade da pessoa, pois não é possível efetuar perícia contra a vontade, estando em acordo com os direitos fundamentais e com o artigo 5º, LVI, Constituição Federal que veda as provas obtidas por meios ilícitos.

Nesse sentido, Didier Jr. e Mazzei (2006) declaram:

A jurisprudência do STF já há muito firmou o entendimento de que ninguém pode ser coagido a se submeter a exame pericial na esfera cível. O suposto pai não é obrigado a aceitar a retirada de sangue para a realização de exame de DNA. Pode recusar-se a realizar o exame. Mas, em contrapartida, o julgador, diante disso, está autorizado a presumir que o resultado seria positivo, na forma do art. 2º-A, parágrafo único, Lei n. 8.560/1992, introduzido pela Lei 12.004/2009. Observe-se que, nesse caso, tem-se uma presunção legal relativa de paternidade. A discussão precisa ser retomada, porém, quando se cuida do direito ao reconhecimento de ascendência genética, conteúdo do direito fundamental à saúde e à vida. A matéria também já foi objeto de regulamentação no Código Civil, arts. 231 e 232, que formam o entendimento de que aquele que se nega a se submeter ao exame médico não pode se beneficiar com sua recusa. A recusa injustificada implicará presunção de veracidade do fato a ser provado.

Do mesmo modo, não teriam limites em relação às coisas como fonte de perícia. Pode ocorrer de a coisa está na posse de outrem ou ser de difícil acesso. Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 261) detalham por esse ângulo:

Se a coisa a ser examinada estiver em poder das partes ou de uma repartição pública, o próprio perito pode solicitá-la, conforme o art. 473, §3º, CPC. O juiz deve tomar todas as providências para que essa solicitação seja atendida, em caso de resistência-art. 396 segs., CPC. No caso de a parte descumprir a ordem de exibição, o juiz deve considerar verdadeiras as alegações que a perícia viria a provar (art. 400, CPC).

Se a coisa estiver em posse de terceiro, o perito deve requerer ao juiz que providencie a exibição, na forma dos arts. 401-404 do CPC. De acordo com o art. 380, II, CPC, o terceiro tem o dever de exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder quando requisitados.

Por fim, no que diz respeito a fenômenos, entende-se como aquilo que está sujeito a ação dos nossos sentidos ou que nos impressiona, conforme explicita o Dicionário do Aurélio. Nesse estudo quando cair sobre o fenômeno, este não incidirá de forma direta, mas sim nas consequências em que este fenômeno natural vai trazer e que seja objeto da perícia, por exemplo no caso de um raio atingir uma casa e danificá-la.

Logo, ao realizar a perícia do caso o laudo pericial não vai ser o raio, mas sim a consequência em que esse fenômeno natural trouxe, que no caso seria a rachadura em uma parede. E em outros casos, ficando extremamente difícil ou até impossível de se realizar uma perícia. Assim, o fenômeno não pode ser periciado, mas quando possível, será periciado apenas o objeto no qual o fenômeno incidiu.

Chegando ao entendimento de que este meio de prova por sua complexidade, nem sempre será passível de uma análise. No caso de uma enchente forte e devastadora que desmorona a casa de uma cidadã, não terá, como solicitar essa fonte da prova pericial, pois não será possível averiguar se o desmoronamento foi em virtude da enchente ou da má construção do bem, estando a parte sujeita às condições extraordinárias causadas pelo fenômeno.

Assim, prova pericial é um meio de prova que é utilizada quando se precisa de conhecimentos superiores aos que um homem médio poderia saber dentro de uma investigação dos fatos do processo. Com isso, o juiz nomeia um perito para lhe auxiliar na obtenção de informações na área de conhecimentos que ele desconhece ou não precisaria saber. Conclui-se ainda que a prova pericial têm como fonte as pessoas ou coisas, podendo ainda os fenômenos entrarem nesse rol. Diferente dos serviços que não são fontes de prova pericial.

3.2 Espécies de perícias

A classificação quanto às espécies periciais sofreram diversas transformações ao longo dos anos. No Código Civil de 1916, era previsto três espécies de perícia como meio de

prova, o exame, vistoria e arbitramento. Com a vigência do Código de Processo Civil de 1973, continuou com o número de três espécies, porém foi trocado o termo arbitramento por avaliação. Já no Código Civil de 2002, este eliminou as modalidades supracitadas, continuado apenas com a perícia como meio de prova. Com isso, o entendimento era de que não havia diferença considerável entre as espécies. Dessa forma, o entendimento só sofreu alteração quando o Código de Processo Civil de 2015, no seu artigo 464, retornou com as três espécies, sendo exame, vistoria e avaliação.

À vista disso, temos que exame e vistoria tem significados muito próximos, ato de inspeção, observação, mas se distinguem pelo seu objeto. Enquanto o exame é ato de inspeção de pessoas e bens móveis, a vistoria é para bens imóveis. Deduz-se que o objeto da prova pericial somente pode ser de natureza material, ou seja, tangível (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 261).

Ressalta-se que essa distinção feita das espécies, para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015), é inexistente, mas para fins didáticos, em acordo com o pensamento acima, faz a mesma diferenciação, vejamos:

Segundo prevê o art. 464, a perícia pode consistir em exame, vistoria ou avaliação. Contudo, não há razão para o CPC usar vocábulos exame e vistoria. Não tem cabimento estabelecer diferença entre os dois vocábulos, supondo-se que a vistoria é a atividade de quem vê, pois no exame também se vê. Porque gera menos confusão aos operadores do direito, é melhor distinguir exame e vistoria a partir de seu objeto, reservando a expressão vistoria a bem imóvel e a palavra exame a bem móvel.

Por sua vez avaliação, que também pode ser chamada de arbitramento, é a fixação de um valor a coisas e direitos, podendo essas ser corpóreas ou incorpóreas. Porém há quem defenda que avaliação e arbitramento se tratem de categorias diversas.

Nesse entendimento, preceitua Lopes (1999, p. 121):

Enquanto aquela seria estimativa de valor de mercado da coisa ou direito - como se dá em processos de execução ou inventário -, esta última seria estimativa de valor de coisa ou direito, quando não for possível sua avaliação por preço de mercado.

Para Santos (1976), “O arbitramento serviria para estimativa de valor (atribuição de valor em dinheiro) de coisas, direitos ou obrigações, já avaliação seria a determinação de justo preço de alguma coisa como ocorre em execução, inventário, partilha”.

Destarte, existem ainda outra espécies de perícias, porém não estão previstas expressamente no Código de Processo Civil. A primeira espécie é a chamada perícias extrajudiciais ou amigáveis, ocorrem quando as próprias requerem a produção da perícia, porém o momento da produção é diferente, haja vista, ser feita fora do processo judicial.

Importante ressaltar que essa modalidade é feita de sempre de forma consensual, ou seja, por acordo entre as partes.

Para exemplificar a modalidade citada acima, ensina Santos (1976):

Exemplo a que o locador e locatário promovam, no início do contrato de locação, a fim de certificarem-se sobre as condições de conservação do imóvel e que, um dia, desavindo eles, seja trazida a juízo para prova dos fatos da causa. Exemplo, ainda, a perícia que se faça na divisão amigável e que, depois, venha a ser oferecida como prova numa questão entre amigos condôminos.

A segunda espécie pericial que não tem previsão legal é a denominada perícia necessária ou obrigatória. Essa prova acontece quando o legislador impõe-a como único meio adequado para verificação dos fatos, sendo então etapa necessária do procedimento.

Dessa forma, as espécies de perícia sofreram modificações ao longo das mudanças de legislação, deixando até de existir, como previu o Código Civil de 2002. Mas no atual Código de Processo Civil, ainda são válidas e por esse motivo deve-se saber diferenciar, exame, vistoria e avaliação, que apesar de terem significados parecidos possuem pequenas diferenças. Não se pode deixar de mencionar também as espécies de perícia que não estão positivadas expressamente. A chamada perícia extrajudicial ou amigável, acontece fora do processo e a perícia necessária ou obrigatória, que o legislador obriga a sua produção.

3.3 O perito e o assistente técnico

Pelo exposto, compreende-se que a prova pericial é realizada por um profissional especializado em determinada área, o qual é chamado de perito. Detentor do conhecimento técnico e científico idôneo para realização do laudo pericial, que será elaborado ao final da análise empreendida sobre o objeto que recai a perícia. Assim expõe a definição de perito por Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015): “A prova pericial é realizada por perito. Chama-se assim a pessoa que, contando com a confiança do juiz, é convocada para, no processo, esclarecer algum ponto que exija conhecimento técnico especial”.

De forma semelhante, Didier Jr., Braga e Oliveira (2015) define perito como “O perito é especialista em determinado campo do saber, que atua como auxiliar eventual do juízo, protagonizando a prova pericial”.

De acordo com Alberto (2012), a origem da figura do perito não advém dos tempos atuais. Há relatos que as primeiras perícias foram realizadas no Egito e na Grécia antiga, onde certas pessoas detinham conhecimento especializado para examinar e averiguar assuntos que requeriam uma profundidade de sabedoria sobre o objeto analisado. Isto refere-

se à existência de um papiro, o qual tinha o conteúdo de um laudo pericial, no qual há um estudo relatado por um profissional, o qual indica as conclusões sobre o motivo que levou a morte de um determinado indivíduo. Mediante o exame do corpo, ele constatou que o falecimento foi derivado de um ferimento na cabeça.

Posteriormente, surge a figura do Árbitro na Índia Antiga que após ser eleito pelas partes, titularizava função dupla, ou seja, era perito e juiz ao mesmo tempo. Como perito, o árbitro examinava o estado das coisas e fazia as vistorias nos lugares em que necessitava de um aval técnico. Já como juiz, ele emitia uma decisão “judicial”, a qual deveria ser homologada pela pessoa que detinha o poder real dentro do sistema de castas indiano.

No primitivo direito romano, é estabelecida a figura do perito, em que apesar de ter uma imagem semelhante ao do Árbitro, possuía conotações mais claras sobre a sua função. Ou seja, nos casos em que necessitava de conhecimentos especializados para tratar do assunto controvertido, o magistrado delegava a sua competência a homens (Arbiter) que possuíam entendimento técnico capaz de solucionar a lide. Por conta disso, o próprio laudo emitido pelo Arbiter era na verdade a própria sentença.

Com a queda do Império romano do ocidente, houve um declínio do direito romano, haja vista que as províncias do império sofriam com as invasões bárbaras, principalmente em Roma onde ocorreu um dos maiores saques dos invasores neste período de 410 d.C. Como consequência a isto, houve o declínio do direito romano. Para tanto, era necessário ressurgir tal direito. Logo, a Igreja Católica recomeça os estudos para reconstrução do direito romano, a partir de textos filosóficos dos pensadores gregos, principalmente de Aristóteles, os evangelhos da Bíblia, textos de Justiniano, etc. Como resultado a isto, surge o Direito Canônico, o qual serviu de base para criação legislações civis e o surgimento do Direito.

Com o passar dos anos, tais legislações evoluíram a situação do expert frente ao juízo, sendo a imagem de perito totalmente dissociada do Árbitro. Agora, quando o magistrado se depara com casos que precisam de um estudo técnico e/ou científico irá requerer (ou as partes) os serviços do perito, sendo este um auxiliar da justiça. Logo, o resultado concretizará em um laudo, o qual terá a posição de prova que servirá para elucidação dos fatos, e não mais como sentença final.

3.3.1 Requisitos para escolha do perito

Existem requisitos para escolha dos peritos. No Código de Processo Civil de 1973, no artigo 145, §1º tratava que o perito deveria ser um profissional de nível universitário, inscrito no órgão de classe. Mas com o passar do tempo foi observado que existiam certos casos em que as perícias necessitavam de determinados conhecimentos especializados que os peritos com o diploma universitário não detinham.

Entretanto, no art. 156, §1º do CPC, foi estabelecido que o perito deve ser um profissional legalmente habilitado, dessa forma ampliando o leque de profissionais que poderiam atuar como expert, desde que tenham o conhecimento especializado. Por exemplo, indivíduos que possuem certificados de cursos profissionalizantes oferecidos pelo Serviço Social da Indústria (SESI) são habilitados para atuarem como auxiliares da justiça.

No que tange a identificação de quem possa funcionar como perito, a obrigatoriedade do cadastro prévio, no qual trata-se da escolha do perito dar-se-á através de uma lista vinculada ao tribunal. Para a formação desse cadastro será feito primeiro uma consulta pública, que será divulgada no site do tribunal e/ou em jornais de grande circulação, além de consulta direta a universidades, a conselhos de classes, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil. Essa consulta pública tem a finalidade de indicar quais são os profissionais e órgão técnicos que estão interessados em atuar na função de perito, estando de acordo com o artigo 156º, §2º, Código de Processo Civil.

Após isso, os profissionais interessados serão avaliados e selecionados a partir de critérios objetivos como experiência, credibilidade, etc. Com seus nomes organizados em uma lista de cadastros dos peritos do tribunal. Esse procedimento visa garantir a formação de um perito natural, que será imparcial e livre de escolhas pessoais direcionadas pelo juiz ou por uma das partes isoladamente.

A partir desse momento é feito um cadastro e cabe aos tribunais realizar avaliações e reavaliações periódicas para a manutenção da lista e para se certificar da qualidade dos peritos. Nas localidades em que não houver pessoas inscritas no cadastro, a nomeação do perito é de livre escolha do juiz, como está previsto no art. 156, §5º, CPC.

Apesar da apuração do perito não ser feita por meio da seleção dos litigantes, é mister ressaltar que o Código Processo Civil, no art. 471, caput, traz o instituto da perícia consensual. Consistente em um negócio jurídico processual, ou seja, as partes, em comum acordo, escolhem o profissional especializado que irá atuar como perito da causa, indicando-o

por meio de um requerimento. Para que isto ocorra, o artigo 471º, I e II, do CPC, exige dois requisitos, sejam plenamente capazes e que o objeto da lide comporte autocomposição.

Este instituto é um procedimento mais célere e de confiança entre as partes, pois escolhem o perito, depositando neste a fidúcia, o qual irá trabalhar de forma mais cooperativa com os devidos assistentes técnicos dos litigantes. Como resultado disto, as dúvidas e questionamentos dos conflitantes a respeito do objeto estudado seriam menores, como também haveria a redução do tempo dos atos de comunicação, pois as datas das diligências seriam previamente estipuladas, logo sendo célere o resultado da perícia.

Ainda tratando da perícia consensual, é necessário comentar sobre a substituição da perícia consensual pela perícia feita pelo expert indicado pelo juiz. Inicialmente, o art. 471, §3º, CPC, garante que para todos os efeitos a perícia consensual irá substituir a realizada pelo perito nomeado pelo juiz. Neste entendimento, assinala Bueno (2015, p. 340): “Esta escolha – que o próprio CPC de 2015 chama de perícia consensual – substitui, para todos os fins, a prova pericial que seria realizada por perito nomeado pelo magistrado na forma tradicional”.

Porém, para Avelino (2015, p. 78), o sentido de substituição teria uma conotação diferente, pois seria necessário que houvesse uma perícia tradicional para que de fato a perícia consensual viesse a substituir. Por esta ideia, compreende que, como na escolha do perito consensual ainda não fora selecionado um profissional especializado pelo juiz, então o laudo daquele não poderá substituir a perícia deste, porque ela ainda não existe no processo. Mediante a isto, Avelino (2015, p. 78) assera:

Quanto ao §3º, deve ser lido com atenção. A perícia consensual não substituir a que seria realizada pelo juiz, mas, em verdade, trata do objeto que esta trataria. É questão lógica: só se substitui o que já existe e, no caso, a perícia que seria realizada pelo perito nomeado pelo juiz ainda não existe no processo, conquanto ainda não realizada. Assim a perícia consensual torna desnecessária a perícia que seria realizada pelo perito nomeado através do procedimento geral.

O motivo de o legislador ter instituído o cadastro prévio foi por causa da neutralidade e imparcialidade que o expert deve ter durante o processo, para que o resultado da perícia seja a mais elucidativa e corrobora para a verdade real da causa. Esta lista possibilitaria que houvesse uma distribuição de peritos de forma equitativa e igualitária entre as varas, dificultando assim a existência de “reserva de peritos”.

3.3.2 Funções do perito

Inicialmente, o perito é especializado em determinada área e tem como função auxiliar o juiz, através do registro de seus estudos e suas impressões técnicas sobre o fato analisado. Sobre este, a perícia poderá recair sob os fatos passados ou presentes. Neste caso, chamasse de perícia indireta, aquela que é baseada em fatos pretéritos, dos quais deixaram vestígios. Em contrário sensu, chamasse de perícia direta, aquelas realizadas diretamente sobre o objeto no fato presente. Dito isso, o estudo feito é repassado para o magistrado e para as partes por meio de um laudo pericial, que é o documento utilizado pelo perito para responder indagações e relatar todo o estudo científico feito para chegar à conclusão.

Dessa forma, a função do perito no processo é ser um agente auxiliar do magistrado e não seu substituto, ou seja, atuando como um profissional imparcial e não emitindo juízo de valor, haja vista que não compete a ele decidir sobre a questão de mérito da causa, mas emitir os seus conhecimentos técnicos ao juízo a fim de sanar e solucionar algum assunto que precise de elaboração mais especializada, da qual o magistrado não detém. A respeito de como funciona esta atuação pericial, é necessário compreender a definição sobre o exercício da função realizada pelo expert dentro do processo. Mediante a isto, Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 264) expõem que o perito exerce dois tipos de funções, como:

Tomando como critério a função desempenhada, fala-se em dois tipos de perito: i) o perito percipiente, que é aquele que percebe os fatos com apurado senso técnico, para noticiá-los ao juiz – figura que se assemelha à testemunha; e ii) o perito judicante, que não só narra os fatos, mas também lança um parecer técnico especializado.

Com isto, pode-se compreender que quando o técnico especializado exerce a função de perito percipiente, ele estará atuando como perceptor e relator dos fatos, sendo estes emitidos ao juiz sob a ótica técnica e científica. Apesar desta função ter o caráter de ciência dos fatos, não se poderá confundir com a função que exerce a testemunha, pois esta narra os fatos ao magistrado a partir da sua percepção sensorial, ou seja, pelo que ouviu, viu e/ou, tocou, diferentemente, da atuação narrativa do expert, a qual percebe os fatos e comunica-os ao juiz sob a perspectiva técnica.

Além disso, Cintra (2000, p. 201) traz outros critérios distinguem as funções do perito e testemunhas. Primeiro, sobre os fatos relatados, esta não tem nenhum dever de narrar o ocorrido fundado em conhecimento técnico, já aquele tem. Segundo, sobre a fungibilidade, a testemunha – em regra – é infungível, ou seja, não poderá ser substituída, uma vez presente no rol de testemunhas, salvo os casos previstos no art. 451, CPC. Já o expert poderá ser

substituído como prevê o art. 468, CPC. Também existe um outro critério, o qual seria que a testemunha narra os fatos passados, enquanto profissional técnico verifica, analisa e opina sobre os fatos presentes, visto que os resultados obtidos deverão estar atualizados e postos no tempo atual.

Há discussão a respeito da possibilidade de o perito ser também testemunha da causa em que atua. De acordo com o art. 148, II, CPC diz que seria aplicado aos auxiliares da justiça os mesmos motivos de suspeição e impedimento do juiz, previsto no art. 144, CPC. Diante do exposto, no inciso I, última parte, do art. 144, CPC, trata que o juiz estaria impedido de exercer a sua função naqueles processos em que prestou depoimento como testemunha. Em face deste motivo, também se poderia aplicar tal impedimento aos peritos.

Porém, Cintra (2000) tem um entendimento contrário, pois ele entende que existe a possibilidade de o perito ser testemunha na causa em que atua, visto que ele presenciou os fatos. Neste caso, ele explica que poderia ocorrer tal situação, desde que não houvesse incompatibilidade. Neste contexto, expõem Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 398) que: “O perito pode ter presenciado o fato, mas sua função (caso admissível) não será de relatar o fato (função da testemunha), mas a de realizar juízo fundado em seu conhecimento técnico especializado”.

Ou seja, mesmo que o perito tenha presenciado o fato, ele não tem a função de relata-los, mas de emitir um juízo técnico e científico sobre eles. Exceto nos casos em que o juiz permite que o próprio expert deponha sobre o ocorrido, ou seja, possa somente narra-lo, visto que ele o presenciou, concomitante, poderia ajudar na elucidação dos fatos. Por isso, seria admissível caso o perito pudesse também exercer a função de testemunha no processo.

Já no que se refere ao perito judicante, pode-se entender que quando o expert atua nesta função, ele tanto irá emitir ao juiz os fatos com a devida fundamentação técnica, como também terá o dever de promover o resultado destes fatos mediante um parecer técnico, o qual será chamado de laudo pericial.

3.3.3 Assistente técnico

Perito, conforme destacado em itens anteriores, é de confiança do juízo e imparcial. Porém, as partes e terceiros interessados, podem necessitar para acompanhar se os trabalhos realizados pelo perito, que, a priori, possui não apenas a confiança do juiz, mas também, das partes e dos terceiros interessados, foi ou está sendo realizado de forma correta. Então, da mesma forma que o magistrado não possui conhecimento técnico ou científico para

realizar a perícia, as partes passam a necessitar de alguém que lhes represente em juízo, para o acompanhamento da realização da perícia e avaliação dos termos apresentados pelo perito no laudo pericial, surgindo, dessa forma, a figura do assistente técnico.

O assistente técnico deve ser escolhido pelas partes para registrar seu juízo técnico sobre o fato estudado, ele vai acompanhar e fiscalizar a perícia, mas será um auxiliar das partes e não do juiz. Nesse entendimento, confirma Avelino (2015, p. 76): “Os assistentes técnicos atuam como verdadeiros fiscais do perito, tanto na aplicação da técnica quanto na interpretação dos resultados obtidos”.

Dito isso, como assinala o art. 465, §1º, I, CPC, cabe as partes indicar os seus respectivos assistentes técnicos dentro do prazo de 15 dias contados a partir da data de intimação da nomeação do perito. Os assistentes não são obrigados a ser imparcial, ao contrário, visto que, ele é escolhido pelas partes pode manter uma parcialidade.

De acordo com o art. 466, § 1º, CPC, o assistente não sofrerá suspeição ou impedimento, haja vista que o seu papel é de emitir um parecer manifestando sua concordância com o laudo pericial, ou discordando daquele cabendo ao juiz avaliar tal parecer. A participação dos assistentes técnicos na perícia não é obrigatória, sendo opcional para as partes indicá-los ou não.

Vale ressaltar, que o instrumento utilizado pelo assistente técnico é o parecer técnico e não um laudo pericial, visto que este é formulado exclusivamente pelo perito. Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 275) ensinam que:

O assistente técnico é um auxiliar da parte, estando excluído do rol de sujeitos submetidos às hipóteses de impedimento e suspeição.

Cabe a ele registrar seu juízo técnico ou científico no chamado parecer técnico, quando pode manifestar: i) concordância com o laudo pericial, ratificando-o e subscrevendo-o; ou ii) discordância, quando deverá elaborar outro com críticas, raciocínios e conclusões diversas.

Se o juiz, sob o argumento de que a perícia é complexa, nomear mais de um perito, as partes terão o direito de indicar mais de um assistente técnico (art. 475).

No caso de haver divergência entre o parecer técnico formulado pelo assistente técnico e o laudo pericial feito pelo perito, este profissional terá um prazo de 15 dias, depois de protocolado o laudo em juízo, para esclarecer o ponto que está em discordância, como está previsto no art. 477, §2º, II, CPC.

Ademais, o assistente técnico, uma vez assumido o encargo, não pode ser substituído, salvo se por motivo de força maior, como assinala o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

ASSISTENTE TÉCNICO. SUBSTITUIÇÃO. A Turma não conheceu o REsp, mantendo o acórdão recorrido, afirmando que o assistente técnico, depois de intimado, sem recusar o encargo, não pode ser mais substituído, salvo motivo de força maior. Ressaltou o Min. Relator que este Superior Tribunal já enfrentou a tese da substituição do assistente técnico pela parte após a vigência da Lei n. 8.455/1992, que deu nova redação ao art. 424 do CPC, no mesmo sentido do acórdão a quo. Precedente citado: REsp 45.491-SP, DJ 14/4/1997. REsp 655.363-SC, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 4/12/2008. (BRASIL, 2008).

Por fim, vale entender que o perito tem o dever de assegurar aos assistentes técnicos o acesso as diligências, para que eles possam acompanhá-las e comunicar as partes, pois por deles, estas participam da realização da perícia. Logo, como prevê o art. 466, §2º, CPC, é preciso que o expert faça a prévia comunicação nos autos, sendo no mínimo cinco dias de antecedência, sobre a realização das diligências periciais.

3.4 Despesas processuais

Inicialmente, no tocante às despesas da produção da prova pericial, temos os honorários periciais devidos aos peritos por ser trabalho técnico realizado e ressarcimento dos gastos que este o teve para produzir a referida prova.

O artigo 95, do Código de Processo Civil, aduz que cada parte arcará com as despesas referentes ao assistente técnico que assisti-la, com isso, entende-se que a parte requereu assistente técnico deve pagar por ele. Nesse mesmo artigo, determina que parte que solicitar a produção da perícia deve pagar os honorários do profissional, e ainda, determina que as partes deverão ratear pela metade os honorários periciais se ambas requerem a perícia ou o juiz determiná-la de ofício.

No entanto, os beneficiários da justiça gratuita são isentos do pagamento de custas e despesas processuais, estando a perícia inclusa nessa seção. Desse modo, Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 292) determinam que:

Mas a parte beneficiária da justiça gratuita está isenta de custas e despesas processuais, inclusive as despesas relacionadas à perícia (art.98, §1º, V, VI e VII). Daí o art. 95, §3º, CPC, dispor que, nestes casos, a perícia poderá ser custeada: i) com recursos alocados ao orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder judiciário ou por órgão público conveniado; ii) por recursos alocados ao orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, quando realizada por perito particular, sendo o valor devido fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça. Ressalva o art. 95, §5º que, na aplicação desta regra, é vedada a utilização de recursos do fundo de custeio da Defensoria Pública. Transitada em julgado a decisão definitiva da causa, a Fazenda Pública será ficada para que promova execução contra a parte sucumbente exigindo valores gastos com a realização de perícia por perito particular ou com a utilização de agente público. Ainda que a parte sucumbente seja a beneficiária da

gratuidade, a execução deve ser promovida, tendo em vista que o art. 98, § 2º, CPC, prevê que a gratuidade não afasta a responsabilidade pelas verbas sucumbenciais.

Como o perito exerce uma função pública também, havendo qualquer problema no adiantamento dessa sua remuneração, deverá esperar pelo final do processo para o recebimento de seus honorários.

Houve uma inovação em relação ao código de processo civil passado, no tocante ao procedimento de determinação da quantia do honorário recebido por esse profissional. No antigo Código, não havia essa previsão. Porém, com o novo Código de 2015, o perito, ao ser intimado, terá o prazo de cinco dias para mostrar sua proposta de honorário às partes ou à respectiva parte. Depois disso, as partes devem notificar se concordam ou não com o valor proposto, no prazo de cinco dias também.

Como se trata de perícia consensual, o valor proposto pelo perito deve ser o acordado. Nesse quesito, o silêncio das partes configura-se como ratificação tácita. Se as partes, ainda assim, não concordarem com o valor, ou não participarem de perícia consensual, deverá o juiz ajustar o valor, bem como o tempo necessário, o nível de dificuldade, e a qualidade e o caráter objetivo da perícia. Deve ser observado o interesse das partes minimamente. Depois de combinado o valor dos honorários, o magistrado deve intimar as partes para o adiantamento ou não desses honorários.

O artigo 465 do Código de Processo Civil, determina que pode o juiz declarar válido a possibilidade que os honorários do perito sejam pagos em até 50% (cinquenta por cento) antecipadamente, e é o que geralmente acontece. Há até mesmo consequências para o inadimplemento dessa solicitação do juiz. Uma delas é que, se não realizado esse depósito de honorários provisórios ou definitivos, o magistrado deve dispensar a realização da prova pericial, tendo a parte ou ambas as partes que arcarem com esse ônus. Já se a prova foi solicitada de ofício e as partes assim não realizarem o depósito, incidirá no pagamento de multa por desacato, à ordem judicial.

Por isso, a parte que foi vencida deve pagar o profissional, perito, sob pena de execução forçada. Há também uma outra inovação no Código de Processo Civil, nesse sentido expõe Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 295):

O CPC-2015, em seu art. 465, § 5º, prevê que os honorários periciais judicialmente fixados poderão ser reduzidos se o resultado da perícia for incompleto ou falho. Como o serviço é imperfeito, a remuneração deve ser proporcionalmente diminuída, até porque certamente será necessária a designação de outro profissional, órgão ou empresa para complementar, consertar ou refazer o trabalho. É regra inexistente no regime anterior.

Assim, as despesas com a produção pericial no processo civil são arcadas pelas partes, mesmo quando essas não a requerem, caso do juiz de ofício determinar a produção da perícia. Outro ponto importante desse assunto, refere-se ao beneficiário da justiça gratuita, que são os hipossuficientes, ou seja, aqueles que não têm condições de arcar com as despesas processuais sem ensejar em prejuízo para a subsistência. Com isso, o hipossuficiente não tem obrigação de custear a perícia.

3.5 Prova pericial e o princípio da persuasão racional do juiz

No Brasil, o sistema adotado é o que permite a valoração da produção probatória pelo órgão julgador, de acordo com cada caso concreto. Desse modo, nesse sistema as provas não possuem um valor predeterminado pelo legislador. E o chamado convencimento motivado ou persuasão racional.

Entretanto, se as provas possuísem um valor a priori, o sistema adotado seria o denominado prova legal. Consiste no legislador atribuir previamente o valor de cada prova e o órgão julgador apenas constatar a produção da prova e atribuir o valor determinado pela legislação.

Porém, o sistema de convencimento motivado se justifica como sendo modo de evitar arbitrariedades por parte dos magistrados e facilitar o controle das decisões judiciais.

No código de processo civil antigo, enunciava que o juiz apreciará livremente a prova, porém no atual código a palavra livre fora retirada, haja vista, ser mal compreendido pois era como se não houvesse limites a valoração.

Isto posto, o juiz deve motivar a decisão, porém essa motivação deve ser de forma racional, Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 103) ensinam:

A motivação deve ser racional: deve partir de cânones racionais comumente aceitos e reconhecidos no contexto da cultura média daquele tempo e daquele lugar em que atua o órgão julgador. Não se confunde com uma ciência exata ou com a lógica absoluta da matemática pura. O que se espera é que atenda às regras de validade da argumentação e do raciocínio jurídico.

O seu principal objetivo é racionalmente a decisão, de modo que seja possível controlar também a racionalidade dessa justificativa. O juiz não deve produzir um discurso superficial, meramente retórico, vazio de conteúdo, ao qual se adere por emoção, gerando um consenso irracional. A decisão não deve ser encarada como resultado de adivinhação, de um jogo de dados ou da interpretação do voo dos pássaros, de acordo com o sugestivo exemplo de Michelle Taruffo.

Destarte, no Brasil, não se admite decisões baseadas em critérios religiosos ou místicos, pois a motivação das decisões deve se dar forma racional pelo magistrado.

Em relação a prova pericial e esse sistema ou princípio que é o denominado de persuasão racional do juiz, tem-se que após realizada a perícia deve o magistrado avaliar ou valorar o resultado obtido.

Então, com o laudo pericial, o juiz vai analisar se vai acolher ou não as conclusões expostas pelo perito, ou seja, o magistrado não fica adstrito às considerações do laudo pericial. Nesse sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015) lecionam:

Quanto à valoração da perícia, é certo que não fica o juiz adstrito às conclusões do perito. Tendo aplicação o princípio da persuasão racional (art. 479), pode o juiz, para julgar o mérito, fundar-se em prova que aponta em sentido contrário à prova pericial, desde que fundamente o seu julgado, demonstrando as razões que o levaram a desconsiderar o resultado da prova pericial.

Então, para que haja a desconsideração da perícia é necessário que o juiz exponha claramente as razões dessa decisão, ou seja fundamente. Se faltar o controle da prova pericial configura vício de fundamentação, podendo gerar nulidade da decisão.

Desse modo, a prova pericial no sistema processual brasileiro é muito importante e possui como fonte pessoas e coisas e tem como espécies o exame, a vistoria e a avaliação. O perito é o agente capaz que realiza a perícia e elabora o laudo pericial. Já o assistente técnico é escolhido pelas partes para acompanhar o perito na produção da prova, porém este atua no processo de forma parcial. No tocante às despesas, quem suporta é a parte vencida, salvo se beneficiária da justiça gratuita. Por fim, ressalta-se que o juiz não é obrigado a ficar vinculado às conclusões do laudo pericial, podendo fazer juízo de valoração de modo motivado para se desvincular da perícia.

4 A PROVA PERICIAL ENTRE OS SISTEMAS PROCESSUAIS CIVIL COMUM E O SISTEMA PROCESSUAL TRABALHISTA: UMA COMPARAÇÃO NORMATIVO – JURISPRUDENCIAL

Neste capítulo, a prova pericial, que é meio de prova, continuará sendo estudada como no capítulo anterior, porém de forma diferente. O enfoque deste capítulo é fazer um comparativo entre os sistemas processuais civil e trabalhista em relação a prova pericial; como está regulamentada após a reforma trabalhista; se os dois sistemas processuais são independentes, elencando as semelhanças e diferenças dos dois sistemas na prova pericial; quem é o sucumbente da produção probatória no processo trabalhista; e por fim a oneração pericial probatória e aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

4.1 Princípio da subsidiariedade do processo civil ao processo do trabalho e a prova pericial

Conforme Leite (2017), o nascimento do direito processual trabalhista está inerentemente ligado a uma necessidade de se criar e se efetivar um sistema de acesso à justiça que fosse, ao mesmo tempo, simples, célere e de baixo custo para os seus atores sociais (empregados e empregadores).

Diante deste cenário, se fez necessário inserir na CLT uma cláusula para conter a aplicação irrestrita das normas processuais gerais contidas no CPC, o qual só são aplicadas estas normas gerais, subsidiariamente, em situação de lacuna no sistema processual trabalhista vinculado a uma condição: compatibilidade da norma geral processual com os princípios peculiares do processo do trabalho, conforme está posto no art. 769 da CLT.

No âmbito probatório, em específico, no que tange a regulamentação da prova pericial na CLT, esta traz apenas uma disposição legal.

4.1.1 Disposições específicas da CLT em sede de prova pericial

Como no processo civil, o juiz trabalhista também precisa, em alguns casos, de conhecimentos técnicos ou científicos que extrapolam o conhecimento do homem médio. Sob essa ótica, explica Schiavi (2017), o magistrado é um técnico em direito, escolhido, em regra, por concurso público. Porém, o processo é destinado a controvérsias dos mais variados campos do saber, fugindo do âmbito jurídico. Dessa maneira, para que seja resolvida a lide, o

juiz se vale do perito, profissional que auxilia o magistrado e que possui conhecimento especializado, para a produção pericial.

A perícia, na CLT, está disposta, principalmente, no artigo 790-B. O caput, determina que a parte que perder a lide, ou seja, o sucumbente, deverá pagar os honorários periciais. Destaca-se que mesmo o beneficiário da justiça gratuita, isto é, aquele que não tem condições de pagar as custas processuais sem comprometer orçamento familiar, poderá ser cobrado pela perícia.

Com isso, para que o hipossuficiente possa ser cobrado dos honorários periciais, é necessário que este tenha obtido créditos processuais capazes de suportar a referida despesa. Esses créditos, são valores recebidos pela parte por ter ganho outro processo, então em vez de receber, serviram para pagar a perícia de outro processo. A inclusão dos beneficiários da justiça gratuita é uma alteração trazida pela Reforma Trabalhista.

Entretanto, se o beneficiário da justiça gratuita não possuir os referidos créditos, a União que arcará com as despesas periciais como já acontecia antes da Reforma. Entendimento firmado pelo parágrafo 4º do artigo supramencionado.

Com esse entendimento, a doutrina diverge acerca da constitucionalidade da cobrança de honorários periciais aos beneficiários da Justiça Gratuita, contudo ainda não houve qualquer alteração do artigo 790-B da CLT, estando por esse motivo em vigência.

O parágrafo primeiro do referido artigo estabelece um limite para o valor da perícia no qual o magistrado não pode ultrapassar, sendo este limite estipulado pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Antes da Lei 13.467, não havia limitação quanto ao valor que o juiz arbitrava em sede de honorários periciais.

Outra alteração da Reforma Trabalhista, foi a criação da possibilidade de parcelamento da verba. Disposto no parágrafo segundo.

Além do mais, vetou expressamente, no parágrafo 3º, a possibilidade de solicitação de honorários prévios. Prática muito comum antes da Lei, pois os juízes determinavam o recolhimento dos honorários previamente a empresa reclamada para viabilizar a perícia, o não pagamento poderia gerar eventuais desgostos ao perito que eventualmente culminaria em uma conclusão desfavorável à empresa. Nesse sentido, explicam Cassar e Borges (2018, p. 98):

O adiantamento dos valores da prova pericial é facultativo, logo, a parte que desejar produzir a prova poderá fazê-lo. Se não o fizer, não estará obrigado a aceitar o encargo para receber ao final da lide. A novidade trazida no § 3º do art. 790-B da CLT tem amparo na jurisprudência - OJ 98 da SDI-2 do TST. Assim, o

adiantamento compulsório (ou provisional) dos honorários periciais está vedado pelo § 3º do artigo em estudo.

Outro dispositivo que aborda o tema prova pericial na CLT é o 195. Este artigo traz os adicionais de insalubridade e periculosidade e determina que o juiz deve nomear perito quando a parte solicitar esses adicionais, positivado no parágrafo segundo.

4.1.2 Omissão legislativa consolidada e compatibilidade do sistema do processo comum

Inicialmente, cumpre destacar que nenhum ordenamento jurídico será completo no sentido de exaurir em normas todas as situações jurídicas presentes no cotidiano. O ordenamento jurídico pátrio não é diferente, por mais que o sistema brasileiro seja considerado um dos mais completos no âmbito mundial, existem lacunas que precisam ser sanadas para que os conflitos possam ser sanados.

Com isso, é importante frisar também que dentro do ordenamento jurídico pátrio há sistemas que são mais completos que outros. Exemplo disso é o sistema processual civil ser mais completo em alguns assuntos que o sistema processual trabalhista, apesar de esse ser mais específico por se aplicar apenas na relações trabalhistas.

Conforme o Código de Processo Civil, no seu artigo 15º, na ausência de norma específica trabalhista, eleitoral ou administrativa deverá ser utilizado subsidiariamente e supletivamente o processo civil. Contudo, a doutrina não é uniforme em relação aos vocábulos supletivo e subsidiário. Segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa: subsidiário “[...] é o que subsidia, ajuda, socorre” (INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS, 2001, p. 2.608), enquanto que supletivo “[...] é o que completa ou que serve de suplemento” (INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS, 2001, p. 2.642).

Nesse sentido Schiavi (2017, p. 40, grifo nosso) expõe:

Para nós, as expressões *supletiva* e *subsidiária*, devem ser aplicadas do seguinte modo ao processo trabalhista:

a) supletivamente: significa aplicar o CPC quando, apesar da lei processual trabalhista disciplinar o instituto processual, não for completa. Nesta situação, o Código de Processo Civil será aplicado de forma complementar, aperfeiçoando e propiciando maiores efetividade e justiça ao processo do trabalho. Como exemplos: hipóteses de impedimento e suspeição do Juiz que são mais completas no CPC, mesmo estando disciplinadas na CLT (art. 802, da CLT); ônus da prova previsto no CPC, pois o art. 818 da CLT é muito enxuto e não resolve questões cruciais como as hipóteses de ausência de prova e prova dividida; o depoimento pessoal previsto no CPC, pois a CLT disciplina apenas o interrogatório (art. 848 da CLT), sendo os institutos afins e propiciam implementação do contraditório substancial no processo trabalhista etc.;

b) subsidiariamente: significa aplicar o CPC quando a CLT e as leis processuais trabalhistas extravagantes não disciplinarem determinado instituto processual. Vale

dizer: há ausência total de previsão de institutos processuais na legislação processual trabalhista. Exemplos: tutelas de urgência, ação rescisória, ordem preferencial de penhora, hipóteses legais de impenhorabilidade etc.

Dessa forma, Iniciou uma discussão doutrinária se o artigo 15º do Código de Processo civil teria revogado o artigo 769º da CLT, por ser mais recente cronologicamente.

Esse artigo da CLT determina que o processo comum será fonte subsidiária do Direito Processual do Trabalho, desde que respeite dois requisitos cumulativos: omissão da CLT e compatibilidade de princípios e regras. Então a CLT previa apenas a subsidiariedade, com o CPC ficou mais abrangente, haja vista, continuar com a subsidiariedade do processo civil e acrescentar a supletividade.

Dentro da parte da doutrina que defende a revogação do artigo 769º, da CLT temos a visão de Meirelles (2015, p. 98-99):

Primeiro é preciso deixar claro que o art. 15 do novo CPC não é uma regra de processo civil. Este dispositivo, em verdade, é regra de direito processual do trabalho, de processo judicial eleitoral e de processo administrativo. O art. 15 do CPC, aliás, não se aplica ao processo civil em sentido restrito. Daí, então, surge o questionamento, neste caso ele teria revogado o art. 769, da CLT? [...] A CLT, em seu art. 769, regula a aplicação subsidiária do direito processual comum no processo do trabalho. Já o art. 15 do novo CPC passou a tratar da mesma matéria relativa a aplicação subsidiária de regras processuais ao processo do trabalho. Logo estaria revogado o art. 769 da CLT. Antes, conforme o art. 769 da CLT, subsidiária era a regra do “direito processual comum”. Agora é o CPC. Antes, apenas se aplica a regra subsidiária, o que pressupõe uma omissão absoluta. Agora, aplicam-se as regras do CPC subsidiária ou supletiva. Assim, tem-se que o art. 769, da CLT está revogado em face do art. 15 do novo CPC a partir da vigência deste. Isso porque este novo dispositivo trata da mesma matéria regulada no art. 769 da CLT.

Porém, o artigo. 15º e o CPC exerçam influência no processo do trabalho não há revogação do artigo 769 da CLT, uma vez que, pelo princípio da especialidade, as normas do Processo Civil, gerias não invalidam as normas do Processo do Trabalho, especiais. Outrossim, o direito processual do trabalho, como mencionado acima, apresenta autonomia científica e possui seus princípios peculiares que devem ser respeitados.

Nessa perspectiva, Schiavi (2017, p. 41, grifo nosso) explica:

Além disso, pela sistemática da legislação processual trabalhista, as regras do Código de Processo Civil somente podem ser aplicadas ao processo trabalho, se forem compatíveis com as principiologias e singularidades do processo trabalhista. Assim, mesmo havendo lacuna da legislação processual trabalhista, se a regra do CPC for incompatível com as principiologias e singularidades do processo do trabalho, ela não será aplicada.

O art. 15 do novel CPC não contraria os arts. 769 e 889 da CLT. Ao contrário, com eles se harmoniza.

Desse modo, conjugando-se o art. 15 do CPC com os arts. 769 e 889 da CLT, temos que o Código de Processo Civil se aplica ao processo do trabalho da seguinte forma: **supletiva e subsidiariamente, nas omissões da legislação processual trabalhista,**

desde que compatível com os princípios e singularidades do processo do trabalho.

Nesse sentido, também ensina Teixeira Filho (2016, p. 49):

O art. 15 não tem eficácia derogante do art. 769, da CLT, sabendo-se que esta na parte processual, constitui *norma específica* para solucionar os conflitos de interesse que são da competência constitucional da Justiça do Trabalho (LINDB, art. 2o, §§ 1o e 2o). Destarte, não basta que o processo do trabalho seja omissivo em relação a determinado tema, a adoção de norma do processo civil somente será lícita *se não for incompatível* com o processo do trabalho (CLT, art. 769) – não apenas do ponto de vista da literalidade das disposições deste, mas de seus princípios essenciais.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST), de modo semelhante, editou a Instrução Normativa n. 39/16, que em seu art. 1º, expõe:

Aplica-se o Código de Processo Civil, subsidiária e supletivamente, ao Processo do Trabalho, em caso de omissão e desde que haja compatibilidade com as normas e princípios do Direito Processual do Trabalho, na forma dos arts. 769 e 889 da CLT e do art. 15 da Lei n. 13.105, de 17.3.2015. § 1º Observar-se-á, em todo caso, o princípio da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, de conformidade com o art. 893, § 1º da CLT e Súmula n. 214 do TST. § 2º O prazo para interpor e contra-arrazoar todos os recursos trabalhistas, inclusive agravo interno e agravo regimental, é de oito dias (art. 6º da Lei n. 5.584/70 e art. 893 da CLT), exceto embargos de declaração (CLT, art. 897-A).

Da mesma forma, o Enunciado n. 1, do 1º Fórum Nacional de Processo do Trabalho (FNPT), *in verbis*:

NCPC, art. 15 e CLT, art. 769. Subsistência deste, em sua plenitude. autonomia do processo do trabalho. A cláusula de contenção ou norma principiológica, fundamental, do processo do trabalho, prevista no art. 769 da CLT, permanece hígida e incólume até pelo reconhecimento, no art. 15 do NCPC, da autonomia do processo do trabalho ou mesmo pela ausência de revogação expressa ou derrogação tácita daquele comando, notadamente pela impossibilidade de a lei geral revogar a lei especial (CLT). Resultado: aprovado por unanimidade. (FNPT, 2016).

Existe muita polêmica em relação às lacunas e à incompletude no âmbito do direito processual trabalhista. Três são as classificações das lacunas da legislação processual. Conforme a doutrina de Schiavi (2017), as lacunas se desdobram em três espécies: a) normativa, quando a lei não tem previsão em um determinado caso; b) ontológica, quando a norma é existente, mas não corresponde aos anseios sociais; c) axiológica, quando a norma existe mas seu conteúdo é considerado injusto, no campo dos valores, provocando uma decisão igualmente injusta.

Desse modo, segundo Schiavi (2017), deve-se utilizar o processo civil nos casos de omissão do processo do trabalho, em três hipóteses: quando houver omissão da CLT (lacunas normativas, ontológicas e axiológicas), sendo observado a compatibilidade das

normas do Processo Civil com os princípios do Direito Processualdo Trabalho; ainda que não haja omissão na CLT, sejam as normas do Processo Civil mais efetivas que as da CLT e compatíveis com os princípios do Processo do Trabalho; e por fim ao aplicar o Código de Processo Civil ao processo do trabalho, deve o juiz avaliar a justiça e a efetividade que a regra civilista propiciará ao processo trabalhista, bem como adaptá-lo às contingências do processo trabalhista. Ou seja, desde que respeitados os princípios e peculiaridades do sistema trabalhista, suprimindo as lacunas e tornado-o mais efetivo.

4.2 Alterações promovidas pela Lei 13.467 (Reforma Trabalhista) e diferenças com o Código de Processo Civil de 2015

Inicialmente, foi o Decreto-Lei nº 5.452 em 1º de maio de 1943 que criou a CLT. Está lei foi sancionada pelo então presidente Getúlio Vargas, durante o período do Estado Novo. Com a dinamicidade das relações trabalhistas a legislação tornou-se defasada, necessitando de alterações. Nesse sentido, a Reforma Trabalhista alterou mais de 100 artigos do ordenamento trabalhista pátrio.

A prova é tema de estudo também no processo trabalhista, sendo de extrema importância para o convencimento do juiz e das partes, e que dessa maneira atinja uma das finalidades do processo, qual seja a da pacificação social, pois partes e juiz teriam a certeza que pela prova produzida no processo, determinado fato realmente aconteceu, encerrando então a lide.

Tamanho é seu prestígio, que Santos e Hajel Filho (2018) elenca como um dos princípios, o chamado: princípio da necessidade da prova, que consiste em serem insuficientes as alegações feitas pelas partes para que seja demonstrada a verdade, sendo necessário que as mesmas sejam provadas, através dos diversos meios em direito admitidos.

Assim sendo, qual das partes teriam prejuízo se não produzissem provas, ou seja, quem teria o ônus de provar. Não é um dever, por esse motivo não se pode exigir o seu cumprimento. Porém, em regra a parte que tem o ônus probatório tem o interesse em se descobrir, ou seja, produzir a prova, para justamente não ficar em desvantagem.

Pode-se dizer então que é o encargo que se a atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato, podendo ser atribuído pelo legislador, sendo prévia, estática e invariável; pelo juiz ou por convenção das partes, sendo considera dinâmica, com base em cada caso concreto.

Nesse assunto, a Reforma Trabalhista trouxe mudanças que não estavam positivas mas que na prática já eram utilizadas. O artigo 818 antes da Reforma era sucinto, determinado que as provas das alegações incumbem à parte que o fizer. Schiavi (2017) explica o dispositivo:

Vários intérpretes se esforçavam para extrair o real alcance do art. 818 da CLT, mas não se chegava a um consenso sobre de quem seria a carga probatória no processo à luz da CLT. Inegavelmente, existiam alguns critérios: a) o ônus da prova no processo do trabalho é do reclamado, pois ele tem melhores condições de produzir a prova no processo; b) o ônus da prova é do reclamante, pois o autor tem a obrigatoriedade de demonstrar em juízo os fatos da inicial; c) tanto o reclamante como o empregado devem provar os fatos alegados tanto na inicial como na defesa; d) o reclamante deve provar os fatos constitutivos do seu direito, e o reclamado, os fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito do autor.

Antiga redação do artigo era incompleta e por isso de difícil interpretação. Problema esse que foi sanado com a nova Lei, que incorporou parte do artigo 373 do CPC. Isto posto, em relação ao ônus probatório, o sistema processual trabalhista se assemelha bastante com o civilista.

Sobre esse assunto, Schiavi (2017, p. 104) ensina:

De nossa parte, o texto legal faculta a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova nas quatro hipóteses alternativas que a lei destaca, mas o Juiz deve analisar com muita cautela e ponderar a situação concreta, para não onerar em demasia uma das partes e evitar que a parte a quem o ônus fora atribuído ficar em situação de impossibilidade ou excessiva dificuldade de produzir a prova.

No processo do trabalho, o Juiz ao sanear o processo na própria audiência, ou em outro momento processual, deve fundamentar a aplicação do ônus dinâmico da prova, antes do início da instrução processual.

Entretanto, sobre essa temática, pode ser elencado como diferença dos dois sistemas processualistas civil e do trabalho a prerrogativa do artigo 373, parágrafo terceiro, que autoriza a utilização de ônus dinâmico da prova, por meio de negócio jurídico processual, ou seja, as partes podem acordar como será feita essa distribuição probatória. Porém, nos casos em que recair sobre direito indisponível e tornar excessivamente difícil para uma parte o exercício do direito não é possível a convenção.

Outra divergência, ocorre no parágrafo segundo, do artigo 818, da CLT. Esse determina que a decisão que versar sobre distribuição dinâmica do ônus probatório deverá ser feita antes da instrução e implicará o adiamento da audiência.

4.3 Repercussões do ônus da sucumbência probatória após reforma trabalhista

Com a Reforma Trabalhista de 2017, o regramento que cuida da responsabilidade do pagamento das despesas decorrentes dos honorários do perito foram substancialmente alteradas.

Anteriormente, o regramento apenas cuidava da responsabilidade do pagamento, que é do sucumbente probatório, tendo como exceção se a parte for beneficiária da justiça gratuita.

Após a Reforma Trabalhista, o art. 790-B da CLT foi alterado, prevendo este novo regramento, com a inclusão de quatro parágrafos trazendo inovações legislativas.

4.3.1 Sucumbência probatória (perito e assistente técnico)

O critério utilizado pelo legislador celetista prevista no art. 790-B da CLT foi o da sucumbência na pretensão do objeto da perícia. Isto é, mesmo que o reclamante seja vencedor em todos os demais pedidos, será responsável pelo pagamento dos honorários periciais.

Deve-se atentar para o seguinte fato, o que determina a sucumbência na perícia não é o laudo de conclusão da perícia, e sim, a decisão judicial. Em outras palavras, ainda que a perícia conclua pela existência de insalubridade (p. ex.), se o juiz se convencer por outros meios de prova constantes nos autos e venha a julgar improcedente o pedido, o reclamante será sucumbente.

A exceção fica por conta do beneficiário da justiça gratuita, quando não tiver obtido proveito econômico capaz de suportar com os honorários periciais, ainda que em outro processo, a União será a responsável subsidiária pelos encargos.

Quanto aos assistentes técnicos, cada parte possui responsabilidade plena sobre seus honorários já que o assistente é um auxiliar da parte, não se submetendo ao rol de impedimentos e suspeições, consistindo seu trabalho em produzir questões e quesitos, fiscalizar a atuação do perito e elaborar parecer sobre o laudo do perito (SANTOS; HAJEL FILHO, 2018).

Nesse sentido, é o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho consubstanciado no enunciado 341 de sua súmula de jurisprudência: “Súmula 341 do TST – Honorários do Assistente Técnico. A indicação do perito assistente é faculdade da parte, a qual deve responder pelos respectivos honorários, ainda que vencedora no objeto da perícia”.

Nesse sentido, apontam Miessa et al. (2018) que o art. 84 do Código de Processo Civil impõe que a remuneração do assistente técnico está incluída nas despesas processuais, mas tal dispositivo não tem aplicabilidade no Processo do Trabalho, pois este tem regras próprias acerca das despesas processuais dispostas nos arts. 789, 789-A da CLT, não havendo omissão do legislador celetista apta a legitimar a aplicação subsidiária do CPC ao caso.

Na fase de conhecimento, mencionado anteriormente, a Sucumbência probatória é da parte que perder o objeto da perícia, porém sendo o resultado de sucumbência parcial, fica o reclamado a responsabilidade do pagamentos dos honorários periciais.

Já na fase de execução, que é mais comum a perícia contábil, o reclamado deve ser o encarregado pela remuneração do perito, haja vista, ser o motivo da perícia e de não haver sucumbência própria nessa fase. Contudo, nos casos em que o autor se utilize de má-fé, por exemplo, apresentando valores exorbitantes, muito acima dos fixados pelo perito, deve o reclamante ser o incubido pelos honorários periciais.

4.3.2 Dados do TST sobre a oneração pericial probatória

Diante da alteração do quadro legislativo apresentado, vieram reflexos no que tange a uma diminuição de proposituras de reclamações trabalhistas perante a Justiça do Trabalho, por razões de maior onerosidade processual (ônus sucumbenciais e o novo regime de custas no âmbito probatório).

Dessa forma, como o processo trabalhista se tornou mais oneroso e diante da crise econômica enfrentada pelo Brasil, os reclamantes passaram a ajuizar ações com menor quantidade de pedidos, retirando pedidos que sejam mais difíceis de provar sua veracidade para o magistrado.

Então, ações que necessitam de prova pericial obrigatória, pois o legislador obriga o requerimento, como os pedidos de adicional de insalubridade e periculosidade diminuíram mais da metade em relação ao ano anterior, ou seja, antes da reforma trabalhista, segundo pesquisa feita pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Ressalta-se que essa diminuição ocorreu também porque até mesmo os beneficiários da justiça gratuita se forem sucumbentes da perícia precisarão pagá-la com créditos processuais. No caso de os hipossuficientes não terem esse créditos a União ficará com o encargo.

Essa alteração legislativa está de acordo com parte da doutrina, tendo até mesmo jurisprudência nesse sentido no TRT da 2ª Região:

Honorários periciais. Sucumbência no objeto da perícia. Reclamante vencedor em outros pleitos. Possibilidade de dedução. O perito nomeado pelo Juiz é considerado um auxiliar da justiça (art. 149 do CPC de 2015), sendo certo que seu trabalho não se trata de *munus público*. Sua nomeação é necessária quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico (art. 156 do CPC de 2015). Nesses termos, sua remuneração será sempre devida — cujo arbitramento deverá ser moderado — considerando que seus honorários caracterizam-se como salário, posto estarem atuando no desempenho de sua profissão. A intenção do legislador, ao incluir a isenção dos honorários periciais entre os efeitos da concessão da gratuidade processual (art. 98, § 1o, VI, do CPC de 2015) é a de garantir o acesso à ordem jurídica justa, num patamar que obedeça ao devido processo legal substancial. Mas, sendo o reclamante vencedor em outros títulos da demanda trabalhista, a qual via de regra contém cumulação objetiva, nada impede que se deduza de tais créditos o valor dos honorários do perito, sem causar qualquer prejuízo ao acesso à justiça e sem precisar onerar os cofres públicos. (TRT-2, AI 0001998-52.2014.5.02.0027 SP, Rel. Maria Elizabeth Mostardo Nunes, 12ª Turma, DOE 02/09/2016).

Schiavi (2017, p. 82) aduz que “O ideal seria que a Justiça do Trabalho tivesse peritos concursados e remunerados pelo Estado, a fim de dar maior credibilidade à prova pericial e evitar todas as vicissitudes decorrentes do pagamento dos honorários periciais”.

Entretanto, não foram só os pedidos de adicionais de insalubridade e periculosidade que diminuíram. Os pedidos de danos morais por não serem objetivos e também mais complexos de se provar também reduziram, conforme essa mesma pesquisa do Tribunal Superior do Trabalho.

Dessa forma, se não forem encontrado meios de suprir essa oneração processual na justiça trabalhista, principalmente nos pedidos que exijam prova pericial obrigatória, pois os honorários periciais são bastante elevados tendo em vista se tratarem de profissionais com nível superior e ser a perícia, prova muito precisa e com elevado peso da decisão do magistrado, é possível que, no futuro, a Justiça do Trabalho possa vir a se extinguir.

4.3.3 Aplicação subsidiária do CPC para ilidir a prova pericial

De acordo com a pesquisa mencionada, ou seja com a elevada oneração probatória e diminuição dos pedidos de adicional de insalubridade e periculosidade, é necessário para que esse direito constitucional previsto aos trabalhadores não seja perdido, que se utilizem de outros meios probatórios para ilidir a prova pericial.

O código de processo civil no artigo 374 elenca alguns casos que não necessitam de prova. São os fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, os admitidos no processo como incontroversos e em cujo valor milita a presunção legal de existência ou veracidade.

Aroca (2002, p. 63) considera como notório aqueles fatos cujo conhecimento faz parte da cultura normal própria de um determinado grupo social no momento em que se produz a decisão judicial. Então, para ser considerado um fato como notório, não é necessário que a outra parte admita sua notoriedade, bastando que seja revelado dessa forma pela apreciação do juiz.

Os fatos para serem notórios devem ser relativos, conhecidos e não necessitam ter uma relação direta. Relativo pois o que pode ser conhecido para um grupo pode não ser para outro, não precisam ser conhecidos por todas as pessoas. Conhecido porém bastando que pela ciência pública ou comum pudesse ser conhecido. E por fim, basta que saiba que determinado fato aconteceu não necessitando ter uma relação direta, ou seja, viver na época da revolução industrial para saber que está aconteceu.

Sobre o tema ensina Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 55):

Uma coisa é afirmação do fato, outra coisa é a afirmação de sua notoriedade: a notoriedade também é um fato. A notoriedade é fato que pode ser reconhecida de ofício pelo magistrado, caso em que dispensará a prova da veracidade da afirmação do próprio fato que se reputa notório. No entanto, para conhecer de ofício a notoriedade, o juiz deve aplicar o art. 10 do CPC e intimar as partes para que se manifestem sobre o assunto. Além disso, o fato notoriedade torna-se incontroverso, dispensando a produção da prova.

Em relação aos fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária ou admitidos no processo como incontroversos, independem de outro meio de prova, pois a confissão que é um meio de prova já bastaria. Dessa forma, a parte que confessou determinado fato perde o direito de produzir prova sobre esse fato e a parte contrária fica liberada do ônus de prová-lo. Importante ressaltar que como outros meios de prova, a confissão não vincula o magistrado tendo o dever de valoração dos meios de prova.

Quanto aos fatos cujo valor milita a presunção legal de existência ou veracidade, significa que são as hipóteses em que o legislador prevê que são presumidamente existentes ou verdadeiros. Como por exemplo a recusa da parte a submeter-se a exame genético, entende-se que caso haja a renúncia o filho é presumido do genitor.

Todavia, não são somente os fatos que independem de prova que podem ilidir a elevada oneração probatória. Um modo de minimizar os custos com o processo e ainda respeitar os princípios norteadores do direito Processual do Trabalho, qual sejam celeridade e simplicidade processual é se utilizar da denominada prova emprestada.

A Consolidação das Leis do Trabalho não dispõe sobre prova emprestada porém é compatível Justiça do Trabalho por propiciar o acesso real do trabalhador à Justiça, tornar mais efetivo e buscar a verdade real.

Prova emprestada é a prova de um fato, produzida no processo seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, que pode ser translada para outro, por meio de certidão extraída daquele. Por ser uma prova que sua produção ocorreu em outro processo é necessário que só seja utilizada quando não ferir o contraditório.

Importante ressaltar que por conta do princípio da unidade da jurisdição, a prova emprestada pode ser produzida no Processo do Trabalho, mesmo que tenha sido colhida nas esferas criminais e cíveis ou até mesmo na Justiça Federal.

Outro modo de minimizar os custos com o processo é a utilização da prova documental. Esse meio de prova é produzido geralmente na fase de instrução com a juntada de documentos. O conceito de documento não está disposto na CLT, por esse motivo e tendo em vista o acesso à justiça e os avanços tecnológicos, documento é entendido como sendo mais amplo abrangendo todo objeto real corpóreo ou incorpóreo destinado a demonstrar os fatos em juízo. Abrangendo fotografias, gravações, instrumentos de trabalho etc.

Dessa forma, o processo trabalhista é caro e em muitos pontos é omissivo, por esse motivo que deve-se utilizar do processo civil sempre que houver compatibilidade com os princípios norteadores do direito do trabalho, para que os trabalhadores façam jus aos seus direitos constitucionalmente assegurados, sem que tenham que despendar uma enorme quantidade de dinheiro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prova possui papel fundamental no processo, uma vez que é por meio dela que o juiz irá analisar profundamente, por meio de cognição exauriente, os pedidos de cada parte.

Conforme visto, a prova pericial, em especial, é de alta relevância para a formação do convencimento do magistrado, tanto no processo civil, quanto no processo do trabalho. Vale ressaltar ainda que, na omissão deste, a própria lei adjetiva trabalhista, pautada na disposição do art. 769 da CLT, autoriza a aplicação subsidiária daquele quando compatível com a principiologia processual laboral.

Observa-se que o papel do juiz deve ser feito com maestria em razão de poder deixar passar despercebido fatos importantes para a solução do processo ou estabelecer ônus demasiados, até mesmo, para a parte menos favorecida na relação processual.

Inobstante, a prova em si não configura como protagonista da ação. De fato, o que move a realização da prova são os fatos que ela busca revelar em razão de reputar como verdadeiros. Sendo assim, a prova torna-se uma atividade meio e os fatos como o objeto principal a ser alcançado, o que ressalta a sua instrumentalidade.

A prova pericial é de suma importância para desvendar a verdade dos fatos e serve como instrumento de realização da justiça. Porém não é um meio de prova considerado acessível, por necessitar de um perito com formação superior.

Por esse motivo e pelas alterações promovidas pela Reforma Trabalhista, no qual beneficiário da justiça gratuita, se sucumbente e se tiver créditos processuais, deve pagar pelos honorários periciais, que o processo do trabalho se tornou demasiadamente oneroso, tendo diminuído, consideravelmente, o número de reclamações em relação ao ano anterior, ou seja antes da reforma, segundo informa o TST.

Com isso, para que o processo trabalhista não se torne tão oneroso e nem obste o acesso à justiça juslaboral, urge-se utilizar o Código de Processo Civil de forma subsidiária, aplicando as disposições do artigo 374 do CPC; bem como a prova emprestada e o esgotamento da via da prova documental, dentre outras hipóteses que podem desonerar a realização da instrução probatória.

Assim, deve-se ter ciência que a Consolidação das Leis do Trabalho não esgota todas as possibilidades de prova. Ao contrário, percebe-se a clara ausência da regência de importantes institutos, o que nos faz buscar socorro na aplicação subsidiária do CPC ao processo do trabalho.

Vale ressaltar que o processo civil novel, bastante preocupado com o alcance da decisão de mérito justa e efetiva, a ser entregue em tempo razoável às partes, coaduna-se perfeitamente, em grande parte do seu conteúdo inerente à dilação probatória, aos preceitos que regem a legislação adjetiva laboral, o que autoriza a utilização subsidiária deste ao processo judiciário do trabalho. Desta forma, para que as partes do processo do trabalho, principalmente as mais desfavorecidas, tenham efetivado seu direito constitucional à prova, é necessário que sejam utilizados os meios propícios a fim de evitar, sempre que possível, a utilização da onerosa prova pericial juslaboral.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Valder Luiz Palombo. **Perícia contábil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 3. ed. Madrid: Civitas, 2002.

AVELINO, Murilo Teixeira. O juiz e a prova pericial no novo Código de Processo Civil: produção e controle. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 242, p. 67-68, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo n. 379**. Período: 1º a 5 de dezembro de 2008. Brasília: STJ, 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0379.rtf>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 203, de 15 de março de 2016 [Instrução Normativa n. 39]. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, n. 1939, 16 mar.

2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 21 out. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 341**. Honorários do Assistente Técnico. A indicação do perito assistente é faculdade da parte, a qual deve responder pelos respectivos honorários, ainda que vencedora no objeto da perícia. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-341>. Acesso em: 21 out. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: ordinário e sumário. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2, t. I.

_____. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 31, p. 9-18, 2005.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. 3. ed. São Paulo: Método, 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 3.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 4.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

_____; MAZZEI, Rodrigo. **Prova, exame médico e presunção**. Salvador: JusPodivm, 2006.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2015. 2 v.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

FÓRUM NACIONAL DE PROCESSO DO TRABALHO. **Enunciado n. 1**. NCPC, ART. 15 E CLT, ART. 769. SUBSISTÊNCIA DESTA, EM SUA PLENITUDE. AUTONOMIA DO PROCESSO DO TRABALHO. A cláusula de contenção ou norma principiológica, fundamental, do processo do trabalho, prevista no art. 769 da CLT, permanece hígida e incólume até pelo reconhecimento, no art. 15 do NCPC, da autonomia do processo do trabalho ou mesmo pela ausência de revogação expressa ou derrogação tácita daquele comando, notadamente pela impossibilidade de a lei geral revogar a lei especial (CLT). Curitiba: FNPT, 2016. Não paginado. Disponível em: <<https://www.cursofmb.com.br/arquivosprof/FNPT-FINAL%20-%20enunciados%20aprovados%20e%20revisados.doc>>. Acesso em: 20 out. 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil**. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MEIRELLES, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Repercussões do NOVO CPC: processo do trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 78-112.

MISSA, Élisson et al. (Orgs.) **CLT comparada com a Reforma Trabalhista**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado: artigo por artigo**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos; HAJEL FILHO, Ricardo Antônio Bittar. **Curso de direito processual do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 4.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17**. São Paulo: LTr, 2017a.

_____. **Manual de direito processual do trabalho** São Paulo: LTr, 2017b.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TEIXEIRA FILHO, Manuel Antônio. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil: sob a perspectiva do processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. AI 0001998-52.2014.5.02.0027 SP, Rel. Maria Elizabeth Mostardo Nunes, 12ª Turma, **DOE** 02/09/2016. Disponível em: <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/396131112/agravo-de-instrumento-ai-19985220145020027-sp/inteiro-teor-396131128>>. Acesso em: 21 out. 2018.